

**Wettbewerbsrechtliche Probleme des Direktmarketing im deutschen  
und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung  
der E-mail-Werbung**

**Dissertation der Juristischen Fakultät der  
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf**

vorgelegt von  
Andrea Schlaffge

Gutachter:  
Prof. Dr. Ulrich Noack  
Prof. Dr. Jan Busche

2002

## Inhaltsübersicht

|   |    |
|---|----|
| <b>Einleitung</b> .....   | 1  |
| I. Begriff und Bedeutung des Direktmarketing .....  | 1  |
| II. Untersuchungsgegenstand .....   | 3  |
| III. Tatsächliche Grundlagen der E-mail-Kommunikation .....   | 4  |
| IV. Werbung per E-mail .....  | 6  |
| <br>  |    |
| <b>1. Teil: Die Rechtslage in Deutschland</b> .....   | 11 |
| <b>1. Kapitel Internationales Recht des unlauteren Wettbewerbs</b> .....  | 11 |
| I. Einführung in die Problematik .....  | 11 |
| II. Gesetzliche Regelung des Internationalen Deliktsrechts .....  | 12 |
| III. Lauterkeitsrechtliche Tatortregel.....   | 13 |
| IV. Maßgeblichkeit des Rechts des Werbemarktes .....  | 14 |
| V. Besonderheit bei der Werbung im Internet .....   | 15 |
| VI. Ergebnis.....   | 19 |
| <b>2. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung unaufgeforderter Werbung</b> .....  | 20 |
| I. Gegenwärtige Gesetzeslage.....   | 20 |
| II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung traditioneller Direktmarketing-<br>Methoden mittels Fernkommunikationsmitteln ..... | 21 |
| <b>3. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung</b> .....  | 48 |
| I. Auffassung der Rechtsprechung.....   | 48 |
| II. Auffassung der Literatur.....   | 48 |
| III. Ist die Zusendung von E-mail-Werbung wettbewerbswidrig?.....   | 49 |
| IV. Sonderfälle.....  | 97 |

## II

|                   |  |     |
|-------------------|--|-----|
| <b>4. Kapitel</b> | <b><i>Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG</i></b>                      | 101 |
| I.                | Kenntnis der Tatumstände   | 101 |
| II.               | Wiederholungsgefahr  | 101 |
| III.              | Passivlegitimation   | 102 |
| IV.               | Aktivlegitimation  | 123 |
| <b>5. Kapitel</b> | <b><i>Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch gegen die Zusendung von E-mail-Werbung</i></b> | 125 |
| I.                | Konkurrenzverhältnis UWG – BGB   | 125 |
| II.               | Auffassung von Rechtsprechung und Literatur  | 125 |
| III.              | Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1, S. 2 BGB  | 126 |
| IV.               | Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog                                       | 127 |
| V.                | Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz                    | 141 |
| <b>6. Kapitel</b> | <b><i>Internationales Deliktsrecht</i></b>   | 144 |
| I.                | Tatortregel (Art. 40 Abs. 1 EGBGB)   | 144 |
| II.               | Ergebnis   | 148 |
| <b>7. Kapitel</b> | <b><i>Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte</i></b>                                  | 149 |
| I.                | Maßgebliche Regelungen   | 149 |
| II.               | Internationale Zuständigkeit im Fall der E-mail-Werbung  | 153 |
| III.              | Ergebnis   | 154 |
| <b>2. Teil:</b>   | <b>Die europarechtliche Beurteilung des Direktmarketing</b>                                    | 155 |
|                   | <i>Einleitung</i>  | 155 |
| <b>1. Kapitel</b> | <b><i>Sekundärrechtliche Regelungen</i></b>  | 156 |
| I.                | Die Fernabsatzrichtlinie   | 156 |
| II.               | Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie   | 169 |

### III

|  |            |
|--|------------|
| III. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf .....                                 | 173        |
| IV. Die E-Commerce-Richtlinie .....  | 181        |
| V. Ergebnis.....   | 186        |
| VI. Ausblick auf die zukünftige Rechtsentwicklung .....                      | 186        |
| <br>   |            |
| <b>2. Kapitel Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages .....</b>                 | <b>192</b> |
| I. Einleitung.....   | 192        |
| II. Der Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 28 ff. EGV).....            | 193        |
| III. Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 ff. EGV)..... | 216        |
| IV. Ergebnis zu den Grundfreiheiten.....                                     | 237        |
| <b>Zusammenfassung und Endergebnis .....</b>                                 | <b>238</b> |
| <br>   |            |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>  | <b>243</b> |

## Inhaltsverzeichnis

|   |    |
|---|----|
| <b>Einleitung</b> .....   | 1  |
| <b>I. Begriff und Bedeutung des Direktmarketing</b> .....   | 1  |
| <b>II. Untersuchungsgegenstand</b> .....  | 3  |
| <b>III. Tatsächliche Grundlagen der E-mail-Kommunikation</b> .....  | 4  |
| <b>IV. Werbung per E-mail</b> .....   | 6  |
| 1. Vorteile der E-mail-Werbung für die werbungstreibende Wirtschaft .....   | 6  |
| 2. Unverlangte Werbe-E-mails in der Realität des Netzes .....   | 7  |
| 2.1. Spamming.....  | 7  |
| 2.2. Die Folgen des Versands von „Spams“ .....  | 8  |
| 2.3. Tatsächliche Lösungsversuche .....   | 9  |
| <b>1. Teil: Die Rechtslage in Deutschland</b> .....   | 11 |
| <i>1. Kapitel Internationales Recht des unlauteren Wettbewerbs</i> .....  | 11 |
| <b>I. Einführung in die Problematik</b> .....   | 11 |
| <b>II. Gesetzliche Regelung des Internationalen Deliktsrechts</b> .....   | 12 |
| <b>III. Lauterkeitsrechtliche Tatortregel</b> .....   | 13 |
| <b>IV. Maßgeblichkeit des Rechts des Werbemarktes</b> .....   | 14 |
| <b>V. Besonderheit bei der Werbung im Internet</b> .....  | 15 |
| <b>VI. Ergebnis</b> .....   | 19 |
| <i>2. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung unaufgeforderter Werbung</i> .....  | 20 |
| <b>I. Gegenwärtige Gesetzeslage</b> .....   | 20 |
| <b>II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung traditioneller Direktmarketing-<br/>Methoden mittels Fernkommunikationsmitteln</b> ..... | 21 |
| 1. Telefonwerbung .....   | 21 |

|  |    |
|--|----|
| 1.1. Begriff und Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments.....   | 21 |
| 1.2. Abgrenzung zwischen der Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen<br>und der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ..... | 22 |
| 1.3. Rechtliche Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber<br>Privatpersonen .....   | 23 |
| 1.3.1. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung .....  | 23 |
| 1.3.2. Auffassung der Literatur .....  | 27 |
| 1.3.3. Stellungnahme.....  | 28 |
| 1.3.4. Sonderfall: Kostenlose werbefinanzierte Telefongespräche.....   | 29 |
| 1.4. Rechtliche Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber<br>Gewerbetreibenden.....   | 30 |
| 1.4.1. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung .....  | 30 |
| 1.4.2. Auffassung der Literatur .....  | 32 |
| 1.4.3. Stellungnahme.....  | 32 |
| 2. Telexwerbung .....  | 33 |
| 3. Telefaxwerbung .....  | 34 |
| 3.1. Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments .....  | 34 |
| 3.2. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur.....  | 35 |
| 3.3. Stellungnahme .....   | 36 |
| 3.4. Bürgerlichrechtliche Beurteilung .....  | 37 |
| 4. Btx-Werbung.....  | 37 |
| 5. Briefkastenwerbung .....  | 39 |
| 5.1. Begriff und Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments.....   | 39 |
| 5.2. Besonderheiten bei Klagen gegen Briefkastenwerbung.....   | 40 |
| 5.3. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur.....  | 40 |
| 5.4. Passivlegitimation .....  | 44 |
| 6. Short-Message-Service-Werbung.....  | 45 |

|   |    |
|---|----|
| <b>3. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung</b> .....  | 48 |
| <b>I. Auffassung der Rechtsprechung</b> .....   | 48 |
| <b>II. Auffassung der Literatur</b> .....   | 48 |
| <b>III. Ist die Zusendung von E-mail-Werbung wettbewerbswidrig?</b> .....   | 49 |
| 1. Handlung im geschäftlichen Verkehr .....   | 49 |
| 2. Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs .....  | 50 |
| 3. Sittenwidrigkeit .....   | 51 |
| 3.1. Fallgruppe Kundenfang: Belästigung durch E-mail-Werbung .....  | 52 |
| 3.1.1. Belästigungskriterien .....  | 53 |
| 3.1.1.1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht .....  | 53 |
| 3.1.1.2. Verletzung der negativen Informationsfreiheit .....  | 57 |
| 3.1.1.3. Verletzung der positiven Informationsfreiheit .....  | 61 |
| 3.1.1.4. Kostenbelastung für den Empfänger .....  | 64 |
| 3.1.1.5. Belegung des Telefonanschlusses .....  | 66 |
| 3.1.1.6. Blockierung des Speichers .....  | 67 |
| 3.1.1.7. Aufwand an Zeit und Mühe beim Aussortieren der<br>Werbe-E-mails .....                                      | 69 |
| 3.1.1.8. Störung des Betriebsablaufs eines beruflich<br>tätigen Werbeadressaten .....                               | 70 |
| 3.1.2. Nachahmungsgefahr .....  | 72 |
| 3.1.2.1. Auffassung von Rechtsprechung und herrschender<br>Literatur .....  | 72 |
| 3.1.2.2. Kritik der Literatur .....   | 73 |
| 3.1.2.3. Stellungnahme .....  | 74 |
| 3.1.2.4. Anwendung auf die E-mail-Werbung .....   | 74 |
| 3.1.3. Zwischenergebnis .....   | 75 |
| 3.1.4. Ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des<br>Umworbenen mit der Zusendung von E-mail-Werbung ..... | 76 |

## VII

|   |            |
|---|------------|
| 3.1.5. Mutmaßliches Einverständnis des Umworbenen mit der Zusendung von E-mail-Werbung.....   | 79         |
| 3.1.6. Ergebnis .....   | 82         |
| 3.2. Fallgruppe Ausbeutung .....  | 82         |
| 3.3. Fallgruppe Rechtsbruch.....  | 83         |
| 3.3.1. Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB.....  | 84         |
| 3.3.2. Verstoß gegen die Netiquette als Verstoß gegen eine Standesregel .....   | 85         |
| 3.3.3. Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Netiquette-Regel .....  | 87         |
| 3.3.4. Wettbewerbsrechtliche Relevanz der Verhaltensregeln der Internationalen Handelskammer ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet...89 |            |
| 3.4. Fallgruppe Marktstörung.....   | 90         |
| 3.5. Verletzung von Grundrechten des Werbenden .....  | 90         |
| 3.5.1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....  | 91         |
| 3.5.2. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, S. 1, 1. Halbsatz GG).....  | 92         |
| 3.5.3. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG).....  | 95         |
| 3.5.4. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) .....   | 95         |
| 3.5.5. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) .....  | 95         |
| 3.5.6. Ergebnis .....   | 96         |
| 4. Zusammenfassung und Ergebnis zur Wettbewerbswidrigkeit der E-mail-Werbung .....  | 96         |
| <b>IV. Sonderfälle.....</b>   | <b>97</b>  |
| 1. Getarnte Werbung.....  | 97         |
| 2. Angabe eines fremden oder fiktiven Absenders .....   | 99         |
| <b>4. Kapitel Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG.....</b>  | <b>101</b> |
| <b>I. Kenntnis der Tatumstände .....</b>  | <b>101</b> |
| <b>II. Wiederholungsgefahr .....</b>  | <b>101</b> |

|  |     |
|--|-----|
| <b>III. Passivlegitimation</b> .....   | 102 |
| 1. Haftung des Werbetreibenden.....  | 102 |
| 1.1. Haftung als Störer.....   | 102 |
| 1.2. Haftung für einen Dritten (§ 13 Abs. 4 UWG).....  | 103 |
| 2. Haftung der Internet-Marketing-Agentur und der Werbeagentur.....  | 105 |
| 3. Umfang der Störerhaftung und der Haftung für Dritte<br>gem. § 13 Abs. 4 UWG.....                                    | 106 |
| 4. Haftung des Internet-Providers als Störer.....  | 107 |
| 4.1. Störerhaftung des Internet-Providers nach allgemeinen Regeln .....  | 107 |
| 4.1.1. Grundsätze .....  | 107 |
| 4.1.2. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die Zusendung<br>wettbewerbswidriger E-mail-Werbung.....               | 109 |
| 4.2. Störerhaftung unter Berücksichtigung von TDG bzw. MDSStV .....  | 111 |
| 4.2.1. Anwendbarkeit des Teledienstgesetzes auf den<br>E-mail-Dienst .....   | 112 |
| 4.2.2. Verantwortlichkeitsregelungen im Fall wettbewerbswidriger<br>E-mail-Werbung nach geltendem Recht.....           | 115 |
| 4.2.2.1. Überblick über die geltenden Vorschriften.....  | 115 |
| 4.2.2.2. Verantwortlichkeit im Fall wettbewerbswidriger<br>E-mail-Werbung .....  | 117 |
| 4.2.2.3. Ergebnis .....  | 120 |
| 4.2.3. Verantwortlichkeitsregelungen im Fall wettbewerbswidriger<br>E-mail-Werbung nach der geplanten Neuregelung..... | 120 |
| 4.2.3.1. Überblick über die geplante Neuregelung .....   | 120 |
| 4.2.3.2. Verantwortlichkeit im Fall wettbewerbswidriger<br>E-mail-Werbung .....  | 121 |
| 4.2.3.3. Ergebnis .....  | 123 |
| 4.3. Ergebnis zur Haftung des Providers.....   | 123 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>IV. Aktivlegitimation</b> .....   | 123 |
| 1. Der unmittelbar Verletzte .....   | 123 |
| 2. Der private E-mail-Empfänger .....  | 123 |
| 3. Aktivlegitimation gem. § 13 Abs. 2 UWG .....  | 124 |
| <br>   |     |
| <b>5. Kapitel Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch gegen die Zusendung von E-mail-Werbung</b> ..... | 125 |
| <br>   |     |
| <b>I. Konkurrenzverhältnis UWG – BGB</b> .....   | 125 |
| <b>II. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur</b> .....   | 125 |
| <b>III. Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1, S. 2 BGB</b> .....                                      | 126 |
| <b>IV. Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog</b> .....                                | 127 |
| 1. Verletzung eines sonstigen Rechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB.....  | 127 |
| 1.1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....  | 127 |
| 1.1.1. Tatbestand .....  | 128 |
| 1.1.1.1. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor nicht ausdrücklich widersprochen.....                     | 128 |
| 1.1.1.2. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor ausdrücklich widersprochen.....                           | 130 |
| 1.1.1.3. Sozialadäquanz .....  | 130 |
| 1.1.1.4. Zwischenergebnis .....  | 131 |
| 1.1.2. Rechtswidrigkeit .....  | 131 |
| 1.1.2.1. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor nicht ausdrücklich widersprochen.....                     | 133 |
| 1.1.2.2. Ausnahme: Die getarnte Werbung.....   | 135 |
| 1.1.2.3. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor ausdrücklich widersprochen.....                           | 135 |
| 1.1.3. Ergebnis .....  | 137 |
| 1.2. Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....                          | 137 |

|  |            |
|--|------------|
| 1.2.1. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur .....   | 137        |
| 1.2.2. Die Subsidiarität des Schutzes des Gewerbebetriebes .....   | 137        |
| 1.2.3. Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten<br>Gewerbebetrieb durch Zusendung von E-mail-Werbung ..... | 138        |
| 1.2.4. Ergebnis.....   | 140        |
| 2. Ergebnis hinsichtlich des Bestehens eines Unterlassungsanspruchs<br>aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog.....           | 141        |
| <b>V. Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m.<br/>einem Schutzgesetz.....</b>                           | <b>141</b> |
| 1. Schutzgesetzcharakter von § 1 UWG .....   | 141        |
| 2. Schutzgesetzcharakter von Art. 10 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie .....   | 142        |
| 3. Ergebnis.....   | 143        |
| <b>6. Kapitel Internationales Deliktsrecht .....</b>   | <b>144</b> |
| <b>I. Tatortregel (Art. 40 Abs. 1 EGBGB).....</b>  | <b>144</b> |
| 1. Handlungsort.....   | 145        |
| 2. Erfolgsort.....   | 145        |
| <b>II. Ergebnis.....</b>   | <b>148</b> |
| <b>7. Kapitel Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte .....</b>  | <b>149</b> |
| <b>I. Maßgebliche Regelungen .....</b>   | <b>149</b> |
| 1. Zuständigkeit nach dem EuGVÜ / Luganer Übereinkommen.....   | 149        |
| 2. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im autonomen deutschen Recht ....  | 151        |
| <b>II. Internationale Zuständigkeit im Fall der E-mail-Werbung.....</b>  | <b>153</b> |
| <b>III. Ergebnis.....</b>  | <b>154</b> |

|  |     |
|--|-----|
| <b>2. Teil: Die europarechtliche Beurteilung des Direktmarketing</b> .....   | 155 |
| <i>Einleitung</i> .....  | 155 |
| <b>1. Kapitel Sekundärrechtliche Regelungen</b> .....  | 156 |
| <b>I. Die Fernabsatzrichtlinie</b> .....   | 156 |
| 1. Die Berücksichtigung der Fernabsatzrichtlinie bei der Anwendung<br>des § 1 UWG.....                                   | 157 |
| 2. Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie.....   | 159 |
| 3. Die lauterkeitsrechtliche Regelung des Art. 10 FARL.....  | 160 |
| 3.1. Opt-in-Prinzip.....   | 160 |
| 3.2. Opt-out-Prinzip.....  | 161 |
| 4. Die Bedeutung des Art. 14 Fernabsatzrichtlinie.....   | 166 |
| 5. Ergebnis.....   | 168 |
| <b>II. Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie</b> .....  | 169 |
| <b>III. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf</b> .....  | 173 |
| 1. Gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsverpflichtung.....  | 174 |
| 2. Auswirkung der Fernabsatzrichtlinie auf das Merkmal der<br>Sittenwidrigkeit.....                                      | 179 |
| 3. Ergebnis.....   | 180 |
| <b>IV. Die E-Commerce-Richtlinie</b> .....   | 181 |
| 1. Ziel der E-Commerce-Richtlinie.....   | 181 |
| 2. Anwendungsbereich.....  | 181 |
| 3. Regelungen zur E-mail-Werbung .....   | 182 |
| 4. Kritische Würdigung.....  | 185 |
| <b>V. Ergebnis</b> .....   | 186 |
| <b>VI. Ausblick auf die zukünftige Rechtsentwicklung</b> .....   | 186 |
| 1. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie<br>über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen ..... | 187 |

|   |     |
|---|-----|
| 1.1. Anwendungsbereich .....  | 188 |
| 1.2. Wettbewerbsrechtliche Regelungen .....   | 188 |
| 2. Zusammenfassende Beurteilung .....   | 190 |
| <b>2. Kapitel Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages</b> .....  | 192 |
| <b>I. Einleitung</b> .....  | 192 |
| <b>II. Der Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 28 ff. EGV)</b> .....                                     | 193 |
| 1. Art. 28 EGV und staatliche Werbebeschränkungen bis zur<br>„Keck“-Entscheidung des EuGH .....               | 194 |
| 2. Die „Keck“-Entscheidung des EuGH .....   | 198 |
| 3. Beschränkung grenzüberschreitender Werbemaßnahmen im Lichte der<br>„Keck“-Rechtsprechung .....             | 199 |
| 3.1. Nationale Werbeverbote als Regelungen bestimmter<br>Verkaufsmodalitäten? .....                           | 200 |
| 3.1.1. Die herrschende Auffassung .....   | 200 |
| 3.1.2. Die Gegenansicht .....   | 202 |
| 3.1.3. Stellungnahme .....  | 205 |
| 3.1.4. Die Bedeutung der Entscheidung „Alpine Investments BV“ .....   | 208 |
| 3.2. Die fehlende Benachteiligung von Waren und Wirtschafts-<br>teilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten ..... | 210 |
| 3.2.1. Benachteiligung bei der Durchführung einer<br>„Euro-Marketing“-Strategie .....                         | 210 |
| 3.2.2. Beschränkung des Marktzugangs für eingeführte Waren .....  | 212 |
| 4. Ergebnis .....   | 216 |
| <b>III. Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 ff. EGV)</b> .....                          | 216 |
| 1. Werbung für Dienstleistungen .....   | 217 |
| 1.1. Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EGV .....  | 217 |
| 1.2. Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs .....  | 219 |
| 1.2.1. Übertragung der „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV .....   | 220 |

### XIII

|   |                   |
|---|-------------------|
| 1.2.2. Ergebnis.....  | 224               |
| 2. Werbung als Dienstleistung .....   | 225               |
| 2.1. Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs .....                      | 225               |
| 2.2. Rechtfertigung der Beschränkung .....                                      | 227               |
| 2.2.1. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten<br>Telefonwerbung .....  | 228               |
| 2.2.2. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten<br>Telefax-Werbung ..... | 235               |
| 2.2.3. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten<br>E-mail-Werbung .....  | 236               |
| 2.3. Ergebnis.....  | 237               |
| <b>IV. Ergebnis zu den Grundfreiheiten .....</b>                                | <b>237</b>        |
| <b><i>Zusammenfassung und Endergebnis .....</i></b>                             | <b><i>238</i></b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>   | <b>243</b>        |

**Abkürzungsverzeichnis**

|                         |  |
|-------------------------|--|
| ABl. EG .....           | Amtsblatt der Europäischen<br>Gemeinschaften   |
| AfP.....                | Archiv für Presserecht (Jahr und Seite)  |
| AK-Bearbeiter .....     | Alternativkommentar, Kommentar zum<br>Grundgesetz für die Bundesrepublik<br>Deutschland in zwei Bänden, Band 1,<br>Art. 1 - 37, Wassermann, Rudolf<br>(Gesamthrg.), 2. Auflage, Neuwied 1989   |
| v. Bar, IPR, Bd. 2..... | Bar, Christian v., Internationales Privat-<br>recht, 2. Band, Besonderer Teil,<br>München 1991   |
| BB.....                 | Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)  |
| Beil.....               | Beilage  |
| BGHZ .....              | Amtliche Sammlung der Entscheidungen<br>des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen<br>(Band und Seite)  |
| BVerfGE.....            | Amtliche Sammlung der Entscheidungen<br>des Bundesverfassungsgerichts<br>(Band und Seite)  |
| CI.....                 | ComputerrechtIntern (Jahr und Seite)   |
| CR.....                 | Computer und Recht (Jahr und Seite)  |
| c't.....                | Magazin für computer technik<br>(Heft-Nummer, Jahr und Seite)  |
| DB.....                 | Der Betrieb (Jahr und Seite)   |
| DÖV.....                | Die Öffentliche Verwaltung<br>(Jahr und Seite)   |
| Drucks.....             | Drucksache   |
| DuD .....               | Datenschutz und Datensicherheit<br>(Jahr und Seite)  |
| DZWiR .....             | Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht<br>(Jahr und Seite)  |
| ECRL.....               | Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen<br>Parlaments und des Rates vom 8.06.2000<br>über bestimmte rechtliche Aspekte der<br>Dienste der Informationsgesellschaft,<br>insbesondere des elektronischen Ge-<br>schäftsverkehrs, im Binnenmarkt |

|                     |  |
|---------------------|--|
| EGG.....            | Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz   |
| EuGVÜ.....          | Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968  |
| EuZW.....           | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)  |
| EWiR.....           | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)   |
| EWS.....            | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr und Seite)   |
| FARL.....           | Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz   |
| FAZ.....            | Frankfurter Allgemeine Zeitung   |
| FernAbsG.....       | Fernabsatzgesetz   |
| Finanz-RLV.....     | Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 97/7/EG und 98/27/EG vom 23.07.1999 |
| FuR.....            | Film und Recht (Jahr und Seite)  |
| Geimer, IZPR.....   | Geimer, Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Köln 1997   |
| GRUR.....           | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)  |
| GRUR Int.....       | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Auslands- und Internationaler Teil (Jahr und Seite)                               |
| GTE-Bearbeiter..... | Von der Groeben, Hans / Thiesing, Jochen/ Ehlermann, Claus-Dieter, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, Art. A - F EUV, Art. 1 - 84 EGV, 5. Auflage, Baden-Baden 1997   |

|                       |   |
|-----------------------|---|
| v. Hoffmann, IPR..... | Hoffmann, Bernd v., Internationales<br>Privatrecht, 6. Auflage, München 2000                                |
| IPRax .....           | Praxis des Internationalen Privat- und<br>Verfahrensrechts (Jahr und Seite)                                 |
| IuKDG .....           | Gesetz zur Regelung der Rahmen-<br>bedingungen für Informations- und<br>Kommunikationsdienste               |
| JA.....               | Juristische Arbeitsblätter (Jahr und Seite)   |
| JR .....              | Juristische Rundschau (Jahr und Seite)  |
| Jura .....            | Juristische Ausbildung (Jahr und Seite)   |
| JurPC Web.-Dok.....   | Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik<br>(Nummer, Jahr und Absatz)                                      |
| JuS .....             | Juristische Schulung (Jahr und Seite)   |
| JZ .....              | Juristen Zeitung (Jahr und Seite)   |
| KG .....              | Kammergericht   |
| K&R.....              | Kommunikation und Recht   |
| LM .....              | Lindenmaier/Möhring, Nachschlagwerk<br>des BGH (§ und Nummer)   |
| MDR.....              | Monatsschrift für Deutsches Recht<br>(Jahr und Seite)   |
| MDSStV .....          | Mediendienste-Staatsvertrag   |
| MMR .....             | Multimedia Recht (Jahr und Seite)   |
| NJW .....             | Neue Juristische Wochenschrift<br>(Jahr und Seite)  |
| NJW-CoR .....         | COMPUTERREPORT (Jahr und Seite)   |
| NJWE-WettbR.....      | NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbs-<br>recht (Jahr und Seite)  |
| NJW-RR .....          | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht<br>(Jahr und Seite)   |
| RabelsZ.....          | Zeitschrift für ausländisches und inter-<br>nationales Privatrecht, begründet von<br>Rabel (Jahr und Seite) |
| RDV .....             | Recht der Datenverarbeitung<br>(Jahr und Seite)   |
| RIW .....             | Recht der internationalen Wirtschaft<br>(Jahr und Seite)  |

|             |   |
|-------------|---|
| Slg.....    | Sammlung der Rechtsprechung des<br>Gerichtshofs der Europäischen Gemein-<br>schaften (Jahr und Seite) |
| TDG.....    | Teledienstegesetz   |
| TKG.....    | Telekommunikationsgesetz  |
| UFITA ..... | Archiv für Urheber-, Film-, Funk-,<br>und Theaterrecht (Band, Jahr und Seite)                         |
| UWG.....    | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb  |
| VersR.....  | Versicherungsrecht (Jahr und Seite)   |
| VuR.....    | Verbraucher und Recht (Jahr und Seite)  |
| WM.....     | Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite)  |
| WRP .....   | Wettbewerb in Recht und Praxis<br>(Jahr und Seite)  |
| ZAP.....    | Zeitschrift für die Anwaltspraxis<br>(Jahr und Seite)   |
| ZEuP .....  | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht<br>(Jahr und Seite)  |
| ZHR .....   | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht<br>und Wirtschaftsrecht<br>(Band, Jahr und Seite)            |
| ZIP .....   | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und<br>Insolvenzpraxis (Jahr und Seite)                              |
| ZPO.....    | Zivilprozessordnung   |
| ZRP.....    | Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechts-<br>politischer Umschau (Jahr und Seite)                     |
| ZUM .....   | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/<br>Film und Recht (Jahr und Seite)                          |

# **Wettbewerbsrechtliche Probleme des Direktmarketing im deutschen und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der E-mail-Werbung**

## **Einleitung**

### **I. Begriff und Bedeutung des Direktmarketing**

Das Direktmarketing hat sich als ein besonders effizientes Mittel im Kampf um Kunden erwiesen. Der Begriff des Direktmarketing stammt aus der Werbe- und Absatzlehre und hat in der Vergangenheit zahlreiche und wenig einheitliche Definitionen erfahren.<sup>1</sup> Die Vielfalt der Definitionen schlug sich auch in der Vielfalt der Schreibweisen nieder, die von Direktmarketing über Direct Marketing bis zu Direkt Marketing reichen.<sup>2</sup>

Beim Direktmarketing handelt es sich in erster Linie um eine direkte Kommunikation, die durch gezielte Kontaktaufnahme und Individualität der Kommunikationsbeziehungen gekennzeichnet ist. Sie kann persönlich oder über ein Medium erfolgen, wie z.B. das Telefon oder den Brief. Bei der schriftlichen Ansprache sind die Bedingungen einer gezielten Einzelansprache erfüllt, wenn der Empfänger adressiert erreicht wird. Daneben können auch schriftliche oder mündliche Ansprachen in Massenmedien der direkten Kommunikation zugeordnet werden, wenn eine Rückkopplung durch den Empfänger beabsichtigt und möglich ist. Der Absender muss dem Empfänger eine Response-Möglichkeit<sup>3</sup> bieten, indem er mindestens seine Adresse bzw. E-mail-Adresse oder die Telefonnummer angibt. Es handelt sich dann auch bei mehrstufigen Kommunikationsprozessen, wie der unadressierten Haushaltswerbung oder der Wurfsendung, um einen Fall der direkten Kommunikation.<sup>4</sup>

Daneben ist die Distribution ein weiterer Funktionsbereich des Direktmarketing. Man spricht von einem direkten Absatzweg oder von Direktvertrieb,<sup>5</sup> wenn der Absatz der Produzenten ohne das Einschalten eines anderen selbständigen Handelsgliedes unmittelbar an den Abnehmer erfolgt. Dies ist etwa der Fall, wenn die Leistungen mit Hilfe von Handelsvertretern angeboten werden; aber auch der Versandhandel erfüllt diese Voraussetzungen.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Dallmer-Dallmer, Handbuch Direct Marketing, S. 3, 4. Bruns, Direktmarketing, S. 24 f.

<sup>2</sup> Bruns, Direktmarketing, S. 24.

<sup>3</sup> Vgl. Diller, Vahlens großes Marketinglexikon, München 1992, S. 203 (Direct-Response-Marketing).

<sup>4</sup> Dallmer-Dallmer, Handbuch Direct Marketing, S. 3, 5.

<sup>5</sup> Vgl. ausführlich zum Direktvertrieb: Bruns, Direktmarketing, S. 224 bis 290. Zu beachten ist, dass manche Formen des Direktvertriebs, z.B. beim Vertrieb über Vertragshändler oder Franchisenehmer, nur aus Herstellersicht und nicht aus Verbrauchersicht bestehen.

<sup>6</sup> Dallmer-Dallmer, Handbuch Direct Marketing, S. 3, 5 f.

Ausgehend von diesen beiden Funktionen des Direktmarketing, der Kommunikation und der Distribution, bietet sich nach *Dallmer* die folgende Definition an: Direktmarketing umfasst alle Marketingaktivitäten, die sich einstufiger (direkter) Kommunikation und/oder des Direktvertriebs bzw. des Versandhandels bedienen, um Zielgruppen in individueller Einzelsprache gezielt zu erreichen. Direktmarketing umfasst ferner solche marktgerichteten Aktivitäten, die sich mehrstufiger Kommunikation bedienen, um einen direkten, individuellen Kontakt herzustellen.<sup>7</sup>

Das zuerst eingesetzte Instrument des Direktmarketing war die Direktwerbung in der Form des Postversandes von Katalogen und Prospekten der Versandhändler.<sup>8</sup> Bei der Direktwerbung wird die Werbebotschaft in Form eines selbständigen Werbemittels direkt übermittelt und der Empfänger gezielt angesprochen. Im Unterschied hierzu stellt die klassische Werbung den Kontakt zwischen Sender und Empfänger durch Einschaltung von Werbeträgern (Medien) her. Unternehmen wenden sich durch Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, durch Plakate, durch den Hörfunk oder das Fernsehen an bestimmte Zielgruppen.<sup>9</sup> Der Nachteil der klassischen Werbung liegt darin, dass sie vielfach keine Aufmerksamkeit mehr auf sich zieht, sondern von dem einer zunehmenden Reizüberflutung ausgesetzten Publikum als störend empfunden wird. Ihre Effizienz ist daher in Frage gestellt. Demgegenüber ist die gezielte Werbung, die sich nur an bestimmte Interessentenkreise wendet, in der Regel kostengünstiger und hat den Vorteil, dass sie von interessierten Verbrauchern eher wahrgenommen wird als breitgestreute Werbung.<sup>10</sup> Zu den bedeutendsten Direktwerbemethoden gehören adressierte und unadressierte Werbesendungen,<sup>11</sup> aber auch das Telefonmarketing und das Direktmarketing mittels Telefax.<sup>12</sup> Das Instrumentarium des Direktmarketing ist auch auf den Online-Sektor anwendbar. Da in den letzten Jahren kaum ein anderes Medium so schnell an Bedeutung gewonnen hat wie das Internet,<sup>13</sup> setzt die werbende Wirtschaft heute verstärkt Online-Medien als Werbeträger ein.<sup>14</sup> Eines der frühesten Mittel der Online-Werbung war das Direktmarketing mittels des Versandes von werbenden E-mails.<sup>15</sup>

Die zunehmenden Beliebtheit, der sich das Direktmarketing bei der werbungstreibenden Wirtschaft erfreut, steht in einem gewissen Gegensatz zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Direktmarketing. Sowohl die Rechtsprechung als auch das Schrifttum stehen Direktmarketingmethoden durchweg reserviert bis ablehnend ge-

<sup>7</sup> Dallmer-Dallmer, Handbuch Direct Marketing, S. 3, 6.

<sup>8</sup> Bruns, Direktmarketing, S. 104.

<sup>9</sup> Vogt, Lexikon des Wettbewerbsrechts, S. 66 („Direktwerbung“), Diller, Vahlens großes Marketinglexikon, S. 213 („Direktwerbung“); Bruns, Direktmarketing, S. 103.

<sup>10</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142.

<sup>11</sup> Im Jahre 1998 hat die Wirtschaft hierfür 15,8 Mrd. DM ausgegeben, vgl. Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), Werbung in Deutschland 2000, S. 282.

<sup>12</sup> Vgl. ausführlich zu diesen Instrumenten des Direktmarketing: Bruns, Direktmarketing, S. 137 ff. zum Telefonmarketing und S. 157 ff. zum Telefax.

<sup>13</sup> Nach einer Analyse des Instituts für Demoskopie in Allensbach nutzt jeder Dritte in Deutschland schon das Internet, vgl. FAZ, Nr. 239, vom 14.10.2000, S. 14.

<sup>14</sup> Vgl. ausführlich zur Online-Werbung: Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575 ff.

<sup>15</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 581.

genüber, jedenfalls soweit es sich bei den Instrumenten des Direktmarketing um technische Kommunikationsmedien, wie vor allem Telefon, Telefax oder Bildschirmtext (Btx), handelt. Hinsichtlich der E-mail-Werbung ist ebenfalls eindeutig die Tendenz einer restriktiven Handhabung durch die Gerichte zu erkennen. Dagegen zeigen sich Rechtsprechung und Literatur gegenüber dem „traditionellen“ Direktmarketing mittels adressierten Werbesendungen und Haushaltswerbung durchaus aufgeschlossen. Entgegen kritischer Stimmen in der Literatur bescheinigt die Rechtsprechung selbst dem Vertreterbesuch regelmäßig die rechtliche Zulässigkeit.<sup>16</sup>

## II. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand des ersten Teils der Untersuchung ist die Frage, ob die Zusendung von Werbung per E-mail mit dem deutschen Wettbewerbsrecht vereinbar ist oder ob möglicherweise Ansprüche auf Unterlassung dieser Werbemethode bestehen. Im Rahmen der rechtlichen Würdigung werden zu diesem Zweck auch die Grundsätze dargestellt, die Rechtsprechung und Literatur zu den herkömmlichen Methoden des Direktmarketing mittels technischer Kommunikationsmedien sowie der Briefkastenwerbung entwickelt haben.

Neben dem Wettbewerbsrecht gewinnt im Fall der E-mail-Werbung auch das bürgerliche Recht an Bedeutung. Ein Großteil der bislang zur E-mail-Werbung ergangenen instanzgerichtlichen Entscheidungen betrifft die Frage von zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen des Umworbenen. Daher soll über den eigentlichen Rahmen dieser Arbeit hinausgehend auch die zivilrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung durch Rechtsprechung und Literatur kritisch gewürdigt werden. Den Abschluss des ersten Teils der Arbeit bildet die Frage nach der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte im Fall der rechts- bzw. wettbewerbswidrigen Zusendung von E-mail-Werbung.

Im zweiten Teil der Arbeit wird die Frage erörtert, ob die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung von Telefon-, Telefax- und E-mail zu Zwecken des Direktmarketing durch die deutsche Rechtsprechung mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar sind. Dabei wird zunächst auf die Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts eingegangen. Im Anschluss hieran wird geprüft, inwieweit die Grundfreiheiten des EG-Vertrages Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Direktmarketing haben.

Das Direktmarketing wirft daneben auch zahlreiche datenschutzrechtliche Probleme auf. Da es Einzelpersonen identifizieren, ansprechen und durch den Einsatz von

---

<sup>16</sup> BGHZ 54, 188, 193 („Telefonwerbung I“); BGH, NJW 1994, 1071, 1073 („Lexikothek“). Vgl. zum Meinungsstand: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 75 a ff.; Paefgen, WRP 1994, 73, 76 ff.; Ulrich, Festschrift für Vieregge, S. 908 ff., der unaufgeforderte gewerbliche Hausbesuche für wettbewerbswidrig hält.

Marketing-Instrumenten zu einer messbaren Reaktion veranlassen will, stellen die aus verschiedenen Adressquellen generierten Adressen von Privatpersonen bzw. von Gewerbetreibenden ein Basiselement des Direktmarketing dar.<sup>17</sup> Die mit dem Sammeln und Nutzen von E-mail-Adressen verbundenen datenschutzrechtlichen Probleme würden den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Es kann daher insoweit nur auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.<sup>18</sup>

### III. Tatsächliche Grundlagen der E-mail-Kommunikation

Electronic Mail, abgekürzt E-mail, ermöglicht eine der traditionellen Briefpost vergleichbare elektronische Kommunikation der Teilnehmer im Internet und kann als einer seiner beliebtesten Dienste bezeichnet werden.<sup>19</sup> Dies liegt vor allem daran, dass sie unkompliziert und sehr schnell funktioniert. Beispielsweise können umfangreiche Manuskripte binnen Sekunden von einem Kontinent zu einem anderen versandt werden, ohne dass besondere Portokosten entstehen. Die Rechner können die empfangenen Texte sofort digital weiter verarbeiten. Neben reinen Textnachrichten können auch Bild-, Ton- oder Videodateien versandt werden.<sup>20</sup>

Anders als herkömmliche Briefpost werden E-mails im Internet nicht als eine Sendung, sondern in einer Reihe einzelner Datenpakete verschickt, wobei jedes Datenpaket je nach Auslastung des Netzes über einen anderen Router<sup>21</sup> geleitet werden kann, die Reihenfolge der Pakete also regelmäßig nicht beibehalten wird. Damit alle Datenpakete ihren Empfänger erreichen, enthält jedes Paket die Zieladresse. Sobald alle Pakete beim Empfänger angekommen sind, werden diese wieder in der ursprünglichen Reihenfolge zusammengesetzt, so dass die in ihnen enthaltene Nachricht vom Empfänger gelesen werden kann.<sup>22</sup>

Das Versenden und Empfangen einer E-mail stellt sich in den meisten Fällen für den Benutzer vereinfacht wie folgt dar:<sup>23</sup> Damit der einzelne Teilnehmer diesen Dienst

<sup>17</sup> Diller, Vahlens großes Marketinglexikon, S. 208 („Direktmarketing“). Vgl. ausführlich zum Marketing auf der Grundlage von Datenbanken, sog. Database Marketing: Bruns, Direktmarketing, S. 59 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Problemen beim Sammeln und Nutzen von E-mail-Adressen zu Werbezwecken: Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196 ff.; Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 146 ff. Vgl. zu der Frage, inwieweit Aktionärsdaten nach der „NaStraG“-Novelle zum Aktienrecht zur Werbung verwendet werden dürfen: Noack, Namensaktie und Aktienregister: Einsatz für Investor Relations und Produktmarketing, DB 2001, 27 ff.

<sup>19</sup> Endres/Bager, c't Heft 8/1999, 156 ff.; Hoeren, Rechtsfragen des Internet, S. 4, Rdn. 12.

<sup>20</sup> Hoeren, Rechtsfragen des Internet, S. 4; Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 72, S. 36; Horster/Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 5.

<sup>21</sup> Der sog. Router ist ein Computer, der das Routing zwischen den verschiedenen Netzwerken ermöglicht, d.h. die kurzzeitige Zwischenspeicherung der übertragenen Datenpakete auf zwischengeschalteten Servern bei der Datenübertragung im Internet.

<sup>22</sup> Leupold, WRP 1998, 270, 271; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 192. Siehe zur paketvermittelten Kommunikation und zum Routing die ausführliche Darstellung von Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 46 ff.

<sup>23</sup> Für das Versenden von Mails ist das sog. Simple Mail Transfer Protokoll (SMTP) zuständig, Luther, SMTP, Simpel und sicher, Internet World, Heft 6/2000, S. 133 ff.

nutzen kann, muss sein Internet-Provider einen ständig erreichbaren Mail-Server betreiben. Dieser Server speichert die geschriebene E-Mail des Teilnehmers ggf. zwischen und sendet sie an die angegebene Empfängeradresse. Gleichzeitig befindet sich auf dem Mail-Server ein elektronisches Postfach des Teilnehmers, die sog. Mailbox oder der sog. E-Mail-Account, in dem die ankommenden E-Mails gespeichert werden.<sup>24</sup> Da eine E-mail nur empfangen werden kann, wenn der Computer mit dem Internet verbunden ist und bislang die wenigsten Internet-Benutzer über eine permanente Internetverbindung verfügen, wird die E-mail nicht automatisch an den Computer des Empfängers zugestellt, sondern an einen Mail-Server für eingehende Mail geschickt.

Beim Abholen der E-mail beim Provider ist zu differenzieren. Hierfür existieren zwei gängige Protokolle: das Post Office Protokoll Version 3 (POP3) und das Internet Message Access Protokoll in seiner aktuellen vierten Version (IMAP4).<sup>25</sup> POP3 wird nach wie vor überwiegend für das Abholen von E-mails genutzt und auch heute noch von den meisten Providern als einziges Protokoll angeboten. Mit diesem Verfahren laden E-mail-Programme die elektronische Post sofort von dem Mail-Server auf den lokalen PC herunter. Wenn die E-mails auf dem Computer angekommen sind, kann der Empfänger die Verbindung zum Internet wieder trennen und die Post „offline“ lesen. Beim Abruf der E-mail wird diese in der Regel automatisch vom Server gelöscht.<sup>26</sup> Bei Verwendung des IMAP-Protokolls werden alle Daten auf einem zentralen Mail-Server gespeichert und nur auf Wunsch Kopien an den Empfänger übermittelt. Der Anwender kann die E-mails auf dem Server des Internetdienstleisters verwalten und ggf. löschen. Wer IMAP nutzt, kann von einem beliebigen an das Internet angeschlossenen Rechner auf seine Mail zugreifen. Das Protokoll ist so ausgelegt, dass der Nutzer gezielt die Daten anfordern kann, die er benötigt. Er kann zunächst nur die Betreffzeile einer E-mail anfordern und anschließend entscheiden, welche E-mails er komplett lokal speichern will.<sup>27</sup> Unerwünschte Downloads können so vermieden und Online-Zeit gespart werden.<sup>28</sup>

Aus der Sicht des Nutzers beinhaltet jede empfangene E-mail immer zwei durch eine Leerzeile voneinander getrennte Teile: bestimmte Kontrolldaten, den sog. „Header“, sowie den eigentlichen Text der Nachricht, den sog. „Body“. Der Header enthält üblicherweise mindestens Angaben über Absender („From“), Empfänger („To“), Betreff der E-mail („Subject“) und das Datum.<sup>29</sup> Ein Nutzer, der seine E-mails bzw.

<sup>24</sup> Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 37; Ultsch, NJW 1997, 3007.

<sup>25</sup> Vgl. zum Ganzen: Hitzig, IMAP4, Zeit für die Wachablösung, Internet World, Heft 9/2000, S. 129 ff.; Endres/Bager, c` t 1999, Heft 8, S. 156 ff.; Bögeholz, c` t 1999, Heft 8, S. 152 ff.

<sup>26</sup> Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 38. Teilweise geschieht dies aber auch nur optional: vgl. Hitzig, IMAP4, a.a.O.

<sup>27</sup> Teilweise ist dies wohl auch mit POP3 möglich, wenn das E-mail-Programm des Nutzers eine solche Option unterstützt, vgl. Endres/Bager, c` t 1999, 156, 157.

<sup>28</sup> Hitzig, IMAP4, Zeit für die Wachablösung, Internet World, Heft 9/2000, S. 129; Bögeholz, c` t 1999, Heft 8, S. 152, 154 mit weiteren Einzelheiten.

<sup>29</sup> Vgl. ausführlich zu den im Header enthaltenen Informationen über den Transport der Nachricht durch das Internet und den Möglichkeiten der Rückverfolgung des Absenders: Kelm, DuD 1999, 27;

deren Kopfzeilen auf seinen Computer heruntergeladen hat, wird durch die Posteingangsliste seines E-mail-Systems zunächst über den Betreff, den Absender und das Datum der empfangenen E-mails informiert. Aus der Kennung des Absenders und Hinweisen im Betreff kann er zum Teil bereits anhand der Posteingangsliste eine werbende E-mail als solche identifizieren, jedenfalls dann, wenn sie ausdrücklich im Betreff als „Werbung“ gekennzeichnet ist. Der Empfänger kann dann eine ihn nicht interessierende E-mail direkt aus dem elektronischen Inhaltsverzeichnis heraus löschen, ohne sie zuvor öffnen zu müssen.<sup>30</sup>

#### **IV. Werbung per E-mail**

##### **1. Vorteile der E-mail-Werbung für die werbungstreibende Wirtschaft**

Die gewerbliche Wirtschaft hat frühzeitig die Vorteile des Versandes von E-mails als neues Direktmarketing-Instrument entdeckt. Von den verschiedenen Erwägungen, die ein Unternehmen zur Durchführung einer E-mail-Marketingkampagne veranlassen können, sollen vorliegend nur einige bedeutende aufgezählt werden.<sup>31</sup>

Ein Anreiz zur Verwendung von E-mail zu Werbezwecken liegt darin, dass sie eine unmittelbare Interaktion mit dem angesprochenen Kunden ermöglicht, die sich weder beim herkömmlichen Brief noch beim Telefax bietet. Findet der Leser Interesse am beworbenen Produkt, kann er sofort und bequem, ohne Medienbruch, gleich eine Bestellung losschicken.<sup>32</sup> Beim einem Werbebrief oder -telefax sind der Aufwand und damit auch die Hemmschwelle für eine Antwort erheblich höher. Insofern nähert sich die Kommunikation über E-mail derjenigen über Telefon an. Allerdings hat der Versand einer Werbe-E-mail gegenüber einem Telefonanruf den Nachteil, dass es dem E-mail-Adressaten unbenommen bleibt, nicht zu antworten.

Ein aufgrund der Fülle der im Internet enthaltenen Informationen nicht zu unterschätzender Vorteil von Werbe-E-mails, die einen Link auf die Homepage des werbenden Unternehmens enthalten, liegt darin, dass sie das im Internet bestehende „random chance shopper-Problem“ umgehen, d.h. das Problem, dass der Kunde erst auf die Website des Anbieters stoßen muss.<sup>33</sup> Mit Hilfe moderner Softwareprogramme können über diese Links dann anonyme Kundenprofile erstellen werden, die wiederum zu neuen Direktmarketing-Kampagnen genutzt werden können.<sup>34</sup>

---

ders. in Horster/Fox, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23; Wenz, Fight Spam, Internet World, Heft 10, 2000, S. 68, 69 f.

<sup>30</sup> Esser, Begriffe und Erläuterungen – Teil III, RDV, 1996, 151, 152; Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196, 200; Schrey, K&R 1998, 222, 224; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 593.

<sup>31</sup> Vgl. zur den verschiedenen Möglichkeiten, E-mail als Marketinginstrument zu nutzen: z.B.: Reibold, Kreative Werbe-Mails, Internet Professionell, Heft 3/2000, S. 82 ff.

<sup>32</sup> Schwarz, Werbung auf Wunsch, Handelsblatt Nr. 52 vom 14.03.2001, S. B 13.

<sup>33</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1000.

<sup>34</sup> Bönisch, Datenschutz im Internet, Anonyme Kunden, Handelsblatt Nr. 52 vom 14.03.2001, S. B 37.

Der bedeutendste Vorteil der E-mail-Werbung liegt aber wohl darin, dass die mit ihr verbundenen Kosten deutlich niedriger als bei der Verwendung herkömmlicher Vertriebskanäle sind. Es müssen lediglich die Kosten für die Übertragung der Datei bezahlt werden, auch wenn diese an Tausende versendet wird, was mit spezieller Software und mittels automatischer Versendungsverfahren per Knopfdruck möglich ist. Die Kosten für den Druck teurer Hochglanzprospekte entfallen. Papier- und Portokosten entstehen ebenfalls nicht. Da eine vorher elektronisch fixierte Nachricht verschickt wird, kann auf das bei der Telefonwerbung übliche qualifizierte und geschulte Personal verzichtet werden. Verglichen mit der Übermittlung eines Telefax sind die Leitungskosten wesentlich geringer, was sich bei einem europa- oder gar weltweiten Aktionsradius erheblich kostenminimierend auswirkt. Dieser Kostenvorteil bietet insbesondere weniger finanzstarken Unternehmen die Möglichkeit, überhaupt Direktmarketing durchzuführen.<sup>35</sup>

Zu den geringen Kosten tritt der Vorteil des geringen Zeitaufwandes. Die Versandzeit für eine E-mail beträgt aufgrund der hohen Übermittlungsgeschwindigkeit in der Regel wenige Sekunden oder Minuten, so dass sich der Kommunikationsverlauf einer E-mail deutlich zügiger als bei der Kommunikation per Post gestaltet.<sup>36</sup>

## **2. Unverlangte Werbe-E-mails in der Realität des Netzes**

Aufgrund der Beliebtheit, der sich die E-mail-Werbung als Direktmarketing-Instrument bei der gewerblichen Wirtschaft erfreut, konnte es nicht lange dauern, bis einige Unternehmen ihre Marketing-Aktivitäten übertrieben und begannen, E-mail-Werbung unkontrolliert in Massen zu versenden.

### **2.1. Spamming**

Das Wort „Spam“ bezeichnet eigentlich ein in Amerika populäres Nahrungsmittel.<sup>37</sup> Übertragen auf die Welt des Internet tauchte der Begriff zuerst im Usenet<sup>38</sup> auf und wurde ursprünglich zur Bezeichnung von News-Artikeln verwendet, die massenhaft in verschiedenste News-Gruppen gesendet wurden. Dabei handelte es sich in der Regel um Werbeschreiben, die inhaltlich nichts mit den News-Gruppen zu tun hat-

---

<sup>35</sup> Leupold, WRP 1998, 270; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17; Funk, CR 1998, 411, 412 ff.; Ziem, MMR 2000, 129, 130.

<sup>36</sup> Funk, CR 1998, 411, 413; Kröger-Gimmy, Internet für Rechtsanwälte und Notare, S. 48 f.

<sup>37</sup> Spiced Pork and Ham (zu deutsch etwa: „Gewürztes Schweinefleisch mit Schinken“), ein amerikanisches Pressfleisch.

<sup>38</sup> Das Usenet basiert nicht auf der E-Mail-Funktion des Internet, sondern stellt ein eigenes Netzwerk dar. In den News-Gruppen werden Nachrichten in zentralen Dateien gleichsam an ein „schwarzes Brett“ geheftet.

ten.<sup>39</sup> Da derartige Werbung mittlerweile immer häufiger auch per E-mail durch das Internet transportiert wird, hat sich auch hier die Bezeichnung „spam“ für massenweise<sup>40</sup> auftretende E-mail durchgesetzt.<sup>41</sup> Teilweise werden auch die Begriffe UBE (Unsolicited Bulk E-mail) oder auch UCE (Unsolicited Commercial E-Mail) sowie Junk-E-mail verwendet.<sup>42</sup> Diese Spielart der E-mail-Werbung ist dadurch gekennzeichnet, dass der Werbende in einer automatisierten Blindwerbeaktion zeitgleich hunderte oder tausende von Werbe-E-mails versendet. Einer Anfang des Jahres 2001 veröffentlichten Studie der Europäischen Kommission zufolge könne ein einziges Internet-Marketingunternehmen mittels moderner Technologien täglich 100 Millionen personalisierte E-mails über das Netz verschicken.<sup>43</sup> Der Ärger und der Protest der Internet-Nutzer gegen „Spam“ wächst mindestens ebenso stark, wie das „Spamming“ zunimmt. So berichtete AOL, dass schätzungsweise über ein Viertel der E-mails unter die Kategorie „Spam“ fällt.<sup>44</sup> Ursprünglich als rein amerikanisches Phänomen bekannt, hat diese E-Mail-Werbeflut inzwischen auch Deutschland erreicht und wird von den deutschen Nutzern zunehmend als Belästigung empfunden.<sup>45</sup> Doch auch in Marketingkreisen wird das Spamming abgelehnt und als „the quickest path to commercial suicide known today“ bezeichnet.<sup>46</sup>

Für den Werbetreibenden ist es relativ einfach, sich E-mail-Adressen zu beschaffen, z.B. durch das Scannen von Usenet-Newsgroups oder aus dem World Wide Web. Hier können Homepages automatisch nach Adressen durchsucht werden; sie sind einfach zu identifizieren, weil sie mit „mail to:“ eingeleitet sind. So lassen sich tausende E-mail-Adressen sammeln und in einer Datenbank zusammenfassen.<sup>47</sup>

## 2.2. Die Folgen des Versands von „Spams“

Durch die technischen Multiplikationsmöglichkeiten hat das „Spamming“ im Internet eine größere Dimension erlangt als die klassische ungewollte Werbepost. Denn je

<sup>39</sup> Ein bekanntes Beispiel hierfür war die 1994 durchgeführte Massenmailing-Aktion der Fachanwälte für Einwanderungsfragen, Laurence A. Canter und Martha S. Siegel. Vgl. zu dem Fall: Strömer, Online-Recht, S. 140; Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35.

<sup>40</sup> Ziem, MMR 2000, 129, versteht demgegenüber unter „Spam“ bereits eine einzige unaufgeforderte werbende E-mail.

<sup>41</sup> Kelm, DuD 1999, 27; ders. in Horster/Fox, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23 ff.; Leupold, WRP 1998, 270. Über die Entstehung des Begriffes „Spam“ gehen die Meinungen weit auseinander. In einem Sketch aus Monty Python's Flying Circus kommt das Wort ca. 120 Mal vor, daher die Assoziation zu massenweise auftretenden Mails.

<sup>42</sup> Vgl. auch Horster/Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1, 6, dem zufolge UCE als Oberbegriff auch unerwünschte nicht werbende E-mail umfassen kann.

<sup>43</sup> Vgl.: FAZ Nr. 29 vom 3.02.01, S. 13 „Unerwünschte E-Mails kosten Milliarden“. Die Studie ist abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/dataprot/studies/spam.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/dataprot/studies/spam.htm) (letzte Abfrage am 28.07.2001).

<sup>44</sup> Dreyer/Summa-Liedke, Praxishandbuch Internet Business, Band 1, Fach 4.10.5.4., S. 37.

<sup>45</sup> vgl. Goerke, Kampagne gegen unverlangte Werbe-E-mails, WRP 1999, 707.

<sup>46</sup> Dysart, Spamming is bad for business, Financial Times, Friday March 24, 2000, S. 25; Dreyer/Summa, Praxishandbuch Internet Business, Band 1, Fach 4.10.5.4., S. 37.

<sup>47</sup> Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Problemen: Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 146 ff.

größer die Menge elektronischer Post ist, desto stärker überladen und langsamer sind die Mail-Server der Internet-Provider. Spamming blockiert bei den weiterleitenden Stellen Kapazitäten, die nicht mehr anderweitig zur Verfügung gestellt werden können.<sup>48</sup> Die Internet-Provider sind infolgedessen gehalten, ihre Server-Kapazitäten auszuweiten.<sup>49</sup> Es drohen auch erhebliche Schäden durch Leistungsausfälle.<sup>50</sup> Hinzu kommen erhöhte Speicherkosten, die kostenträchtige laufende Wartung der Server und erhebliche Kosten für den zusätzlichen Personalaufwand, der durch die Beschwerden der Kunden über „Junk-E-mail“ erforderlich wird.<sup>51</sup> Hinzu kommen die für die Nutzer entstehenden Kosten. Nach der genannten Studie der Europäischen Kommission kosten Junk-E-mails die Internetnutzer weltweit jährlich 10 Mrd. Euro.

### 2.3. Tatsächliche Lösungsversuche

Die vorstehend geschilderte Problematik hat den Widerstand der Netzgemeinde aktiviert und zu einer Reihe von Selbstschutzinitiativen geführt. So bildeten sich Selbsthilfegruppen, in denen sich Privatpersonen zusammenschlossen, um „Spamming“-Opfern im Internet ihre Hilfe anbieten.<sup>52</sup> Daneben befinden sich im Internet sog. „Schwarze Listen“, in denen die Namen und Web-Adressen von identifizierten „Spammern“ genannt werden.<sup>53</sup> Wegen der Gefahr von Gegenreaktionen in Form des „Mail-Bombings“<sup>54</sup> treten diese nämlich mittlerweile in zunehmendem Maße anonymisiert auf, etwa durch Angabe einer falschen Absenderadresse oder durch Unkenntlichmachung der Absenderangabe.<sup>55</sup> Daneben besteht die Möglichkeit, dass sich ein Benutzer, der keine Werbe-E-mails erhalten möchte, in eine sog. „Robinsonliste“ oder in die sog. „Freitag-Liste“ eintragen lässt mit dem Ziel, eine freiwillige Selbstbeschränkung der Werbewirtschaft zu erreichen. Diese Initiative hat sich aber im Gegensatz zu der Papierversion der Robinsonliste als wenig erfolgreich erwiesen.

<sup>48</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schrey, K&R 1998, 222, 224; Kelm, DuD 1999, 27.

<sup>49</sup> Schrey, K&R 1998, 222, 224. Andernfalls drohen wegen des letztlich begrenzten Systemplatzes Schäden am System des Providers; Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1000.

<sup>50</sup> Koch, Internet-Recht, S. 44; Schwarz-Peschel-Mehner, Recht im Internet, Fach 5-2.2, Seite 4 a.

<sup>51</sup> Schrey, K&R 1998, 222, 224; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 192.

<sup>52</sup> Vgl. beispielhaft: CAUCE = Coalition Against Unsolicited Commercial Email: URL=<http://www.cauce.org>; EuroCAUCE, die europäische Sektion der amerikanischen CAUCE, URL=<http://www.euro.cauce.org/en/index.html> ; „The Anti-Spam Project“, URL =

<http://www.bitgate.com/spam/> , Organisation der Computer Professionals for Social Responsibility (CPSR), URL: <http://www.cpsr.org/program/privacy/spam.html> (letzte Abfrage am 28.07.2001). Auf diesen WWW-Seiten befinden sich auch zahlreiche Informationen über UCE, die Rechtslage, insb. in den USA, spektakuläre Fälle der Versendung von UCE, technische Abwehrmaßnahmen und die richtige Art und Weise, sich bei einem Provider über UCE zu beschweren.

<sup>53</sup> Vgl. z.B.: URL: <http://math-www.uni-paderborn.de/~axel/BL/blacklist.html> (letzte Abfrage am 28.07.2001), mit Verweisen auf internationale schwarze Listen.

<sup>54</sup> Der Absender der „Junk-E-mail“ wird durch die geballte Rücksendung extrem umfangreicher E-mails blockiert, vgl. Strömer, Online-Recht, S. 144.

<sup>55</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 593.

Dies liegt vor allem daran, dass ein Großteil der „Spammer“ nicht von Deutschland aus operiert.<sup>56</sup>

Ferner bieten sich technische Filtermaßnahmen gegen die unerwünschte Werbeflut an, die sowohl auf der Ebene des Providers als auch der des Nutzers installiert werden können. Manche Filter lassen sich so einstellen, dass E-mails bestimmter Absender generell ausgeschlossen werden oder aber in der Betreffzeile der E-mail automatisch nach bestimmten Schlüsselwörtern gesucht wird. Daneben bestehen noch weitere technische Filterverfahren. Da ihre Darstellung den Rahmen dieser juristischen Arbeit übersteigen würde, wird auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.<sup>57</sup> Keine dieser Maßnahmen ist in der Lage, das Problem zufriedenstellend zu lösen. Viele Absender legen es gerade darauf an, die Filterprogramme der Provider gezielt zu umgehen.<sup>58</sup> Daneben besteht die Gefahr, dass auch erwünschte Post versehentlich herausgefiltert und womöglich gelöscht wird.<sup>59</sup>

Keine Abhilfe bietet die Rücksendung einer E-mail seitens des Nutzers an den Werbenden mit der Bitte um Austragung aus dem weiteren Versand. Fast alle Werbenachrichten enthalten mittlerweile einen sog. Ausschlussvermerk, der etwa mit der folgenden Formulierung beginnt: „For removal from any future mailings, just send a blank e-mail to ...“. Viele „Spammer“ setzen Tools zum Versenden von E-mails ein, die mögliche Empfängeradressen entweder aus einer Datenbank lesen oder diese völlig automatisch erzeugen. Eine Antwort auf eine E-mail würde dem Spammer zeigen, welche Adressen gültig waren, so dass weitere „spam-mails“ unweigerlich folgen würden.<sup>60</sup>

Schließlich ist von einer Selbsthilfe des Nutzers in Form des sog. „Mailbombing“ abzuraten.<sup>61</sup> Hierbei wird die Absender-E-mail-Adresse durch eine Überflutung mit vielen oder großen E-mails lahmgelegt. Dieser Vorgang kann dazu führen, dass der Provider seinen Internetzugang wegen Überlastung nicht mehr nutzen kann. Dieses virtuelle Faustrecht dürfte mit geltendem Recht nicht vereinbar sein.

---

<sup>56</sup> Horster-Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1, 7; Leuopld, WRP 1998, 270, 272. Hoeren, Rechtsfragen des Internet, Rdn. 263. Nähere Informationen zur Freitag-Liste finden sich unter: <http://www.de/freitag/info.html> (letzte Abfrage am 28.07.2001).

<sup>57</sup> Siehe z.B.: Kelm, DuD 1999, 27 ff.; Wenz, Fight Spam, Internet World, 10 /2000, S. 68 ff.; Kossel, c't 1999, Heft 8, S. 170 ff.; Feierabend, c't 1997, Heft 7, S. 102 ff.

<sup>58</sup> So vor allem Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343; Horster/Fox-Kelm, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23, 24; Feierabend, c't Heft 7/1999, S. 102, 104.

<sup>59</sup> Der Schlüsselbegriff „Werbung“ kann etwa dazu führen, dass auch die Antwort-Post mit der Betreffzeile „Re: Ihre Bewerbung“ als unzustellbar zurückgeschickt wird, vgl. Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343.

<sup>60</sup> Horster/Fox-Kelm, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23, 27.

<sup>61</sup> Hoeren, NJW 1998, 2849, 2853; Kelm, DuD 1999, 27, 29; Koch, Internet-Recht, S. 45. A.A. Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 267. Ein anschauliches Beispiel für die damit verbundene Netzbelastung gibt Esser, Internet: Begriffe und Erläuterungen - Teil III, RDV 1996, 151, 154.

## 1. Teil: Die Rechtslage in Deutschland

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die E-mail-Werbung auch als rechtliches Problem ernst genommen werden muss. Bevor die E-mail-Werbung einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung am Maßstab des deutschen Wettbewerbsrechts unterzogen werden kann, ist zunächst die Frage nach seiner Anwendbarkeit zu klären.

### 1. Kapitel Internationales Recht des unlauteren Wettbewerbs

#### I. Einführung in die Problematik

Das Internet ist ein internationales Medium, das sich über nationale Grenzen hinwegsetzt. Es gibt kaum einen Sachverhalt, der nicht die Rechtsordnung mehrerer Staaten berührt. Dies hat seinen Grund in der besonderen Struktur des Internet. So kann bei der Übertragung einer Information über das Internet selbst innerhalb eines Landes ein ausländischer Rechner zwischengeschaltet sein. Hinzu kommt, dass auch bei der Durchführung von Werbe- und Absatztätigkeiten häufig mehrere Länder berührt werden. Dies hat einen Anstieg von Wettbewerbsverstößen mit Auslandsberührung zur Folge.<sup>62</sup> Bei grenzüberschreitenden Wettbewerbshandlungen stellt sich daher regelmäßig die Frage, welches nationale Recht des unlauteren Wettbewerbs Anwendung findet. Da sich die nationalen Wettbewerbsrechtsordnungen in ihren Systemen, ihrer Zielrichtung und vor allem in ihrem Schutzzumfang zum Teil beträchtlich voneinander unterscheiden, kommt dieser Frage erhebliche Bedeutung zu. Dies gilt auch für den Fall der Direktwerbung durch E-mail, da diese weltweit an unzählige Teilnehmer versandt werden kann. Die Geltung von deutschem materiellem Wettbewerbsrecht kann für ausländische Gewerbetreibende problematisch sein, da dieses für weite Bereiche im internationalen Vergleich einen sehr strengen Maßstab anlegt.<sup>63</sup>

Internationale Sachverhalte einer bestimmten Rechtsordnung zur Lösung zuzuweisen, ist Aufgabe des Internationalen Privatrechts. Das trifft auch auf Internet-Sachverhalten zu. Ein „Cyberspace“ als eigenständiger Rechtsraum existiert nicht.<sup>64</sup> Welche gesetzlichen Regelungen Anwendung finden, richtet sich nach dem nationalen Kollisionsrecht des angerufenen Gerichts, der *lex fori*.<sup>65</sup> Bislang fehlt es sowohl auf internationaler Ebene als auch innerhalb der Europäischen Union an einer umfassenden staatsvertraglichen Vereinheitlichung des Wettbewerbskollisionsrechts, so dass eine den Vorschriften des nationalen EGBGB vorrangige staatsvertragliche Re-

<sup>62</sup> Dethloff, NJW 1998, 1596, 1597; Mankowski, Anm. zu OLG Frankfurt/M., EWiR, § 1 UWG 7/99, S. 471, 472; Loewenheim-Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 244.

<sup>63</sup> Börner/Heitmann, Der Internet Rechtsberater, S. 80. Vgl. zur Behandlung der E-mail-Werbung in den anderen Mitgliedstaaten: Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 17 ff.

<sup>64</sup> So ausdrücklich Schack, MMR 2000, 59, 60.

<sup>65</sup> Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599; Vehslage, DuD 1999, 22, 25.

gelung nicht existiert, vgl. Art. 3 Abs. 2 S.1 EGBGB. In Brüssel wird zur Zeit über einen Entwurf einer Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-Verordnung) vom 21.06.1999 beraten, die auf eine umfassende Vereinheitlichung des Internationalen Wettbewerbsrechts zielt.<sup>66</sup> Wird eine bestimmte Werbemaßnahme vor einem deutschen Gericht angegriffen, wendet daher der Richter die Regeln des autonomen Internationalen Privatrechts (IPR) an.<sup>67</sup>

## II. Gesetzliche Regelung des Internationalen Deliktsrechts

Unlautere Wettbewerbshandlungen sind als unerlaubte Handlungen zu qualifizieren.<sup>68</sup> Die daraus resultierenden Ansprüche beurteilten sich bislang nach dem Recht des Tatortes (lex loci delicti commissi),<sup>69</sup> wobei bei einem Auseinanderfallen von Handlungs- und Erfolgsort dem Geschädigten ein Wahlrecht zwischen den beteiligten Rechtsordnungen gewährt wurde.<sup>70</sup> Nachdem am 1.06.1999 das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen<sup>71</sup> in Kraft getreten ist, regeln die Artt. 40-42 EGBGB nun das Internationale Deliktsrecht. Sofern es an einer nachträglichen Wahl des anwendbaren Rechts seitens der Beteiligten gem. Art. 42 EGBGB fehlt und Schädiger und Geschädigter auch keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben (Art. 40 Abs. 2 EGBGB), greift die Regelanknüpfung an den Tatort nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB ein. Gem. Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB soll nun primär das Recht des Handlungsortes zur Anwendung gelangen, es sei denn der Geschädigte verlangt nach Art. 40 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB die Anwendung des Erfolgsortrechts. Sofern eine wesentlich engere Verbindung mit dem Recht eines anderen Staates besteht, kommt dieses über die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung.<sup>72</sup>

Die EGBGB-Novelle enthält keine Sonderregelungen für das Internationale Wettbewerbsrecht. Der Gesetzgeber hielt sie für verzichtbar, da die Neuregelung sowohl bei der Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB als auch über die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB ein hohes Maß an Flexibilität vorsieht.<sup>73</sup> Daraus folgt, dass die Artt. 40-42 EGBGB auch das Internationale Wettbewerbsrecht umfassen sollen.<sup>74</sup> Da eine

<sup>66</sup> Siehe hierzu Dethloff, JZ 2000, 179, 180; Mankowski, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss) 100 (2001), Band 2, S. 137, 176 ff.

<sup>67</sup> Engels, AfP 2000, 524; Rüßmann, K&R 1998, 422.

<sup>68</sup> BGHZ 35, 329, 333 („Kindersaugflaschen“); BGHZ 113, 11, 14 („Kauf im Ausland“); Palandt-Heldrich, Art. 40 EGBGB, Rdn. 11.

<sup>69</sup> Staudinger- v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 516.

<sup>70</sup> Firsching/v. Hoffmann, IPR, 4. Auflage, München 1995, § 11, Rdn. 24; Palandt-Heldrich, 56. Auflage, München 1997, Art. 38 EGBGB, Rdn. 3.

<sup>71</sup> BGBl. 1999 I 1026.

<sup>72</sup> Vgl. zur Prüfungsreihenfolge: v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 18.

<sup>73</sup> Vgl. Sack, WRP 2000, 269, 270.

<sup>74</sup> Sack, WRP 2000, 269, 270.

sachliche Neuregelung des Internationalen Wettbewerbsrecht nicht erfolgte, gelten weiterhin die richterrechtlichen Regeln.<sup>75</sup>

### III. Lauterkeitsrechtliche Tatortregel

Im Internationalen Wettbewerbsrecht gilt grundsätzlich die Tatortregel.<sup>76</sup> Allerdings nimmt das Wettbewerbsrecht im Rahmen der unerlaubten Handlung eine Sonderstellung ein, da es über die Regelung der Beziehung zwischen Täter und Opfer hinausgeht und Drittinteressen eine ausschlaggebende Rolle spielen.<sup>77</sup> Die Fragestellung lautet typischerweise nicht, ob einem individuell Verletzten Ersatz für den ihm zugefügten Schaden gebührt, sondern ob eine bestimmte Werbe- oder sonstige Wettbewerbsmaßnahme auf dem Markt, auf dem sie zum Tragen kommt, unter Abwägung der Interessen aller Marktbeteiligten und des Allgemeininteresses am Schutz der Wettbewerbsordnung zu untersagen ist. Klassische Klageform ist die Unterlassungs- und nicht die Schadensersatzklage. Daher besteht Einigkeit darüber, dass für das Wettbewerbsrecht ein von der allgemeinen Tatortregel abweichendes Anknüpfungsmoment zu suchen ist, welches Drittinteressen mit einbezieht.<sup>78</sup>

Jedenfalls für marktbezogene<sup>79</sup> Wettbewerbshandlungen hat sich daher eine wettbewerbspezifische Anwendung der Tatortregel etabliert.<sup>80</sup> Als Tatort wird der Ort angesehen, an dem die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber aufeinandertreffen. Es gilt das Recht des Ortes der wettbewerblichen Interessenkollision.<sup>81</sup> Anzuknüpfen ist an den Marktort.<sup>82</sup> Dient eine Wettbewerbsmaßnahme der Gewinnung von Kunden, ist dies der Ort, an dem durch das Verhalten im Wettbewerb mit anderen Unternehmen auf die Entschließung des Kunden eingewirkt werden soll. Dort sind die Interessen der Mitbewerber, der Allgemeinheit und der möglichen Kunden berührt.<sup>83</sup> Die Marktortregel gilt auch für Unterlassungsansprüche<sup>84</sup> gegen Direkt-

<sup>75</sup> Mankowski, GRUR Int. 909, 910; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 141 a.

<sup>76</sup> BGHZ 35, 329, 333 („Kindersaugflaschen“); BGHZ 40, 391, 394 („Stahlexport“); BGHZ 113, 11, 14 („Kauf im Ausland“); BGH, NJW 1998, 1127, 1228 („Gewinnspiel im Ausland“); Palandt-Heldrich, Art. 40 EGBGB, Rdn. 11.

<sup>77</sup> V. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 695 (m.w.N.); Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 234; Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 509; Löffler, WRP 2001, 379, 380.

<sup>78</sup> Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 509; ders. IPR, § 11, Rdn. 51.

<sup>79</sup> Teile der Literatur unterscheiden zwischen „marktbezogenen“ und „betriebsbezogenen“ Wettbewerbshandlungen. Letztere wenden sich unmittelbar und ohne Umweg über Abnehmer oder Lieferanten des betroffenen Unternehmens unmittelbar gegen dieses, z.B. Verstöße gegen §§ 17, 18 UWG oder unbegründete Schutzrechtsverwarnungen, vgl. ausführlich hierzu: Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 516, 520 ff.

<sup>80</sup> Vgl. BGH, NJW, 1998, 1227, 1228 („Gewinnspiel im Ausland“); Lindacher, WRP 1996, 645.

<sup>81</sup> V. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 695; Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 234.

<sup>82</sup> BGHZ 35, 329, 333 f. („Kindersaugflaschen“); BGH, GRUR 1971, 153, 154 („Tampax“), mit Anm. Droste, S. 155; BGHZ 113, 15 („Kauf im Ausland“); BGH, NJW 1998 1226, 1227 („Gewinnspiel im Ausland“); Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 516; Loewenheim/Koch-Hoeren/Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 464; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599.

<sup>83</sup> BGHZ 113, 11, 15 („Kauf im Ausland“); BGH, NJW 1998, 1226, 1227 („Gewinnspiel im Ausland“).

<sup>84</sup> Lindacher, WRP 1996, 645, 647.

werbemaßnahmen.<sup>85</sup> Sie ist methodisch am korrektesten in Art. 40 Abs. 1 EGBGB zu verankern, da Ausweichklauseln wie Art. 41 EGBGB nur konkrete, aber nicht generelle Funktionsverfehlungen der Regelanknüpfung korrigieren sollen.<sup>86</sup>

Da am Ort der wettbewerblichen Interessenkollision Handlungs- und Erfolgsort zusammenfallen,<sup>87</sup> kommt der Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsort keine Bedeutung zu.<sup>88</sup> Auf die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt der angesprochenen Kunden kommt es ebenfalls nicht an.<sup>89</sup> Die Regelung des Art. 40 Abs. 2 EGBGB, die mit Vorrang vor der Tatortregel das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts für anwendbar erklärt, ist bei marktbezogenen Wettbewerbshandlungen nicht anwendbar.<sup>90</sup> Entsprechendes gilt für Art. 42 EGBGB, so dass keine Möglichkeit zur nachträglichen Rechtswahl besteht.<sup>91</sup>

#### IV. Maßgeblichkeit des Rechts des Werbemarktes

Nach der EGBGB-Novelle stellt sich die Frage, ob der mit der Werbemaßnahme intendierte Absatzmarkt Erfolgsort i.S.v. Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB ist. Unter Absatzmarkt versteht man den Ort der vertragsgemäßen Leistungserbringung.<sup>92</sup> Diese Frage gewinnt an Bedeutung, wenn Werbe- und Absatzmarkt auseinanderfallen. Dies kann bei der E-mail-Werbung der Fall sein, wenn die im Inland beworbene Ware oder Dienstleistung im Ausland vermarktet wird. Die h.M lehnte es bislang ab, neben dem Recht des Werbemarktes auch das des Absatzmarktes anzuwenden.<sup>93</sup> Der Ort, an dem durch Werbung auf die Marktgegenseite eingewirkt werde, sei auch dann der maßgebliche Ort, wenn der spätere Absatz auf einem anderen Markt stattfinden solle. Zwar sei in einem solchen Fall auch das Absatzinteresse anderer Wettbewerber auf diesem Markt berührt, es handle sich aber insoweit nur um Auswirkungen des zu beurteilenden Wettbewerbsverhaltens, die nicht zur Anwendbarkeit des Rechts des Absatzmarktes führten.<sup>94</sup> Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Der Erfolg der Werbemaßnahme ist die Einwirkung auf die angesprochenen Kunden. Der durch die un-

<sup>85</sup> Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Schricker, Großkommentar zum UWG, Einleitung, Rdn. F 203.

<sup>86</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 910. A.A: v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 44.

<sup>87</sup> V. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 696; Löffler, WRP 2001, 379.

<sup>88</sup> Sack, WRP 2000, 269, 272; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 910. A.A.: Lindacher, WRP 1996, 645, 647; dem zufolge Marktortanknüpfung eine Irrelevanz des Handlungsortes und eine Alleinrelevanz des Erfolgsortes bedeute. Noch anders: Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 516, dem zufolge es im Recht des unlauteren Wettbewerbs nur einen Handlungs- und keinen Erfolgsort gebe, so auch Palandt-Heldrich, EGBGB, Art. 40, Rdn. 11; Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 234.

<sup>89</sup> BGHZ 113, 11, 15 („Kauf im Ausland“); BGH, NJW 1998, 1227, 1228 („Gewinnspiel im Ausland“); Staudinger-v. Hoffmann, EGBGB, Art. 38, Rdn. 538.

<sup>90</sup> Sack, WRP 2000, 269, 280.; Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 251.

<sup>91</sup> V. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 53.

<sup>92</sup> (str.) Lindacher, WRP 1996, 645, 648. Lindacher weist zutreffend auf die Mehrdeutigkeit des Begriffes „Absatzmarkt“ hin. Vgl. zum Ganzen, Staudinger-Fezer, Int. WirtschaftsR, Rdn. 371.

<sup>93</sup> Vgl. z.B.: V. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 697; Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 241, 244; Lindacher, WRP 1996, 645, 648.

<sup>94</sup> Vgl. BGHZ 113, 11, 15 („Kauf im Ausland“); BGH, NJW 1998, 1227, 1228 („Gewinnspiel im Ausland“).

lautere Werbemaßnahme beeinflusste Absatz stellt lediglich den Schadenseintritt aus dem unlauteren Wettbewerbsverhalten dar, der kollisionsrechtlich allgemein als irrelevant gilt.<sup>95</sup> An dieser Auffassung ist auch nach der EGBGB-Novelle festzuhalten.<sup>96</sup>

## V. Besonderheit bei der Werbung im Internet

Bei der Werbung im Internet besteht die Besonderheit, dass sie unabhängig vom Ort ihres Ursprungs letztlich weltweit abgerufen werden kann. Viele Internet-Angebote haben keinen Zielmarkt in einem bestimmten Staat. Vielmehr wird das Medium Internet gerade genutzt, um die Grenzen zu überschreiten und internationalen Absatz zu erzielen. Zielpunkt ist der potentielle Kunde, der „user“, wo auch immer dieser das Angebot abfragt.<sup>97</sup> Das bedeutet nicht, dass im Internationalen Wettbewerbsrecht eine Anknüpfung an einen übergreifenden „Internet-Markt“ zu erfolgen hätte. Ein kollisionsrechtlich relevanter „virtueller Markt“ existiert nicht.<sup>98</sup> Umworben wird nicht das Internet als solches, sondern reale potentielle Kunden an realen Marktorten. Eine grundsätzliche Abkehr von dem für das Internationale Wettbewerbsrecht geltenden Grundsatz der Marktortanknüpfung bei Internet-Sachverhalten ist nicht geboten.<sup>99</sup> Bei Internet-Auftritten können regelmäßig mehrerer Marktorte betroffen sein mit der Folge, dass mehrere Wettbewerbsordnungen verschiedener Länder Anwendung finden.<sup>100</sup>

Um festzustellen, wo der Marktort bei Wettbewerbshandlungen im Internet liegt, ist zwischen der an die Allgemeinheit der Nutzer gerichteten Werbung im World Wide Web und der an bestimmte individualisierte Nutzer gerichteten Werbung durch E-mail zu differenzieren.<sup>101</sup> Während es sich bei ersterer um einen Extremfall einer Multistate-Wettbewerbshandlung („Streudelikt“) handelt<sup>102</sup> und kollisionsrechtliche Probleme aufwirft,<sup>103</sup> sind die Fälle der E-mail-Werbung einfacher gelagert.<sup>104</sup>

<sup>95</sup> Vgl. Staudinger-Fezer, Int. WirtschaftsR, Rdn. 373. Vgl. zur Unbeachtlichkeit des Ortes, an dem der Schaden eintritt: BGH, NJW 1998, 1227, 1228 („Gewinnspiel im Ausland“).

<sup>96</sup> Sack, WRP 2000, 269, 272; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 911.

<sup>97</sup> Vgl. Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 911.

<sup>98</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 911. Im Ergebnis ebenso Loewenheim/Koch-Hoeren/Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 464, 465; ähnlich: Schack, MMR 2000, 59, 60. Anders früher: Hoeren, NJW 1998, 2849, 2851.

<sup>99</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 911, 915. Im Ergebnis ebenso: Lehmann-Waltl, Internet- und Multimediarecht, S. 185, 191; Lehmann-Hoeren, aaO., S. 111, 113; kritisch: Dethloff, NJW 1998, 1596, 1603, die eine kollisionsrechtliche Neuorientierung befürwortet, die verstärkt das Recht des Herkunftslandes berücksichtigt.

<sup>100</sup> Börner/Heitmann, Der Internet Rechtsberater, S. 80.

<sup>101</sup> Ähnlich: Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599 ff.

<sup>102</sup> Kotthoff, CR 1997, 676, 677; Löffler, WRP 2001, 379, 380.

<sup>103</sup> Vgl. zur Diskussion z.B.: Hoeren, WRP 1997, 993, 997; Kotthoff, CR 1997, 676 ff.; Loewenheim/Koch, Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 243, 246 ff.; Löffler, WRP 2001, 379 ff.; Lehmann, Waltl, Internet und Multimedia Recht (Cyberlaw), S. 186, 190 ff.; Börner/Heitmann, der Internet Rechtsberater, S. 80 ff.; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599 ff.; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 915 ff.; Rüßmann, K&R 1999, 422 ff.; Sack, WRP 2000, 269, 273 ff.

<sup>104</sup> So ausdrücklich Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1001.

Um bei Wettbewerbshandlungen im Internet die Vielzahl der in Betracht kommenden Rechtsordnungen einzuschränken, verlangen Teile der neueren Literatur für die Anknüpfung an den Marktort eine Eignung zur spürbaren Marktbeeinflussung,<sup>105</sup> während eine andere Auffassung allgemein auf die Zielrichtung der Werbung abstellen will.<sup>106</sup> Allerdings nimmt auch die neuere Literatur eine Eignung zu einer eindeutig spürbaren Marktbeeinflussung an, wenn sich die Maßnahme gezielt auch an Kunden auf dem betreffenden Markt richtet,<sup>107</sup> so dass in diesem Fall nach beiden Ansichten die gleiche Rechtsordnung berufen ist. Dabei bedeutet ein Abstellen auf die Zielrichtung der Werbung nicht, dass es auf die subjektiven Vorstellungen des Werbenden ankommt. Diese können für die Beantwortung der internationalprivatrechtlichen Frage nach dem anwendbaren Recht nicht maßgebend sein. Vielmehr ist stets die verobjektivierte Zielrichtung einer Wettbewerbshandlung zu ermitteln.<sup>108</sup>

Dementsprechend gilt das Recht des Landes, in dem eine E-mail bestimmungsgemäß empfangen werden kann.<sup>109</sup> Dies ist der Staat, in dem der Werbende deutlich zu lokalisierende E-mail-Adressen anschreibt, weil er bei diesen Adressaten gezielt wirbt.<sup>110</sup> Bei der Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob der Empfänger den Werbenden zuvor darum gebeten hat, angeschrieben zu werden,<sup>111</sup> da der Anbieter auch in diesen Fällen final handelt und die Werbung gezielt in den betreffenden Staat gelangt.<sup>112</sup>

Unerheblich ist es, wenn die eingehende Nachricht auf einem im Ausland stehenden Rechner gespeichert wurde, was selbst bei einer auf der Top Level Domain „de“ endenden Benutzeradresse der Fall sein kann.<sup>113</sup> Es handelt sich hierbei um eine rein

---

<sup>105</sup> Ernst, NJW-CoR 1999, 302, 303; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 915 ff.; ders. EWiR § 1 UWG 7/99, 471, 472; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 141 b; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599 ff.; Börner/Heitmann, Der Internet Rechtsberater, S. 81; Jacobs/Lindacher-Teplitzky-Schricker, Großkommentar zum UWG, Einleitung, Rdn. F 190; Schwarz-Peschel-Mehner, Recht im Internet, Fach 5-2.1, S. 14. Vgl. auch OLG Frankfurt/M, K&R 1999, 138 mit Anm. *Kotthoff*, S. 139.

<sup>106</sup> Kotthoff, CR 1997, 676, 680; Rüßmann, K&R 1998, 422, 426; Hoeren, WRP 1997, 1997, 993, 998: „Der Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision ist der Ort, an dem gezielt in das Marktgeschehen eingegriffen wird“; ders. in Lehmann, Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 113; ders. NJW 1998, 2849, 2851.

<sup>107</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1600.

<sup>108</sup> Kotthoff, CR 1997, 676, 680; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917.

<sup>109</sup> Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 37; Bücking, Update Domainrecht: Aktuelle Entwicklungen im deutschen Recht der Internetdomains, MMR 2000, 656, 663; Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196, 199; Vehslage, DuD 1999, 22, 26.

<sup>110</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917; ähnlich: Strömer, Online-Recht, S. 153, der auf das zielgerichtete Versenden an deutsche Empfänger abstellt.

<sup>111</sup> A.A.: Dethloff, NJW 1998, 1601, die eine auf Anforderung übersandte E-mail nach dem Recht des Unternehmenssitzes beurteilen möchte, wenn das Unternehmen seine Absatztätigkeit erkennbar nicht auf den Marktort des Empfängers erstreckt hat; ähnlich: Staudinger-Fezer, Int. WirtschaftsR, Rdn. 515.

<sup>112</sup> Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 917.

<sup>113</sup> Vgl. v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 114, Fn. 12.

technische Verknüpfung zu einem bestimmten Staatsgebiet, die willkürlich und für die Bestimmung des Markortes nicht relevant ist.<sup>114</sup> Deutsches Recht kommt folglich zur Anwendung, wenn es sich bei der angeschriebenen E-mail-Adresse um eine solche handelt, die auf der Top-Level-Domain „de“ für Deutschland endet. Da es sich bei der durch die Markortanknüpfung erfolgten Verweisung auf deutsches Recht um eine Sachnormverweisung handelt,<sup>115</sup> gilt materielles deutsches Wettbewerbsrecht.

Daneben findet deutsches Wettbewerbsrecht Anwendung, wenn es sich bei der angeschriebenen E-mail-Adresse um eine „com“-Adresse bzw. um eine Internetadresse mit einer anderen internationalen Endung<sup>116</sup> handelt.<sup>117</sup> Voraussetzung ist, dass ein Provider diese Adresse an einen Benutzer vergeben hat, der von seinem Computer in Deutschland aus gewöhnlich auf seinen E-mail-Account Zugriff zu nehmen pflegt und seine E-mails hier empfängt. Denn auch in diesem Fall hat der Werbende gezielt einen bestimmten Adressaten angeschrieben. Auf seine subjektiven Vorstellungen kommt es nicht an. Das Risiko, der deutschen Rechtsordnung unterworfen zu sein, könnte ein im Ausland ansässiger Werbetreibender vermeiden, indem er keine „com“-Adressen anschreibt, deren Adressaten ihm unbekannt sind.<sup>118</sup> Eine andere Beurteilung würde Schutzbehauptungen Tür und Tor öffnen. Der Werbende könnte der Anwendung des deutschen strengen Wettbewerbsrechts entgehen, indem er behauptet, seine E-mail-Werbung sei nicht final auf Deutschland ausgerichtet gewesen.

Demgegenüber muss unberücksichtigt bleiben, dass es dem Empfänger beim Vorhandensein bestimmter technischer Voraussetzungen möglich ist, seine E-mail von jedem Ort der Welt aus zu empfangen.<sup>119</sup> Das Recht des Ortes, von dem aus der Benutzer nicht gewöhnlich auf seinen E-mail-Account Zugriff zu nehmen pflegt, kommt nicht zur Anwendung, da die Werbung in diesen Staat nicht bestimmungsgemäß gelangen sollte. Der Bezug zu dem fremden Staat ist vielmehr rein zufällig entstanden und wurde ausschließlich vom Empfänger der E-mail-Werbung geschaffen.

---

<sup>114</sup> So auch Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 294; Mankowski, GRUR Int. 909, 910; Hoeren, WRP 1997, 993, 998; Rüßmann, K&R 1998, 442, 423, 425; v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, S. 113.

<sup>115</sup> V. Hoffmann, IPR, § 6, Rdn. 76.

<sup>116</sup> Z.B. in Zukunft, „biz“ für Unternehmen, „name“ für Privatpersonen, „pro“ für Ärzte, Anwälte oder Buchhalter, vgl. FAZ vom 18. 11.2000, Nr. 269, S. 1, „Neue Grenzen im Cyberspace“.

<sup>117</sup> Hierunter fallen insbesondere die bei Privatpersonen häufig vorkommenden Adressen des kostenlosen Web-basierten Dienstes „Hotmail“, die nach dem Schema Benutzer@hotmail.com aufgebaut sind.

<sup>118</sup> Im Ergebnis ebenso Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1001; Staudinger-Fezer, Int. WirtschaftsR, Rdn. 516.

<sup>119</sup> Z.B., wenn es sich um einen Web-basierten E-mail-Account, wie z. B. Hotmail oder Gmx, handelt, oder wenn der Provider das Protokoll IMAP4 unterstützt, bei dem die E-mails auf dem Server liegen bleiben.

An der kollisionsrechtlichen Beurteilung der unaufgeforderten E-mail-Werbung wird sich in Zukunft nichts durch den Erlass des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG) ändern, das zur Zeit als Gesetzentwurf der Bundesregierung vorliegt.<sup>120</sup> Das EGG ist ein Artikelgesetz, das in seinem Art. 1 grundlegende Änderungen des Teledienstgesetzes vorsieht (TDG n.F.). Mit dem EGG wird ein Großteil der Bestimmungen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>121</sup> (E-Commerce-Richtlinie - ECRL) in Bundesrecht umgesetzt, deren Umsetzungsfrist am 16.01.2002 abläuft.<sup>122</sup>

Zentraler Grundsatz der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist das Herkunftslandprinzip in Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL.<sup>123</sup> Maßgeblich ist das Recht des Staates, in dem der Dienstanbieter seine Niederlassung hat. Schon bei der Veröffentlichung des ersten Vorschlags der Richtlinie<sup>124</sup> ist der Kommission aus berufenem Munde bescheinigt worden, dass sie „entweder keine Ahnung vom IPR hat oder solch große Kenntnis hat, dass einem Angst und Bange wird“.<sup>125</sup> Das Herkunftslandprinzip droht in Konflikt mit dem Entwurf einer Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-Verordnung)<sup>126</sup> zu geraten. Es soll dort das Marktortprinzip verankert und hierdurch das Internationale Wettbewerbsrecht auf europäischer Ebene vereinheitlicht werden.<sup>127</sup> Da nach Art. 1 Abs. 4 ECRL das nationale Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten von der Richtlinie unberührt bleiben soll, ist das Verhältnis des Herkunftslandprinzips zum allgemeinen Kollisionsrecht heftig umstritten.<sup>128</sup> Für die Frage der Anwendbarkeit des deutschen UWG im Fall der unaufgeforderten E-mail-Werbung hat diese Streitfrage keine Bedeutung, da insoweit eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip gilt: Gem.

<sup>120</sup> Als PDF-Datei abrufbar unter <http://www.computerundrecht.de>.

<sup>121</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 1 der Richtlinie.

<sup>123</sup> Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 7; Bodewig, Elektronischer Geschäftsverkehr und unlauterer Wettbewerb, GRUR Int. 2000, 475, 476.

<sup>124</sup> Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG Nr. C 30 v. 5.02.1999, S. 4 ff.

<sup>125</sup> So Hoeren, MMR 1999, 193, 195.

<sup>126</sup> Entwurf einer Verordnung des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht vom 21.6.1999, vgl. hierzu: Dethloff, JZ 2000, 179, 180 und Mankowski, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss), 100 (2001), Band 2, S. 137, 176 ff.

<sup>127</sup> Würde man „Rom II“ als Übereinkommen fortführen, so würde das Herkunftslandprinzip als gemeinschaftliche Regelung Vorrang genießen (siehe Tettenborn, E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, K&R 2000, 59, 60; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 15).

<sup>128</sup> Vgl. zum Streitstand z.B.: Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1251 ff.; Mankowski, GRUR Int. 1999, 909, 912; Thünken, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, IPRax 2001, 15, 20; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 9 ff.; Schack, MMR 2000, 59, 62 ff.; Hoeren, MMR 1999, 192, 195 f.; Ahrens, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 835, 837 f., Fezer/Koos, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, IPRax 2000, 345, 353 ff.

Art. 3 Abs. 3 ECRL finden die Absätze 1 und 2 des Art. 3 ECRL keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche. Hierzu gehört nach dem 8. Spiegelstrich des Anhangs auch die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation, d.h. die nicht erbetene Wirtschaftswerbung,<sup>129</sup> mittels elektronischer Post.<sup>130</sup>

Die Vorschrift des § 4 TDG n.F. regelt das Herkunftslandprinzip und setzt Art. 3 ECRL in innerstaatliches Recht um.<sup>131</sup> In Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 ECRL in Verbindung mit dem 8. Spiegelstrich des Anhangs soll nach § 4 Abs. 4 Nr. 3 TDG n.F. für die „Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation durch elektronische Post“ das Herkunftslandprinzip nicht gelten. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für unaufgeforderte E-mail-Werbung,<sup>132</sup> so dass weiterhin das Marktortprinzip Anwendung findet.

## VI. Ergebnis

Für das Internationale Wettbewerbsrecht ist im Fall der E-mail-Werbung an der traditionellen Marktortanknüpfung festzuhalten. Dies gilt auch unter Geltung der EGBGB-Novelle und unter Berücksichtigung der geplanten Neuregelung des Telemediengesetzes. Die E-mail-Werbung ist am Maßstab des deutschen UWG zu messen, wenn der Werbende die E-mail an eine „de“-Adresse sendet. Entsprechendes gilt bei einer angeschriebenen „com“-Adresse oder einer sonstigen Internetadresse mit internationaler Endung, sofern diese einem Benutzer zugewiesen ist, der gewöhnlich von seinem Computer in Deutschland aus auf seine E-mails Zugriff nimmt.

---

<sup>129</sup> Vgl. Ahrens, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 835, 839.

<sup>130</sup> Die unerbetene kommerzielle Kommunikation („spamming“) war von Anfang an im Ausnahmekatalog zu Art. 3 enthalten. Im ersten Richtlinienvorschlag war diese Ausnahme in Art. 22 Abs. 2 i.V.m. dem Anhang II verankert, vgl. Hoeren, MMR 1999, 192, 195 f., Tettenborn, K&R 1999, 252, 256.

<sup>131</sup> Nach § 2 Abs. 6 TDG n.F. schafft das TDG n.F. keine Regelungen im Bereich des internationalen Privatrechts. Vgl. zur Bedeutung des Herkunftslandprinzips in § 4 TDG n.F.: Härtig, CR 2001, 271, 272 f.; Spindler, ZRP 2001, 203, 204 f.

<sup>132</sup> Härtig, CR 2001, 271, 273.

## 2. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung unaufgeforderter Werbung

### I. Gegenwärtige Gesetzeslage

Bislang besteht für die Werbung per E-mail in Deutschland kein Spezialgesetz, insbesondere enthält das am 30.06.2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz (FernAbsG) vom 27. Juni 2000<sup>133</sup> keine Regelung. Das Fernabsatzgesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie)<sup>134</sup> sowie der Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen.<sup>135</sup> Obwohl die Fernabsatzrichtlinie in ihrem Art. 10 eine Lauterkeitsregel enthält, der für die Frage der Zulässigkeit der E-mail-Werbung Bedeutung zukommt, hat der deutsche Gesetzgeber keinen Umsetzungsbedarf gesehen.<sup>136</sup> Das neue Gesetz regelt in seinem § 2 Abs. 1 lediglich Informationspflichten des Unternehmers, wenn er zur Anbahnung von Fernabsatzverträgen Fernkommunikationsmittel einsetzt. In § 1 Abs. 2 FernAbsG ist eine beispielhafte Aufzählung<sup>137</sup> von Fernkommunikationsmitteln enthalten, zu denen neben Briefen, Telefonanrufen und Telekopien auch E-mails gehören. § 2 Abs. 1 Satz 3 FernAbsG stellt klar, dass die nach bisherigem Recht geltenden Beschränkungen für Fernkommunikations-Werbung durch das Fernabsatzgesetz nicht gelockert werden sollen. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 FernAbsG regeln nicht die Voraussetzung zulässiger Fernkommunikations-Werbung; vielmehr gelten diese Bestimmungen nur für Werbung, die nicht aufgrund anderer Rechtsvorschriften unzulässig ist.<sup>138</sup>

Da spezielle Regeln für die E-mail-Werbung nicht vorhanden sind, müssen die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften herangezogen werden. Die E-mail Werbung ist daher anhand der Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>139</sup> zu beurteilen. Es liegt nahe, die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der E-mail-Werbung an den Lauterkeitskriterien zu messen, die Rechtsprechung und Lehre für die traditionellen Formen des Direktmarketing aufgestellt haben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Kriterien auf die Werbung mittels E-mail von vornherein nur insoweit übertragen werden können, als die zugrundeliegende Marketingform ihrem Wesen nach mit der E-mail-Werbung vergleichbar ist. Die Lauter-

<sup>133</sup> BGBl. I S. 897.

<sup>134</sup> ABl. EG Nr. L 144 vom 4.06.1997, S.19, abgedruckt in NJW 1998, 212 ff.

<sup>135</sup> ABl. EG Nr. L 166 S. 51.

<sup>136</sup> Vgl. den Gesetzentwurf zum Fernabsatzgesetz und die Begründung der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/2658, S. 24 f.

<sup>137</sup> Härting, DB 2000, 2312, 2313. Daneben ist etwa auch der Einsatz von SMS-Nachrichten vom FernAbsG erfasst.

<sup>138</sup> Härting, DB 2000, 2312, 2313; Härting/Schirmbacher, Fernabsatzgesetz - Ein Überblick über den Anwendungsbereich, die Systematik und die wichtigsten Regelungen, MDR 2000, 919; Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 112.

<sup>139</sup> Vom 7. Juni 1909 (RGBl. S. 499).

keitskriterien konventionellen Direktmarketings können demnach nur als Richtschnur für die Beurteilung der E-mail-Werbung gelten.

## **II. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung traditioneller Direktmarketing-Methoden mittels Fernkommunikationsmitteln**

Unaufgeforderte Werbebotschaften mittels Fernkommunikationsmitteln sind keine neue Erfindung. Vorstöße der Werbeindustrie sind insbesondere von Telefon, Telex-, Teletex, aber auch von Telefax und Btx bekannt. Zu diesen Kommunikationsmethoden lassen sich insoweit Parallelen ziehen, als es sich auch bei diesen um primär technische Übertragungsformen handelt. Daneben gewinnt auch die rechtliche Beurteilung der Briefkastenwerbung an Bedeutung. Eine Ähnlichkeit zur Briefkastenwerbung besteht neben der partiellen namentlichen Übereinstimmung (Briefkasten/Mail-box) darin, dass die Nachrichten zunächst gesammelt und sodann vom Empfänger abgeholt und ausgewertet werden.<sup>140</sup>

### **1. Telefonwerbung**

#### **1.1. Begriff und Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments**

Das Telefonmarketing umfasst sowohl den reinen Telefonverkauf sowie die telefonische Übermittlung von Informationen über Produkte und Dienstleistungen (Telefonwerbung).<sup>141</sup> Zum Teil werden die Begriffe Telefonmarketing und Telefonwerbung auch als synonyme Begriffe verwendet.<sup>142</sup> Man spricht von aktivem Telefonmarketing, wenn die Umworbenen in organisierten Telefonaktionen von besonders geschultem Personal angerufen werden.<sup>143</sup> Beim aktiven Telefonmarketing sind die „cold calls“ von den „warm calls“ zu unterscheiden. Anders als dem „warm call“ liegt dem „cold call“ keine bereits bestehende geschäftliche Beziehung zwischen Anrufer und Angerufenem zugrunde. Beiden Formen des Telefonmarketing gemeinsam ist das Überraschende des Anrufs.<sup>144</sup>

Demgegenüber bezeichnet der Begriff „passives Telefonmarketing“ Telefongespräche, die auf Anrufen von Kunden oder Interessenten basieren.<sup>145</sup> Das *OLG Frankfurt*

<sup>140</sup> Vgl. Heermann, K&R 1999, 6, 11. Nach Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197 und Lettl, GRUR 2000, 977, 981 ist die E-mail-Werbung am ehesten mit der Briefkastenwerbung zu vergleichen.

<sup>141</sup> Dallmer-Greff, Handbuch des Direct Marketing, S. 229; Bauer, Telemarketing, Braunschweig, Wiesbaden, 2000, S. 40.

<sup>142</sup> Simon, CR 1991, 457, 458.

<sup>143</sup> Dallmer-Greff, Handbuch des Direct Marketing, S. 229, 231; Hey, Direktmarketing, S. 30, Simon, CR 1991, 457, 458.

<sup>144</sup> Burckhardt, WRP 1996, 659.

<sup>145</sup> Dallmer-Greff, Handbuch des Direct Marketing, S. 229, 232; Ulrich, Die Telefonwerbung; das HaustürWG und die Ineffizienz der Rechtsprechung, WRP 1996, 1011, 1015.

hat hierfür den Begriff der „umgekehrten Telefonwerbung“ verwandt.<sup>146</sup> Da die Initiative des Anrufs vom Kunden ausgeht, ist der Anruf nicht unaufgefordert. In Rechtsprechung und Literatur wird überwiegend nur die aktive Telefonwerbung erörtert, was Indiz dafür ist, dass hier die Probleme für den Umworbenen liegen, jedenfalls eher als bei der passiven Telefonwerbung.<sup>147</sup>

Das Telefonmarketing hat seinen Ursprung in den Vereinigten Staaten und ist in den Ländern, in denen es rechtlich zulässig ist, von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung.<sup>148</sup> Es gilt als die effektivste Form des Direktmarketing, weil der Werbende unter Einsatz geringer Kosten einen großen wirtschaftlichen Erfolg erzielen kann.<sup>149</sup> Der Vorteil dieser Direktmarketing-Methode liegt für den Werbenden darin, dass er den Kunden individuell ansprechen, auf seine Fragen und Bedürfnisse eingehen und ihm das Gefühl der besonderen Dringlichkeit und Wichtigkeit des Geschäfts vermitteln kann. Dies ermöglicht ihm, den Kunden gezielt zu beeinflussen.<sup>150</sup> Obwohl die Rechtsprechung in Deutschland der Telefonwerbung seit jeher ausgesprochen kritisch gegenüber steht, ist sie heute verbreiteter als je zuvor.<sup>151</sup> Die Gründe für diese Entwicklung liegen wahrscheinlich in der mangelnden Rechtskenntnis der Betroffenen und einer „Bequemlichkeit“, wegen eines Anrufs gerichtliche Schritte einzuleiten.<sup>152</sup> Es ist davon auszugehen, dass das Telefonmarketing auch in Zukunft weiter an Bedeutung gewinnen wird, da sich für Unternehmen das Problem der Kundengewinnung und -bindung im europäischen Binnenmarkt weiter verschärft und bei einer Gleichheit der Produkte und Dienstleistungen der telefonische Kundenservice zu einem Muss für Unternehmen wird.<sup>153</sup>

## **1.2. Abgrenzung zwischen der Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen und der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden**

Da für die Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen (Verbrauchern) andere Rechtsgrundsätze gelten als für Anrufe gegenüber Gewerbetreibenden, kommt der Unterscheidung zwischen beiden Personengruppen wesentliche Bedeutung zu. Nach

<sup>146</sup> OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 946; vgl. auch Paefgen, WRP 1994, 73, 86.

<sup>147</sup> Siehe zur passiven Telefonwerbung z.B.: OLG Frankfurt, NJW-RR 1994, 946 („Telefonwerbung gegenüber Kindern („Lego-Hotline“); Lettl, GRUR 2000, 977, 979, der dann eine Wettbewerbswidrigkeit der passiven Telefonwerbung annimmt, wenn der auf einen konkreten Gegenstand bezogene Anruf des Kunden von dem werbenden Unternehmen für darüber hinaus gehende Angebote verwendet wird.

<sup>148</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 136. Vgl. zur Situation in den USA: Grimes, Telefonwerbung in den USA, GRUR Int. 1971, 392 ff.

<sup>149</sup> Zöller, GRUR 1992, 297; Raeschke-Kessler/Schroeder, FS für Piper, S. 399.

<sup>150</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 136.

<sup>151</sup> Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 284; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 136; Gilles, EWiR § 1 UWG 6/96, S. 379.

<sup>152</sup> Ulrich, EWiR § 9 AGBG 4/99, S. 433, 434; Zentrale zur Bekämpfung es unlauteren Wettbewerbs, WRP 1996, 638, 641.

<sup>153</sup> So ausdrücklich Efthymiou, Europäisches Telemarketing, Handelsblatt vom 29.08.2000, Nr. 166, S. B 2. Der deutsche Direktmarketing Verband (DDV) prognostiziert, dass die Zahl der Call Center in Deutschland im Jahr 2003 auf 3600 ansteigen wird, vgl. FAZ vom 12.10.2000, Nr. 237, S. 21.

der auch für das Wettbewerbsrecht geltenden Legaldefinition des § 13 BGB<sup>154</sup> ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Im Gegensatz dazu steht der Begriff des Unternehmers, der in § 14 BGB legaldefiniert ist. Hiernach ist Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Diese Abgrenzung kann in modifizierter Form auch zur Beurteilung der Telefonwerbung herangezogen werden.<sup>155</sup> So ist ein werblicher Anruf unter der Privatnummer einer Person als Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher zu werten, selbst wenn der Umworbene in seiner Eigenschaft als Unternehmer angesprochen werden soll.<sup>156</sup>

### 1.3. Rechtliche Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen

#### 1.3.1. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung

In einer Reihe von Entscheidungen haben sowohl der Bundesgerichtshof<sup>157</sup> als auch die Landgerichte<sup>158</sup> und die Oberlandesgerichte<sup>159</sup> die Unlauterkeit der Telefonwerbung festgestellt, sofern nicht der Angerufene zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat. Tragender Gesichtspunkt ist das unkontrollierte Eindringen in die Privatsphäre des Angerufenen.

Der Bundesgerichtshof befasste sich erstmals im Jahre 1970 mit der Telefonwerbung. In seinem Urteil „Telefonwerbung I“<sup>160</sup> stellte der BGH fest, dass es gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs verstoße, unaufgefordert Inhabern von Fern-

<sup>154</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 148.

<sup>155</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 148.

<sup>156</sup> Im Ergebnis ebenso: Steckler, GRUR 1993, 865, 868.

<sup>157</sup> Der für Wettbewerbssachen zuständige I. Zivilsenat des BGH befasste sich bislang in sechs Entscheidungen mit der Telefonwerbung, die nach dem Zeitpunkt ihres Ergehens mit Telefonwerbung I bis VI bezeichnet werden. Mit Urteil vom 16. März 1999 bezog erstmals der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat des BGH zu der Rechtsprechung des I. Zivilsenats Stellung.

<sup>158</sup> Vgl. z.B.: LG Dortmund, BB 1968, 970; LG Oldenburg, GRUR 1988, 551; LG Stuttgart, VuR 1989, 346; LG Berlin, ZIP 1990, 1353; LG Köln, AfP 1992, 309; LG Offenburg, WRP 1998, 85; LG Stuttgart, VersR 1999, 179, 180.

<sup>159</sup> Vgl. z.B.: OLG Hamburg, BB 1961, 1070; OLG Hamm, WRP 1968, 452; KG, WRP 1978, 373; OLG Hamburg, BB 1979, 181; OLG Frankfurt, GRUR 1983, 674 („Lästiger Anlagenberater“); OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1132; OLG Koblenz, WRP 1987, 687; KG, WRP 1988, 304; KG, WM 1988, 1144; OLG Frankfurt, BB 1990, 1155; OLG Frankfurt, WRP 1991, 34; OLG Köln, NJW-RR 1993, 753; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 1534; OLG München, CR 1994, 753 (LS); OLG München, BB 1994, 1459; KG, WRP 1995, 107; OLG München, ZUM 1996, 168; OLG Stuttgart, WM 1998, 2054; OLG Frankfurt, WM 1998, 2053; OLG Karlsruhe, MMR 2001, 558.

<sup>160</sup> BGH Urteil vom 19.06.1970 – ZR 115/68, BGHZ 54, 188 = NJW 1970, 1738 = WRP 1970, 305 = GRUR 1970, 523 mit zustimmender Anm. *Droste*, S. 524 = LM § 1 UWG Nr. 218 (LS) mit Anm. *Alff* („Telefonwerbung I“), zustimmend *Bülow*, WRP 1970, 413. Vgl. die Vorinstanzen: LG Dortmund, Urteil vom 10.06.1968 – 13 O 63/68, BB 1968, 970; OLG Hamm, Urteil vom 01.10.1968 – 4 U 181/68, BB 1969, 64 = WRP 1968, 452, vgl. hierzu Nordemann, WRP 1969, 16, Hofmann, WRP 1970, 8.

sprechanschlüssen, zu denen bislang keine Beziehungen bestehen, in ihrem privaten Bereich anzurufen, um Geschäftsabschlüsse anzubahnen oder vorzubereiten. Der BGH berücksichtigte, dass die technische Eigenart des Telefons ein unkontrolliertes Eindringen in die Privatsphäre des Anschlussinhabers ermöglicht. Da nicht erkennbar sei, wer anrufe, werde der Angerufene veranlasst, das Gespräch zunächst anzunehmen. Nach Annahme des Gesprächs werde er genötigt, sich intensiv mit dem Anrufer zu befassen, bevor ihm der Zweck des Anrufs klar werde. Daher sei bereits der Werbeanruf als solcher als Missbrauch des Telefonanschlusses zum Nachteil des Inhabers und damit als Wettbewerbsverstoß zu beurteilen.<sup>161</sup> Darüber hinaus könne auch die Durchführung des Telefongesprächs eine weitere, zusätzliche Belästigung enthalten. Der BGH wies auch auf die Gefahr einer Verwilderung der Wettbewerbs-sitten durch nachahmende Mitbewerber hin. Diese Gefahr sei bei der Telefonwerbung besonders groß, da mit geringem wirtschaftlichen Aufwand eine große Nähe zu dem Beworbenen geschaffen werde.<sup>162</sup>

In seiner „Telefonwerbung II“- Entscheidung<sup>163</sup> stellte der BGH fest, dass eine Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen nur dann zulässig sei, wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt habe, zu Werbezwecken angerufen zu werden. Allein durch die Angabe seiner Telefonnummer in den Telefonverzeichnissen gebe der Anschlussinhaber nicht seine Bereitschaft kund, mit jedermann Kontakt aufnehmen zu wollen. Der BGH wies insbesondere darauf hin, dass auch bestehende geschäftliche Beziehungen des privaten Endverbrauchers zu dem Werbung treibenden Unternehmen keine andere Beurteilung rechtfertigen würden. Als Beispiel für ein ausdrücklich erklärtes Einverständnis nannte er, dass der Werbeadressat selbst um eine fernmündliche Information nachsucht oder bei Aufnahme des Geschäftskontaktes erklärt, mit einer telefonischen „Betreuung“ einverstanden zu sein. Ein konkludentes Einverständnis sei insbesondere dann anzunehmen, wenn der Kunde neben seiner Adresse auch seine Telefonnummer in der Erkenntnis mitteile, diese werde von dem werbenden Unternehmen zur Fortführung des geschäftlichen Kontaktes genutzt. Eine briefliche Ankündigung mache die Telefonwerbung hingegen nicht zulässig.

In seiner Entscheidung „Telefonwerbung III“<sup>164</sup> stellte der BGH fest, dass sich ein privater Endverbraucher mit seiner schriftlich geäußerten Bitte um Übersendung von Informationsmaterial in der Regel nicht konkludent damit einverstanden erkläre, von dem Gewerbetreibenden vor, bei oder nach Übersendung des Materials angerufen zu werden. Das gelte ohne Ausnahme, wenn er die Rubrik für die Angabe der Telefon-

---

<sup>161</sup> BGHZ 54, 188, 192.

<sup>162</sup> BGHZ 54, 188, 192 f.

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 8.06.1989 - I ZR 178/87, NJW 1989, 2820 = LM § 1 UWG Nr. 522 = ZIP 1989, 1285 mit zust. Anm. *Paefgen*, ZIP 1989, 1286 f. = GRUR 1989, 753 = WRP 1990, 169 („Telefonwerbung II“). Vgl. die Vorinstanz: KG, Urteil vom 10.07.1987 - 5 U 2750/86, WRP 1988, 304.

<sup>164</sup> BGH, Urteil vom 8.11.1989 - I ZR 55/88, NJW-RR 1990, 359 = GRUR 1990, 280 = WRP 1990, 288 = ZIP 1990, 199 = LM § 1 UWG, Nr. 544 („Telefonwerbung III“).

nummer auf einer für die Anforderung des Informationsmaterials benutzten Postkarte durchgestrichen habe.

Die „Telefonwerbung IV“- Entscheidung des BGH bezieht sich auf die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich und wird daher später erörtert.

In seinem „Telefonwerbung V“- Urteil<sup>165</sup> befasste sich der BGH mit Telefonanrufen im Zusammenhang mit bereits bestehenden Dauerschuldverhältnissen. Nach dem amtlichen Leitsatz ist eine Telefonwerbung gegenüber einem privaten Versicherungsnehmer zu dem Zweck, ihn zur Versicherung eines weiteren Risikos zu veranlassen, wettbewerbswidrig, wenn nicht der Angerufene zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat, zu Werbezwecken angerufen zu werden. Der BGH betonte, dass es für die Beurteilung ohne Bedeutung sei, ob sich in den Versicherungsunterlagen die Telefonnummer des Kunden befände. Dem könne nur das konkludente Einverständnis entnommen werden, im Rahmen des schon bestehenden Vertrages und des durch ihn begründeten Bereichs des Versicherungsschutzes angerufen zu werden. Das zwischen der Beklagten und der angerufenen Kundin bestehende Dauerschuldverhältnis besage nichts zu der Frage, ob letztere mit Telefonanrufen zwecks Erweiterung oder Ergänzung dieses Dauerschuldverhältnisses einverstanden sei.

Der XI. Zivilsenat des BGH bestätigte die Rechtsprechung des I. Zivilsenats in einer Entscheidung Anfang des Jahres 1999.<sup>166</sup> Er hat eine vorformulierte Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (analog) als unwirksam qualifiziert, die in den von einem Kreditinstitut verwandten Kontoeröffnungsformularen enthalten war und in der der Kunde sein (widerrufliches) Einverständnis mit telefonischer Werbung erklärte. Das Erfordernis eines ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses schließe eine Herbeiführung der „Einverständniserklärung“ durch Allgemeine Geschäftsbedingungen aus.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> BGH, Urteil vom 8.12.1994 – I ZR 189/92, NJW-RR 1995, 613 = CR 1995, 461 mit Anm. *Paefgen*, S. 462 ff = GRUR 1995, 220 mit Anm. *Steinbeck*, GRUR 1995, 492, LM § 1 UWG Nr. 677 mit Anm. *Ulrich*; kritisch: Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 185: „Der I. Senat des BGH erliege dem verhängnisvollen deutschen Hang zur Übertreibung“ („Telefonwerbung V“). Vgl. die Vorinstanzen: LG Berlin, Urteil vom 29.05.1990 – 16 O 294/89, ZIP 1990, 1353; KG, Urteil vom 18.09.1992, 5 U 4871/98, ZIP 1993, 462.

<sup>166</sup> BGH, Urteil vom 16. 03.1999 – XI ZR 76/ 98, BGHZ 141, 124 = WRP 1999, 660 = NJW 1999, 1864 = EWiR § 9 AGBG 4/99, 433 (*Ulrich*) = MDR 1999, 856 mit Anm. *Imping*, S. 857 = BB 1999, 1130 mit Anm. *Graf von Westphalen*, S. 1131 = MMR 1999, 477 mit Anm. *Schmittmann*, S. 478 = JZ 1999, 1120 mit Anm. *Möllers*, S. 1122. Vgl. die Vorinstanz: OLG Frankfurt, Urteil vom 26.02.1998 – 1 U 171/96, ZIP 1998, 729. Anders noch OLG München, BB 1994, 1459 („Einverständnis einer Privatperson mit Telefonwerbung und Widerruf“).

<sup>167</sup> BGHZ 141, 124, 128. Der IV. Zivilsenat des BGH folgte dem XI. Zivilsenat in einem 8 Tage später ergangenen Urteil, vgl. BGH, Urteil vom 24.03.1999 – IV ZR 90/98, WRP 1999, 847, 851 („Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit“).

In seiner jüngst erlassenen „Telefonwerbung VI“ –Entscheidung<sup>168</sup> stellte der BGH fest, dass ein unaufgefordert und ohne Einverständnis erfolgter Telefonanruf zu dem Zweck, einen Besuchstermin zu vereinbaren, der dem Abschluss eines Versicherungsvertrages dienen soll, außerhalb einer Versicherungsfragen betreffenden laufenden Geschäftsverbindung wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG sei.<sup>169</sup> Eine vorformulierte Klausel in einem Antrag auf Eröffnung eines Sparkontos, in der der Kunde sich mit der „persönlichen und telefonischen Beratung in Geldangelegenheiten durch die Bank einverstanden“ erklärt, stelle kein wirksames Einverständnis mit einer solchen Telefonwerbung dar. Dies gelte selbst dann, wenn der Kunde die Wahl zwischen bestimmten vom Verwender vorgegebenen Alternativen habe und durch das Ankreuzen der Option „einverstanden“ das Einverständnis zu der Telefonwerbung erklärt habe.<sup>170</sup> Das Gericht erachtete die Klausel für unwirksam, weil sich die Telefonwerbung auch auf Versicherungsverträge bezog, die über das eigentliche Vertragsverhältnis mit der Bank hinausgingen. Ebenso wie der XI. Zivilsenat betonte der I. Zivilsenat des BGH, dass die Unangemessenheit der Klausel i.S.d. § 9 AGBG nicht dadurch ausgeräumt würde, dass die vorformulierte Einverständniserklärung jederzeit widerruflich sei, denn damit werde die Initiative zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise auf den Betroffenen verlagert.<sup>171</sup>

Die Instanzgerichte folgen der Rechtsprechung des BGH. Teilweise verstanden sie das erste Telefonwerbungsurteil des BGH dahingehend, dass Anrufe bei bestehenden Geschäftsbeziehungen zulässig seien.<sup>172</sup> Nach Erlass der Entscheidung „Telefonwerbung II“ setzte sich dann bei den Instanzgerichten die Auffassung durch, dass auch bestehende geschäftliche Beziehungen die Telefonwerbung bei privaten Endverbrauchern nicht rechtfertigen könnten.<sup>173</sup> So entschied das *OLG Koblenz*, dass die „telefonische Nachbearbeitung“ von gekündigten Zeitschriftenabonnementsverträgen bei noch bestehendem Vertragsverhältnis wettbewerbswidrig sei.<sup>174</sup> Ein konkludentes

<sup>168</sup> BGH, Urteil vom 27.01.2000 – I ZR 241/97, WRP 2000, 722 = NJW 2000, 2677 = WM 2000, 1264 = ZIP 2000, 1113 = CR 2000, 596 = VuR 2000, 290 mit Anm. *Stillner*, S. 292 = NJW-RR 2000, 1712 (LS) = BB 2000, 1540 mit Anm. *Schmittmann*, S. 1541 = JurPC Web-Dok. 144/2000, Abs. 1-23, mit Anm. *Schmittmann* = MMR 2000, 607, mit Anm. *Hoffmann*, S. 609 („Telefonwerbung VI“). Siehe auch Anm. von *Möllers*, FAZ vom 23.09.2000, Nr. 222, S. 22, sowie die Besprechung des Urteils von Lettl, NJW 2001, 42. Vgl. die Vorinstanzen: OLG Stuttgart, Urteil vom 22.08.1997 – 2 U 121/97, BB 1997, 2181 = WM 1998, 2054 = EWiR § 1 UWG 1/98, 45 (*Gilles/Ewert*) = WuB V B § 1 UWG 1.99.

<sup>169</sup> Vgl. zur Wettbewerbswidrigkeit eines Anrufs zwecks Vereinbarung eines Vertretertermins bereits die „Lexikothek“-Entscheidung des BGH, Urteil vom 16.12.1993 – I ZR 285/91, NJW 1994, 1071 = LM § 1 UWG Nr. 643 mit Anm. *Köhler* („Lexikothek“). Vgl. die Vorinstanz OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.10.1991 – 6 U 46/91, WRP 1992, 125.

<sup>170</sup> BGH, WRP 2000, 722, 723.

<sup>171</sup> BGH, WRP 2000, 722, 724.

<sup>172</sup> OLG Hamburg, BB 1979, 181 = WRP 1978, 553 („Telefonwerbung durch Handelsvertreter“); OLG Frankfurt, GRUR 1983, 674 („Lästiger Anlageberater“); OLG Koblenz, WRP 1987, 687; KG WRP 1988, 304 (aber restriktiv zur Annahme von Beziehungen: einmalige Weinbestellung vor 2 Jahren genügt nicht); zur Annahme einer zulässigen Telefonwerbung : vgl.: LG Oldenburg, GRUR 1988, 551; vgl. auch OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1132 (für bestehende persönliche Beziehungen im Bekanntenkreis).

<sup>173</sup> So BGH, NJW 1989, 2820.

<sup>174</sup> OLG Koblenz, AfP 1991, 451 = WRP 1991, 332; zustimmend Vogt, NJW 1993, 2845, 2849. Vgl. die Vorinstanz: LG Bad Kreuznach, GRUR 1989, 364; a.A. Nordemann, Telefonwerbung – bald ganz

Einverständnis mit einem solchen Anruf liege auch nicht darin, dass der Kunde bei der Bestellung des Abonnements seine Telefonnummer angegeben habe.<sup>175</sup>

Im Vordergrund der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung steht daher nun vor allem die Frage, in welchen Fällen ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis mit einem Telefonanruf anzunehmen ist. Der Rechtsprechung des BGH im „Telefonwerbung III“- Urteil folgend wird auch in einer schriftlichen Bitte um Übersendung von Informationsmaterial kein Einverständnis mit einem Werbeanruf gesehen,<sup>176</sup> selbst dann nicht, wenn im Briefkopf neben der Anschrift die Telefonnummer der Privatperson angegeben ist. Die Tatsache, dass sich die umworbene Privatperson in dem nachfolgenden Telefongespräch tatsächlich hat informieren lassen, rechtfertigt nicht den Rückschluss, sie habe schon bei Anforderung des Informationsmaterials ihr Einverständnis mit dem Telefonanruf erteilt.<sup>177</sup>

Einer gesetzlichen Krankenkasse (Ersatzkasse) ist ebenfalls die unaufgeforderte Telefonwerbung gegenüber Endverbrauchern untersagt, denn es stehen ihr weniger anstößige Methoden zur Verfügung, um ihrem Auftrag nach den Vorschriften des Sozialgesetzbuches gerecht zu werden.<sup>178</sup>

### 1.3.2. Auffassung der Literatur

Die überwiegenden Stimmen in der Literatur halten die Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen im Ergebnis ebenfalls für wettbewerbswidrig.<sup>179</sup>

---

verboten?, AfP 1991, 484; Kritisch auch Kewenig, Festschrift für Lerche, S. 625, 633 ff. Der BGH hat durch Beschluss vom 7.11.1991 – I ZR 40/91 – die Revision mangels Erfolgsaussichten nicht angenommen, vgl. BGH, WRP 1991, 819. Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG durch den nicht begründeten Beschluss vom 20.10.1993 – BvR 1990/91 – nicht angenommen.

<sup>175</sup> OLG Koblenz, AfP 1991, 451, 452. Für zulässig wurde es hingegen angesehen, auch ohne Einverständnis des Kunden diesen ausschließlich zur Feststellung von Mängeln im Vertriebssystem, wie etwa aufdringlichem Verhalten eines Vertriebsmitarbeiters oder verspäteter Lieferung, anzurufen, vgl. OLG Karlsruhe, WRP 1992, 125 als Vorinstanz zu BGH, GRUR 1994, 308 („Lexikothek“).

<sup>176</sup> OLG Köln, GRUR 1993, 562; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 1534 („Telefonwerbung eines Gebrauchtwagenvermittlers“); KG WRP 1995, 107 („Telefonische Terminvereinbarung“).

<sup>177</sup> OLG Frankfurt, BB 1990, 1154, zustimmend: Paefgen, Anm. zu Telefonwerbung V, CR 1995, 462, 463.

<sup>178</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 25.11.1999 – 3 U 62/99, JurPC Web-Dok. 71/2000, Abs. 1-19; vgl. zum Rechtsweg: Beschluss des BGH vom 14. Mai 1998 – I ZB 17/98, RDV 1999, 75: Der BGH beschloss, dass für die Klage eines Verbraucherschutzverbandes in einem solchen Fall der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet ist.

<sup>179</sup> Ackermann, Wettbewerbsrecht, S. 73; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn 67; Bülow, WRP 1970, 413; ders. WRP 1978, 774; Burckhardt, WRP 1996, 659, 663; Erman-Ehmann, Anh. zu § 12 BGB, Rdn. 382, der allerdings ein mutmaßliches Einverständnis ausreichen lässt; v. Gamm, § 1 UWG, Rdn. 151; Gilles, NJW 1988, 2424, 2430; Gloy-Jacobs/Hasselblatt, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 50, Rdn. 50; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 30; Hey, Direktmarketing, S. 31; Hofmann, WRP 1970, 8; Krüger-Nieland, GRUR 1974, 561, 562; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 143 ff.; Lettl, GRUR 2000, 977, 978; ders. NJW 2001, 42; Paefgen, WRP 1994, 73, 84 ff., 89; ders. MDR 1992, 112, 120 f.; Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 419; Speckmann, Die Wettbewerbsache, Rdn. 118; Sperr/Fischer, Zulässige und unzulässige Werbung, S. 27; Steinbeck, GRUR 1995, 492; enger Simon, CR 1991, 457, 462, der aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten

Nur eine Mindermeinung<sup>180</sup> geht im Privatbereich von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Telefonwerbung aus. Diese Ansicht kritisiert, dass die Rechtsprechung widersprüchlich sei: Sie halte den Vertreterbesuch für grundsätzlich zulässig,<sup>181</sup> die rein telefonische Ansprache dagegen für unzulässig, obwohl diese weniger belästigend als die Haustürwerbung sei. Die Telefonwerbung sei wie die Briefkastenwerbung zu beurteilen, die erst nach ausdrücklichem Widerspruch des Empfängers unzulässig werde. Jeder könne sich gegenüber einem unaufgeforderten Werbeanruf in der ganz einfachen Weise wehren, dass er das Gespräch abbreche.

### 1.3.3. Stellungnahme

Dieser Auffassung ist dahingehend zuzustimmen, dass die unterschiedliche Beurteilung von Vertreterbesuchen und der Telefonwerbung nicht zu überzeugen vermag. Die aufgezwungene persönliche Begegnung des Wohnungsinhabers mit dem Vertreter berührt den privaten Bereich stärker, als dies bei einem Telefongespräch der Fall ist.<sup>182</sup> So hat auch der XI. Zivilsenat des BGH zutreffend darauf hingewiesen, dass es dem Kunden leichter falle, ein Telefongespräch abubrechen als einen Besucher aus der Wohnung zu weisen.<sup>183</sup> Entgegen der Mindermeinung lässt sich hieraus aber allenfalls der Schluss ziehen, dass auch unerbetene Hausbesuche wettbewerbswidrig sind.<sup>184</sup> Die Zulässigkeit der unerwünschten Telefonwerbung lässt sich auf diese Weise nicht begründen.

Entgegen der Mindermeinung verbietet sich eine wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlung von Telefon- und Briefkastenwerbung.<sup>185</sup> Die Telefonwerbung ist für den Umworbenen sehr viel mehr belästigend. Er wird durch das Klingeln des Telefons aus seiner aktuellen Beschäftigung herausgerissen und in seinem Recht auf Ruhe in den eigenen vier Wänden gestört. Bei der Briefwerbung fehlt es auch an dem unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen dem meist psychologisch geschulten Anrufer und dem Angerufenen und der damit verbundenen Gefahr einer Überrumpelung des Angerufenen. Selbst wenn es dem Angerufenen gelingen sollte, das Gespräch sofort abubrechen, ändert dies nichts an der bereits durch den Anruf eingetretenen Störung.

---

punkten nur passives Telefonmarketing für zulässig hält; Ulrich, Festschrift für Vieregge, S. 901, 916; Vogt, NJW 1990, 357; 365.

<sup>180</sup> Zöller, GRUR 1992, 297, 299; Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 86 ff.; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 290; kritisch auch Raczinski/Bernhardt, VersR 1992, 405, 408, die für den Versicherungsbereich die Telefonakquisition zulassen wollen.

<sup>181</sup> Vgl. z.B. BGH, NJW 1994, 1071, 1073 („Lexikothek“).

<sup>182</sup> So auch Ulrich, Festschrift für Vieregge, S. 901, 912.

<sup>183</sup> BGH, NJW 1996, 929, 930 („Telefonwerbung als Haustürgeschäft“).

<sup>184</sup> Ebenso Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 145; Paefgen, WRP 1994, 73, 76 ff; kritisch auch Krüger-Nieland, GRUR 1974, 561, 563.

<sup>185</sup> So auch Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 406.

Die Erwägungen, denen das grundsätzliche Verbot der Telefonwerbung im privaten Bereich zugrunde liegt, sind auch heute nach wie vor aktuell. Insbesondere ändert sich die Beurteilung auch nicht dadurch, dass es nun technisch möglich ist, dem Angerufenen die Telefonnummer des Anrufers auf dem Display des Telefons anzuzeigen.<sup>186</sup> Denn auch in diesem Fall bleibt der Zweck des Anrufs im Dunkeln, ganz abgesehen davon, dass der Rückschluss von einer Telefonnummer auf eine Person nur begrenzt gelingen wird.<sup>187</sup> Der von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung von der grundsätzlichen Unzulässigkeit werblicher Telefonanrufe im Privatbereich ist demnach zu folgen. Allerdings steht dieses Ergebnis unter dem Vorbehalt einer abweichenden Beurteilung auf der Grundlage europäischen Primär- oder Sekundärrechts.<sup>188</sup> Hierauf soll aber erst im zweiten Teil der Arbeit eingegangen werden.

#### 1.3.4. Sonderfall: Kostenlose werbefinanzierte Telefongespräche

Mit einer neuartigen Erscheinungsform der Telefonwerbung hatte sich das *LG Berlin*<sup>189</sup> zu befassen. Eine Telefongesellschaft warb mit dem Angebot der Führung kostenloser, werbefinanzierter Telefongespräche. Nach einer einmaligen Anmeldegebühr von DM 38,- sollten die Telefongespräche kostenlos geführt und alle eineinhalb Minuten durch 20sekündige Werbespots unterbrochen werden. Das LG Berlin hat dieses Angebot wegen unzumutbarer Belästigung der angerufenen Telefonteilnehmer als sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG qualifiziert und dabei ausdrücklich auf die „Telefonwerbung“-Entscheidungen des BGH Bezug genommen. Ein Einverständnis des Angerufenen läge nicht vor, denn er würde nicht vor dem Gespräch auf die Werbeunterbrechung hingewiesen. Doch selbst wenn der Anrufer dem Angerufenen vorher bekannt gebe, dass mit Werbeeinblendungen zu rechnen sei, bestehe für den Angerufenen ein psychologischer Druck, dem Werbeblock zuzuhören, da er den Anrufer im Normalfall nicht dadurch brüskieren wolle, dass er sofort nach Anklingen des ersten Werbeblocks auflege.<sup>190</sup> *Hartwig* und *Fenschl* weisen in ihrer Anmerkung zu diesem Urteil zutreffend darauf hin, dass es sich bei werbefinanzierten Telefongesprächen um ein Mittel der sog. Unterbrechungswerbung handelt und von der klassischen Telefonwerbung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterschieden werden muss.<sup>191</sup> Anders als bei der klassischen Telefonwerbung fehlt es bei dieser Form des Marketing an dem unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen Werbendem und Umworbenen. Unter der Prämisse, dass der Angerufene vor Gesprächsbeginn

<sup>186</sup> A.A.: Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 146, denen zufolge die rasante Entwicklung der Telekommunikationstechnik zu einer Änderung der Beurteilung führen könne.

<sup>187</sup> So bereits schon Raczinski/Bernhardt, VersR 1992, 405, 406.

<sup>188</sup> Für die Zulässigkeit der Telefonwerbung aufgrund europarechtlicher Vorgaben plädieren z.B.: Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 288 ff.; Vehslage, GRUR 1999, 656, 658; Schmitz, AfP 1998, 485, 488; Böhm, MMR 1999, 643, 648.

<sup>189</sup> LG Berlin, Urteil vom 20.07.1999 – 15. O 147/99, WRP 1999, 1188 = CR 1999, 623 = MMR 1999, 738 = K&R 1999, 469 mit ablehnender Anm. *Lange*, S. 470 („Kostenlos telefonieren“).

<sup>190</sup> LG Berlin, WRP 1999, 1188, 1189. Zustimmend: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 67.

<sup>191</sup> *Hartwig/Fenschl*, WRP 1999, 1083.

von dem Telefonanbieter über die Werbefinanzierung des bevorstehenden Telefonats informiert wird, erscheint das Angebot werbefinanzierter Telefongespräche zulässig.<sup>192</sup> Der Angerufene kann sich in diesem Fall für das werbefinanzierte Gespräch entscheiden oder den Hörer einfach auflegen, ohne dem vom LG Berlin angenommenen psychologischen Druck ausgesetzt zu sein.

#### **1.4. Rechtliche Beurteilung der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden**

##### **1.4.1. Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung**

Mit der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden, Angehörigen freier Berufe und sonst geschäftlich Tätigen hatte sich der BGH erstmals Anfang des Jahres 1991 in seinem Urteil „Telefonwerbung IV“<sup>193</sup> zu befassen. Der BGH entschied, dass es wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG sei, einen Gewerbetreibenden zu Werbezwecken anzurufen, wenn dieser nicht damit einverstanden sei oder sein Einverständnis nicht vermutet werden könne. Er stellte fest, dass die bei der Telefonwerbung gegenüber privaten Anschlussinhabern im Vordergrund stehende nicht hinnehmbare Belästigung im Individualbereich bei Anrufen im gewerblichen Bereich ausscheide. Aber auch in diesem Bereich hielt er Anrufe zu Werbezwecken nicht ohne weiteres für zulässig. Telefonische Werbemaßnahmen könnten zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen in der beruflichen Tätigkeit des Angerufenen führen und eine den Geschäftsgang störende Belegung des Telefonanschlusses für die Dauer des Anrufs zur Folge haben. Um die Telefonwerbung als wettbewerbsgemäß ansehen zu können, müsse ein konkreter aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund gegeben sein, der diese Art der Werbung rechtfertige. Dieser könne regelmäßig nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Anzurufende ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt habe oder wenn auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vom Anrufer vermutet werden könne. Entscheidend sei allein, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt sei, dass der Anzurufende den Anruf erwarte oder ihm jedenfalls positiv gegenüberstehe. Diese Voraussetzungen werden bei Bestehen einer Geschäftsverbindung häufig vorliegen.<sup>194</sup>

Vor Erlass des „Telefonwerbung IV“ – Urteils hatten sich bereits mehrere Instanzgerichte mit der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich zu befassen.<sup>195</sup> Sie nahmen

<sup>192</sup> Hartwig/Fenschl, WRP 1999, 1083, 1087. Dieser Standpunkt entsprach auch dem Vergleichsvorschlag des LG Berlin.

<sup>193</sup> BGH, Urteil vom 24.01.1991 – I ZR 133/89, BGHZ 113, 282 = NJW 1991, 2087 = GRUR 1991, 764 mit Anm. *Klawitter*, S. 766 f („Telefonwerbung IV“). Vgl. die Vorinstanz: OLG Hamburg, Urteil vom 20.04.1989 – 3 U 152/88, GRUR 1990, 224 (LS).

<sup>194</sup> BGH, NJW 1991, 2087, 2089.

<sup>195</sup> Vgl. z.B.: LG Berlin, WRP 1973, 548 („Werbung für Enzyklopädien bei Bauingenieuren, Rechtsanwälten und Ärzten“); OLG Hamburg, GRUR 1977, 225 = BB 1975, 1546 („Teletessen“); OLG Hamburg, WRP 1987, 41 = GRUR 1987, 60; KG, WRP 1978, 453, 456; OLG Koblenz, NJW 1987,

ein Einverständnis generell dann an, wenn der unerbetene Anruf die eigentliche geschäftliche Tätigkeit des Angerufenen betraf.<sup>196</sup> Nachdem der BGH in seiner Entscheidung „Telefonwerbung IV“ festgestellt hatte, dass sich die Zulässigkeit eines Werbeanrufs nicht generell danach entscheiden lasse, ob er sich auf den „eigentlichen Geschäftsgegenstand“ oder auf bloße Hilfsmittel der beruflichen Tätigkeit beziehe und das Einverständnis des Gewerbetreibenden für den ersteren Fall grundsätzlich zu bejahen und für den letzteren grundsätzlich zu verneinen sei,<sup>197</sup> sind die Instanzgerichte von dieser Beurteilung aber wieder abgerückt. Sie folgen nun der Argumentation des BGH und gelangen ganz überwiegend zur Unzulässigkeit der Telefonwerbung.<sup>198</sup>

Das *OLG Stuttgart*<sup>199</sup> hat Ende des Jahres 1999 entschieden, dass die telefonische Mitarbeiter-Abwerbung unter Benutzung des geschäftlichen Anschlusses sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG sei. In seinem Urteil beruft sich das Gericht auch auf die zur Telefonwerbung entwickelten Rechtsgrundsätze und zieht diese als Wertungsmaßstab heran. Der Abwerbende dringe durch die telefonische Direktansprache eines Abzuerwerbenden am Arbeitsplatz in die Betriebssphäre des Unternehmens ein. Er missbrauche dadurch die Betriebssysteme des Unternehmens. Zudem greife der Werben- de durch den Inhalt des Gesprächs in das Loyalitätsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein.<sup>200</sup> Demgegenüber nimmt das *OLG Karlsruhe* in einer jüngst ergangenen Entscheidung den gegenteiligen Standpunkt ein und hält den telefonischen „Erstkontakt“ von Personalberatern mit Fach- und Führungskräften an deren Arbeitsplatz für zulässig.<sup>201</sup>

---

3269 = WRP 1987, 687 („Werbung für Wein bei Rechtsanwälten“); LG Hamburg, NJW-RR 1990, 620, 621 („Werbung für Büromaterial bei einem Einzelhandelsverband“).

<sup>196</sup> LG Berlin, WRP 1973, 548, 549; OLG Hamburg, WRP 1987, 41; OLG Hamburg, GRUR 1990, 224 (LS) als Vorinstanz zu BGH, NJW 1991, 2087 („Telefonwerbung IV“).

<sup>197</sup> BGH, NJW 1991, 2087, 2089.

<sup>198</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1992, 1132 („Werbung für Fotokopiergeräte bei Steuerberatungsgesellschaften“); OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1395 („Telefonwerbung nach Stellenanzeige“); OLG München, BB 1994, 2233 („Mitwirkung an unzulässiger Telefonwerbung durch Zurverfügungstellen eines Telefonanschlusses“); OLG Frankfurt, WRP 1995, 773 („Werbung für den Kauf von Diamanten bei Ingenieurbüro“); OLG Hamburg, AfP 1997, 810 („Zur Zulässigkeit telefonischer Anzeigenakquisition im gewerblichen Bereich“); LG Frankfurt/Oder, NJW-RR 1997, 1332 („Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden“); OLG Stuttgart, CR 1998, 348 („Werbung für Eintragungen in ein elektronisches Branchenbuch“); OLG Düsseldorf, WRP 1997, 853 („Telefonwerbung von Arbeitnehmerverleihern“), mit ablehnender Anm. *Schricker*, GRUR Int. 1998, 541, 551 ff.; OLG Köln, CR 1999, 160 („Werbung für Veränderungen von Werbeeinträgen in Telefonbüchern“); LG Mannheim, WRP 1999, 460 („Telefonwerbung für Zeitarbeitskräfte“); OLG Hamburg, GRUR 2001, 534 (LS) („Telefonwerbung für den Verkauf von Haushaltswaren“).

<sup>199</sup> OLG Stuttgart, WRP 2000, 318, 321 = GRUR 2000, 1096 ff. Zustimmend: Trube, Zur telefonischen Abwerbung von Beschäftigten, WRP 2001, 97 ff. Gegen die Entscheidung des OLG Stuttgart wurde Revision zum BGH eingelegt, Az.: I ZR 22/00. Der BGH, JurPC Web-Dok. 253/2000, Abs. 1–6, hat die Revision mit Beschluss vom 2.11.2000 nicht angenommen. Ausschließliche Begründung: „Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Revision hätte im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg.“ Die Unlauterkeit bejaht auch das LG Heilbronn, WRP 1999, 1190 ff. A.A.: LG Mannheim, Urteil vom 19.06.2000, 24 O 2/00, JurPC Web-Dok. 99/2001, Abs. 1-32; Quiring, Muss die telefonische Anwerbung von Mitarbeitern verboten werden?, WRP 2000, 33, 40; Reufels, Neue Fragen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von „Headhunting“, GRUR 2001, 214, 217 ff.

<sup>200</sup> OLG Stuttgart, WRP 2000, 318, 321.

<sup>201</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.07.2001 – 6 U 145/99 (noch nicht veröffentlicht).

Von einer zulässigen Telefonwerbung ging demgegenüber das *OLG Hamburg*<sup>202</sup> aus. Es stellte fest, dass die unaufgeforderte telefonische Anzeigenakquisition gegenüber Gewerbetreibenden in engen Grenzen zulässig sein kann. Bei einer erstmaligen Telefonwerbung für eine Zusatzeintragung im Amtlichen Fernsprechbuch ist ein sachliches Interesse des Anzurufenden zu vermuten. Eine Nachahmung durch Dritte ist bei diesem Sonderfall nicht zu befürchten.

#### 1.4.2. Auffassung der Literatur

Die überwiegende Literatur folgt auch bei Telefonanrufen im geschäftlichen Bereich den von der Rechtsprechung aufgestellten Leitlinien.<sup>203</sup>

Demgegenüber bezeichnen Teile des Schrifttums die „Telefonwerbung IV“ – Entscheidung als das „Ende der professionellen Telefonwerbung“ und kritisieren sie wegen Verwendung ungeeigneter Abgrenzungskriterien.<sup>204</sup> So treten verschiedene Autoren dafür ein, generelle Indikatoren für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses zur Rechtfertigung ausreichen zu lassen.<sup>205</sup> Werbeanrufe gegenüber Gewerbetreibenden seien stets dann zulässig, wenn sie einen generell nach Art des Angebots und der Art der Tätigkeit des Adressaten zu vermutenden, nicht nur marginalen geschäftlichen Bedarf betreffen.<sup>206</sup>

#### 1.4.3. Stellungnahme

Für die Auffassung des Schrifttums spricht, dass man der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich nicht dadurch ein Ende bereiten sollte, indem man für ihre Zulässigkeit kaum zu erfüllende Anforderungen aufstellt. Praktisch beschränkt die Rechtsprechung Werbeanrufe bei Gewerbetreibenden derart, dass sie nur noch bei vorherigem Einverständnis zulässig sind. Da sie auch im Rahmen des mutmaßlichen Einverständnisses auf die konkreten Umstände des individuellen Einzelfalles abstellt,

<sup>202</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1996, 365.

<sup>203</sup> Vgl. z.B.: Ackermann, Wettbewerbsrecht, S. 76 f.; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 68; Gloy-Jacobs/Hasselblatt, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 50, Rdn. 51; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 154 ff.; Lettl, GRUR 2000, 977, 979 f.; Raeschke-Kessler/Schroeder, FS für Piper, S. 399, 408; Piper, Aktuelle Rechtsprechung, Rdn. 32; Speckmann, Die Wettbewerbsache, Rdn. 119; Hofmann, WRP 1970, 8; Paefgen, WRP 1994, 73, 85; Vogt, NJW 1993, 2845, 2849; Wolff, Werbung direct, S. 12 ff.

<sup>204</sup> Klawitter, GRUR 1991, 766; zustimmend Böhm, MMR 1999, 643.

<sup>205</sup> Bülow, GRUR 1976, 180, 181; ders. WRP 1978, 774, 775; Klawitter, NJW 1993, 1620, 1623; Steckler, GRUR 1993, 865, 870 ff., 874; Schricker, GRUR Int. 541, 551, 554; Böhm, MMR 1999, 643.

<sup>206</sup> Schricker, GRUR Int. 541, 551; ähnlich Bülow, GRUR 1976, 180, 181; ders. WRP 1978, 774, 775, der auf die „Betriebsbezogenheit“ des Angebots abstellt; so auch Steckler, GRUR 1993, 865, 874: „unmittelbare Sachbezogenheit zum Betriebsgegenstand“.

werden Gewerbetreibende von der Telefonwerbung selbst im geschäftlichen Bereich vorsichtshalber absehen, weil sie in der Regel unzulässig sein wird.<sup>207</sup>

Die Rechtsprechung stellt sich als lebensfremd dar. Sie verlangt, dass das Vorliegen des mutmaßlichen Einverständnisses vor dem Anruf festzustellen ist.<sup>208</sup> Damit unterstellt sie, dass die Bedürfnisse der Gewerbetreibenden von vorneherein fixiert und die potentiellen Geschäftspartner in der Lage sind, die konkrete Bedarfslage exakt zu erkennen. In der Praxis wird sich aber vielfach erst im Laufe des Telefongesprächs herausstellen, ob ein „konkretes Interesse“ des Umworbenen besteht.<sup>209</sup> Von einem Gewerbetreibenden wird man zudem erwarten können, dass er ein ihn nicht interessierendes Telefongespräch unverzüglich zu beenden und so die Störung der beruflichen Tätigkeit zu begrenzen vermag.<sup>210</sup> Schließlich dürfte unter Zugrundelegung der generalisierenden Betrachtungsweise das Ergebnis in vielen Fällen gleich ausfallen: Denn wer bei einem Rechtsanwalt telefonisch für eine Weinlieferung wirbt oder einem Ingenieurbüro Diamanten anbietet, will damit ein privates Bedürfnis wecken und darf daher nicht anders behandelt werden, als ob er bei dem Rechtsanwalt bzw. dem Ingenieur zu Hause angerufen hätte.

*Wolff*<sup>211</sup> und *Lettl*<sup>212</sup> halten unerwartete Anrufe im Geschäftsbereich für zulässig, wenn damit ein konkreter Ansprechpartner für eine spätere Briefwerbung ermittelt werden soll, da ein zielgenaues Adressenfeld dazu beitragen könne, unnötige administrative Arbeit und Verzögerungen bei der Postbearbeitung zu vermeiden. Diese Ansicht ist abzulehnen, da durch solche Anrufe ebenfalls eine Beeinträchtigung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes eintritt. Wenn der Umworbenen an einer zügigen Postbearbeitung interessiert sein sollte, mag er sich selbst an den Werbenden wenden.

## 2. Telexwerbung

Das Telex (Abkürzung von „teleprinter exchange“) ist eine schreibmaschinenähnliche Telegraphieeinrichtung, die sowohl auf der Sende- als auch auf der Empfangsseite die Nachrichten auf Papier gedruckt aufzeichnet.<sup>213</sup> Die Telex-Werbung ist heutzutage bedeutungslos. Da nach der Rechtsprechung die für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telex-Werbung entwickelten Prinzipien auch für die Tele-

<sup>207</sup> Vgl. den Beraterhinweis in CI 1998, 45, 46 zum Urteil des OLG Stuttgart („Werbung für ein elektronisches Branchenbuch“), der auch im gewerblichen Bereich die Empfehlung ausspricht, vorsichtshalber von Telefonwerbung abzusehen.

<sup>208</sup> Vgl. Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 153.

<sup>209</sup> Hierauf weist Schrickler, GRUR Int. 1998, 541, 550 zutreffend hin.

<sup>210</sup> A.A.: Hofmann, WRP 1970, 8.

<sup>211</sup> Wolff, RDV 1999, 9, 10.

<sup>212</sup> GRUR 2000, 977, 980.

<sup>213</sup> Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 8.

fax-Werbung gelten<sup>214</sup> und teilweise zur Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der E-mail-Werbung herangezogen werden, wird die Rechtsprechung zur Telex-Werbung kurz dargestellt.

In der „Telex“-Entscheidung<sup>215</sup> stellte der BGH fest, dass die Übermittlung von Werbeschreiben zu einer zeitweiligen Blockierung der Anlage führe, weil die Fernschreibanlage zur gleichen Zeit nur jeweils ein Schreiben empfangen oder absenden könne. Von einem generellen Einverständnis des Inhabers eines Telex-Anschlusses mit Werbeschreiben jeder Art sei daher nicht auszugehen. Ferner könne der Geschäftsbetrieb des Empfängers durch eine Weiterleitung des Schreibens in den Geschäftsgang empfindlich beeinträchtigt werden. Ein Telex-Werbeschreiben könne einen erheblichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachen.<sup>216</sup> Selbst wenn es sich um ein sachbezogenes Werbeschreiben handele, an dem der Telex-Teilnehmer interessiert sein könne, reiche dies allein für die Zulässigkeit der gezielten individuellen Telex-Werbung jedoch nicht aus. Zusätzlich komme es darauf an, ob ein sachlicher, in der Interessensphäre des Adressaten liegender Grund besteht, das Angebot gerade über Fernschreiber zu erhalten. Dabei könne die Eilbedürftigkeit und die wirtschaftliche Bedeutung des Angebots eine Rolle spielen.<sup>217</sup> Zusätzlich betonte der BGH den Gesichtspunkt des weiteren Umsichgreifens der Telex-Werbung durch Nachahmung seitens anderer Wettbewerber. Bei einem Einverständnis des Fernsprechteilnehmers hielt der BGH diese Werbung aber für zulässig.<sup>218</sup>

### 3. Telefax-Werbung

#### 3.1. Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments

Der Einsatz von Telefax zu Werbezwecken im Rahmen des Direktmarketing wird immer beliebter. Die Telefax-Werbung hat für den Werbetreibenden den Vorteil, dass die Werbung den Empfänger schnell und sicher erreicht, die Werbung gezielt gestreut werden kann und mit der computergesteuerten Versendung eine Vielzahl von potentiellen Kunden nahezu gleichzeitig erreicht werden können. Darüber hinaus sind die Kosten für den Werbenden gering.<sup>219</sup> Schließlich erreichen Telefaxe eine höhere Aufmerksamkeit als die Briefwerbung. Während die Briefwerbung einen er-

<sup>214</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 25.10.1995 – ZR I 255/93, NJW 1996, 660 („Telefax-Werbung“). Vgl. aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung z.B.: LG Heilbronn, WRP 1989, 687 („Werbung für Telefaxpapier“) OLG Hamm, NJW-RR 1991, 160; OLG Hamm, GRUR 1990, 689; KG, NJW-RR 1992, 1193 = CR 1993, 150; KG, CR 1994, 676; LG Freiburg, CR 1995, 402.

<sup>215</sup> BGH, Urteil vom 6.10.1972 - I ZR 54/71, BGHZ 59, 317 = GRUR 1973, 210 mit Anm. *Droste*, S. 212 („Telex-Werbung“). Mit der Telex-Werbung befasste sich auch das OLG Stuttgart, WRP 1987, 641 mit zustimmender Anm. *Winkler*, S. 643 ff. Vgl. zur Teletex-Werbung: KG, NJW-RR 1986, 122, 123 („Werbung für Übersetzungsleistungen“); LG Hamburg, NJW-RR 1986, 124. Der Teletex-Dienst wird seit dem 1. Juli 1993 nicht mehr angeboten.

<sup>216</sup> BGHZ 59, 317, 320.

<sup>217</sup> BGHZ 59, 317, 323.

<sup>218</sup> BGHZ 59, 317, 322.

<sup>219</sup> Schmittmann, RDV 1995, 61.

sten Werbewiderstand überwinden muss, indem die Zielperson veranlasst werden muss, den Brief zu öffnen, kommt mit dem Fax praktisch der „geöffnete Brief“ zur Zielperson.<sup>220</sup> Im Hinblick auf die stetig ansteigende Zahl von Telefax-Anschlüssen und die sinkenden Telekommunikationsgebühren kommt dieser Werbeform große wirtschaftliche Bedeutung zu.<sup>221</sup>

### 3.2. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur

Nach der „Telefax“- Entscheidung<sup>222</sup> des BGH ist es wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG, an einen Gewerbetreibenden zu Werbezwecken Telefax-Schreiben zu richten, wenn dieser nicht damit einverstanden ist oder sein Einverständnis nicht vermutet werden kann. Der BGH wies zur Begründung darauf hin, dass das Telefax-Gerät durch eingehende Werbeschreiben blockiert werde, weil das Telefaxgerät zur gleichen Zeit jeweils nur ein Schreiben empfangen oder absenden könne. Ferner betonte er die weitere Störung des Betriebsablaufs durch eine Weiterleitung des Schreibens in den Geschäftsgang sowie den hierdurch verursachten Arbeits- und Zeitaufwand. Infolge des jederzeitigen Zugangs der Mitteilungen finde -anders als bei Postsendungen- eine Arbeitsunterbrechung statt.<sup>223</sup> Ferner werde der Empfänger der Telefax-Werbung mit Kosten für Papier, Toner und Strom sowie anteilig für die Wartung des Geräts belastet. Werbung mittels Telefax führe daher zu einer erheblichen wettbewerbswidrigen Belästigung der Empfänger. Schließlich sei auch an die automatisierte Versendung von Telefax-Schreiben mit Hilfe von Computern zu denken, die aus der Sicht der Werbenden den Vorteil der schnellen und kostensparenden Übertragung habe. Dies berge die Gefahr eines weiteren Umsichgreifens der Telefax-Werbung durch Nachahmer in sich. Die Wettbewerbswidrigkeit entfalle auch nicht, wenn die Werbung dem Empfänger außerhalb der üblichen Geschäftszeiten zugehe.<sup>224</sup>

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung geht übereinstimmend davon aus, dass Telefax-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden wegen Belästigung des Empfängers und wegen der Gefahr der Verwilderung der wettbewerblichen Sitten durch Nachahmung unzulässig sei.<sup>225</sup> Das unaufgeforderte Zusenden von Telefax-Schreiben verstoße

<sup>220</sup> Bruns, Direktmarketing, S. 158.

<sup>221</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 158.

<sup>222</sup> BGH, Urteil vom 25.10.1995 – ZR I 255/93 (LG München II), GRUR 1996, 208 = NJW 1996, 660 = WRP 1996, 100 = BB 1996, 131 („Telefax-Werbung“).

<sup>223</sup> BGH, GRUR 1996, 208, 209.

<sup>224</sup> BGH, GRUR 1996, 208, 210.

<sup>225</sup> Vgl. z.B.: LG Hamburg, NJW-RR 1989, 487 = CR 1989, 1099 mit Anm. *Deichfuß* („Werbung für Übersetzungsleistungen“); OLG Hamm, GRUR 1990, 689 („Übermittlung eines Computerangebots“); OLG Hamm, NJW-RR 1991, 160 („Werbung für Computer“); KG, WRP 1992, 652 = NJW-RR 1992, 1193 = CR 1993, 150 („Werbung für elektronische Bauelemente“); KG, CR 1994, 676; OLG Stuttgart, NJW-RR 1995, 615 = WRP 1995, 254 („Werbung für Computer und Computerzubehör“); OLG Stuttgart, NJW 1995, 1098 („Werbung für Computersoftware“); LG München I, CR 1995, 400 („Werbung für Handys“); LG Freiburg, CR 1995, 402 („Werbung für EDV-Geräte“); OLG Koblenz, CR 1996, 207 („Werbung für einen Werbeträger“) mit Anm. *Schmittmann*; OLG Stuttgart, CR 1996, 89 (L.S.); OLG Zweibrücken, BB 1997, 115, 116; KG, BB 1997, 2348 („zur Störerhaftung“); KG,

gegen § 1 UWG, wenn zwischen Absender und Empfänger keine Geschäftsverbindung bestehe und auch sonst der Absender nicht annehmend dürfe, die Zusendung über das Telefaxgerät erfolge mit mutmaßlichem Einverständnis des Adressaten.<sup>226</sup> Da der gesetzestreue Bürger nicht verpflichtet ist, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen anderer zu treffen, entfällt die Wettbewerbswidrigkeit nicht dadurch, dass es nach dem neuesten Stand der Technik möglich ist, den Empfang von unaufgeforderten Telefax-Schreiben durch das Telefax-Gerät auszuschließen.<sup>227</sup>

Die Literatur folgt der Rechtsprechung und sieht in der unaufgeforderten Telefax-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden und erst recht gegenüber Verbrauchern<sup>228</sup> einen Verstoß gegen § 1 UWG.<sup>229</sup> Zum Teil wird im Hinblick auf das erforderliche vorherige Einverständnis zwischen privaten und gewerblichen Adressaten differenziert. Während bei Gewerbetreibenden auch ein mutmaßliches Einverständnis ausreichen sollte, sei bei Privaten das ausdrückliche oder konkludente Einverständnis erforderlich.<sup>230</sup>

### 3.3. Stellungnahme

Der herrschenden Meinung ist uneingeschränkt zu folgen. Zwar fehlt es bei der Telefax-Werbung an einem unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen Werbenden und Umworbenen und den damit verbundenen negativen Folgen; die Telefax-Werbung stellt jedoch aus den dargestellten Gründen eine den Empfänger intensiv belästigende Werbemethode dar. Der Werbetreibende bedient sich für seine eigenen wirtschaftlichen Zwecke der Gerätschaften des Umworbenen, und zwar auf Kosten des Umworbenen. Würde die unerbetene Telefax-Werbung erlaubt, würden sich die Werbetreibenden in verstärktem Maße dieser wirtschaftlich vorteilhaften Direktmarketing-Methode bedienen. Eine unerträgliche Belastung der privaten und geschäftlichen Betreiber von Telefaxgeräten wäre die Folge.

---

NJW-CoR 1998, 111; LG Frankfurt, AfP 1998, 90 („Telefax-Werbung für Computerprodukte“); LG Bonn, WRP 2001, 587 („Telefax-Werbung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung“).

<sup>226</sup> So OLG Oldenburg, CR 1998, 288, mit Anm. *Schmittmann*; OLG Stuttgart, NJW 1995, 1098; OLG Stuttgart, CR 1996, 89 (L.S.); OLG Koblenz, CR 1996, 207, mit Anm. *Schmittmann*, S. 208 f.; vgl. auch OLG Stuttgart, NJW-RR 1995, 615.

<sup>227</sup> OLG Oldenburg, CR 1998, 288 mit zustimmender Anm. *Schmittmann*.

<sup>228</sup> So Unger/Sell, Unlautere Telefax-Werbung, GRUR 1993, 24, 25; Vogt, NJW 1993, 2845, 2849; Strömer, Online-Recht, S. 139.

<sup>229</sup> Vgl. z.B.: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 69 b; Ebnet, Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax, NJW 1992, 2985, 2991; ders. Die Entwicklung des Telefax-Rechts seit 1992, JZ 1996, 507, 514; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 147; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 161 ff.; Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 185; Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht, S. 205; Sperr/Fischer, Zulässige und unzulässige Werbung, S. 27, 28; Unger/Sell, Unlautere Telefax-Werbung, GRUR 1993, 24, 25; Vogt, NJW 1993, 2845, 2849.

<sup>230</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 161, 162.

### 3.4. Bürgerlichrechtliche Beurteilung

Dem Empfänger von unverlangter Telefax-Werbung steht ein eigener bürgerlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 BGB zu.<sup>231</sup> Wegen der unerlaubten Inanspruchnahme der Funktionen des Gerätes liegt ein Eingriff in das Eigentum bzw. den Besitz am Gerät vor.<sup>232</sup> Ferner wird Papier und Toner des Empfängers verbraucht und auch insoweit in sein Eigentum eingegriffen. Bei Gewerbetreibenden kann die zeitweilige Blockade und Benutzung des Telefax-Gerätes nach Auffassung des *OLG München* weiterhin einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.<sup>233</sup>

## 4. Btx-Werbung

Die Frage der Zulässigkeit von Online-Werbung stellte sich nicht erst mit dem Aufkommen des Internet, sondern bereits Ende der achtziger Jahre, als sich der BGH in seiner „Btx-Entscheidung“<sup>234</sup> mit der Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Werbung im Btx-Mitteilungsdienst<sup>235</sup> zu beschäftigen hatte. Der Btx-Mitteilungsdienst war Bestandteil des 1984 durch die damalige Deutsche Bundespost bundesweit eingeführten Systems Bildschirmtext, das aus dem Angebotsdienst und dem Mitteilungsdienst bestand. Der Mitteilungsdienst ermöglichte dem Benutzer den individuellen Austausch von Nachrichten. Der Absender hinterlegte im Postspeicher seine Mitteilungen, wo der jeweilige Empfänger sie abrufen konnte. Beim Abruf wurde dem Benutzer zunächst ein Inhaltsverzeichnis mit allen eingegangenen Nachrichten angezeigt, die er sich dann in beliebiger Reihenfolge auf dem Bildschirm anzeigen lassen konnte. Während der Kontrolle und Leerung des elektronischen Briefkastens war der Telefonanschluss des Btx-Teilnehmers besetzt.<sup>236</sup> Zum Zeitpunkt der „Btx-Entscheidung“ des BGH konnte die Mitteilung von dem Empfänger

<sup>231</sup> KG, CR 1998, 9 = NJW-CoR 1998, 111 (LS); OLG Köln, K&R 1998, 552 = CR 1999, 234; AG Essen-Steele, NJW-CoR 1999, 432 = RDV 1999, 174 (LS); vgl. auch OLG Stuttgart, CR 2000, 107 („Streitwert bei Telefax-Werbung“).

<sup>232</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 160.

<sup>233</sup> OLG München, NJW-RR 1994, 1054 = CR 1994, 153 („Werbung für Dienste als Finanzierungsberater für Käufer von Immobilien“), mit ablehnender Anm. *Jaeger*, CR 1994, 154, der das Versenden individueller Schreiben per Telefax zwecks Anbahnung einer Geschäftsbeziehung für zulässig hält; so auch Volle, NJW-CoR 1994, 234.

<sup>234</sup> BGH, Urteil vom 3.02.1988 – I ZR 222/85, BGHZ 103, 203 = NJW 1988, 1670 = JZ 1988, 612 mit Anm. *Ahrens*, S. 615 = GRUR 1988, 614, mit Anm. *Lachmann*, S. 617 („Btx-Werbung“). Vgl. die Vorinstanzen: LG Berlin, Urteil vom 6.01.1984 – 15 O 654/83, NJW 1984, 2423; KG, Urteil vom 24.09.1985 – 5 U 1516/84, WRP 1986, 473.

<sup>235</sup> Vgl. auch: Jäckle, Zur Zulässigkeit von Werbung im Btx-Mitteilungsdienst, WRP 1986, 648; Bartl, Unverlangte Werbung über Bildschirmtext, NJW 1985, 258 f.; Brinkmann, Zivil- und presserechtliche Fragen bei der Nutzung von Bildschirmtext, ZUM 1985, 337, 344 ff.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 147; Lachmann, Werbung über Bildschirmtext, WRP 1983, 591, 593; ders. Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes, NJW 1984, 405; Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 185; Proband, Zivilrechtliche Probleme des Bildschirmtextes, UFITA Band 98, 1984, 9, 25 f.; Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 164 ff.; Wienke, WRP 1986, 455, 456 ff. Die Autoren gehen zum Teil von unterschiedlichen Entwicklungsstufen des Btx-Systems aus.

<sup>236</sup> Vgl. den Sachverhalt in BGHZ 103, 203, 204.

nur gelöscht werden, nachdem sie vollständig auf dem Bildschirm aufgebaut worden war. Eine Löschung direkt aus dem Inhaltsverzeichnis heraus war nicht möglich. Der Aufbau der einzelnen Seiten auf dem Bildschirm des Teilnehmers dauerte zwischen 8 und 30 Sekunden.<sup>237</sup> Hinzu kam, dass Art. 8 des inzwischen aufgehobenen Btx-Staatsvertrages von 1983 eine besondere Kennzeichnung von Werbemitteilungen nur innerhalb des Angebots-, nicht aber für den Mitteilungsdienst vorschrieb.<sup>238</sup>

Der Mitteilungsdienst ist in seiner Bedeutung durch den E-mail-Dienst ersetzt worden<sup>239</sup> und soll eingestellt werden. Zum Teil werden die vom BGH in seiner „Btx-Entscheidung“ entwickelten Grundsätze auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung übertragen.<sup>240</sup>

Der BGH sah die Werbung im Btx-Mitteilungsdienst als wettbewerbswidrige Belästigung an. Er stellte in seiner Entscheidung fest, dass das bei der Überprüfung des „elektronischen Briefkastens“ zwangsläufig zunächst erscheinende Inhaltsverzeichnis durch unerbetene Werbesendungen belastet werde. Der Teilnehmer benötige längere Zeit zur Überprüfung des Verzeichnisses und zur Trennung der Mitteilungen. Dies gelte vor allem deshalb, weil eine Löschung der Mitteilungen nur nach deren vorherigen Abruf erfolgen könne. Nicht abgerufene Mitteilungen würden aber bis zu ihrer automatischen Löschung durch die Deutsche Bundespost immer wieder von neuem und räumlich vor neu eingegangenen Nachrichten im Inhaltsverzeichnis dargestellt.<sup>241</sup>

Hinsichtlich des Umfangs der dem Teilnehmer aufgezwungenen Zeit und Mühe ging der BGH davon aus, dass die eine individuelle Ansprache des Adressaten ermöglichende Werbung im Btx-Mitteilungsdienst aus der Sicht der Werbungstreibenden gegenüber der Briefwerbung Vorteile aufweise. Der Empfänger könne sich ihr weniger leicht entziehen, ohne wenigstens teilweise ihren Wirkungen ausgesetzt zu sein. Dieser Umstand berge bei einer zunehmenden Btx-Verbreitung die Gefahr der Nachahmung durch Mitbewerber in sich.<sup>242</sup> Ausschlaggebend für die Bewertung der Btx-Werbung als wettbewerbswidrig war letztlich der Umstand, dass die Teilnehmer nicht die Möglichkeit hatten, unerwünschte Werbemitteilungen bereits im Inhaltsverzeichnis zu löschen. Die Zahl der gespeicherten Mitteilungen könne eine Größenordnung erreichen, die schon den jeweils nur seitenweise möglichen Aufbau des Inhaltsverzeichnisse sowie dessen Prüfung als einen für den Teilnehmer nicht mehr zumutbaren Aufwand erscheinen lassen könnten.<sup>243</sup> Am Ende der Entscheidungs-

<sup>237</sup> BGHZ 103, 203, 204; vgl. hierzu auch Wienke, WRP 1986, 455.

<sup>238</sup> Staatsvertrag über Bildschirmtext vom 18.03.1983. Der Btx-Staatsvertrag ist gem. § 23 III Mediendienste-Staatsvertrag vom 2.06.1997 am 1.08.1997 außer Kraft getreten.

<sup>239</sup> Fink, Die Welt von T-Online, 1. Auflage Bonn 1996, S. 110, 114 f.; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 195.

<sup>240</sup> Vgl. z.B. Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet Recht, S. 387; Leupold, WRP 1998, 270, 275 f.; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 111.

<sup>241</sup> BGHZ 103, 203, 207.

<sup>242</sup> BGHZ 103, 203, 209.

<sup>243</sup> BGHZ 103, 203, 209.

gründe stellte der BGH jedoch klar, dass alle geäußerten wettbewerbsrechtlichen Bedenken hinfällig wären, wenn zwischenzeitlich die Möglichkeit geschaffen wäre, Werbemitteilungen im Btx-Mitteilungsdienst schon anhand des Inhaltsverzeichnisses ohne weiteres als solche zu identifizieren und ohne vorherigen Abruf und Bildaufbau auf dem Bildschirm zu löschen.<sup>244</sup>

Nach der Weiterentwicklung des Btx-Systems - Kennzeichnungsmöglichkeit der Werbung mit „W“ im Inhaltsverzeichnis und Möglichkeit einer Löschung aus dem Inhaltsverzeichnis - hatte die damalige Deutsche Bundespost auch ihre Vorschriften dahingehend geändert, dass Werbetexte nunmehr durch ein „W“ kenntlich gemacht werden mussten.<sup>245</sup> Dies hatte dazu geführt, dass Teile der Literatur die Werbung im Btx-Mitteilungsdienst als wettbewerbsrechtlich unbedenklich ansahen, wenn die Werbemitteilung als solche gekennzeichnet war.<sup>246</sup> Allerdings ist auch nicht ausgeschlossen worden, dass eine für den Empfänger unzumutbare Belästigung erneut begründet werden könnte, wenn die Speicherkapazitäten des Systems durch ein Überhandnehmen der Werbung erschöpft würde.<sup>247</sup>

## 5. Briefkastenwerbung

### 5.1. Begriff und Bedeutung dieses Direktmarketing-Instruments

Der Begriff „Briefkastenwerbung“ ist ein Sammelbegriff für verschiedene Erscheinungsformen der Werbung, deren gemeinsames Merkmal der Einwurf von gedruckten und geschriebenen Werbebotschaften in den Briefkasten des Umworbenen ist. Bei diesen Werbeträgern kann es sich sowohl um individuell gestaltete Werbebriefe als auch um Handzettel oder Prospekte, Anzeigenblätter oder Postwurfsendungen handeln.<sup>248</sup> Der Einwurf in den Briefkasten erfolgt entweder durch den Absender selbst, durch ein beauftragtes privates Vertriebsunternehmen oder durch die Deutsche Post AG.<sup>249</sup>

Diese als „Briefkastenwerbung“ bezeichneten Erscheinungsformen der Direktwerbung erfreuen sich bei der Werbewirtschaft großer Beliebtheit und geraten bei den Umworbenen zunehmend ins Kreuzfeuer der Kritik. Viele Verbraucher fühlen sich

<sup>244</sup> BGHZ 103, 203, 212.

<sup>245</sup> Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27.02.1992 – I ZR 35/90, NJW 1992, 2235 („Btx-Werbung II“); Lachmann, Anm. zu „Btx-Werbung“, GRUR 1988, S. 617.

<sup>246</sup> So Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 210; Speckmann, Die Wettbewerbssache, Rdn. 122; Steckler, GRUR 1993, 865, 866, 873; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 195; Lachmann, Anm. zu „Btx-Werbung“, GRUR 1988, 617, 619; Härting, Internetrecht, Rdn. 264; Schmittmann, Anm. zu LG Traunstein, MMR 1998, 53, 54; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 189.

<sup>247</sup> So Lachmann, Anm. zu BGH, „Btx-Werbung“, GRUR 1988, 614, 619; Steckler, GRUR 1993, 865, 873.

<sup>248</sup> Scherer, Verbraucherwerbung, S. 82. A.A.: Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 169, 173, der zwischen der an den Empfänger persönlich adressierten Briefwerbung und der Briefkastenwerbung, d.h. dem Einwurf von nicht adressierten Werbematerial, unterscheidet.

<sup>249</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 34.

durch die Flut von Werbematerial belästigt, das zur Verstopfung ihrer Briefkästen führen kann. Oft begründen sie ihre ablehnende Haltung mit dem Hinweis, dass wegen Urlaubs der Briefkasten nicht geleert werden könne und durch eine Häufung von Werbematerial im überquellenden Briefkasten potentiellen Einbrechern erst signalisiert werde, dass die Bewohner abwesend sind.<sup>250</sup>

## 5.2. Besonderheiten bei Klagen gegen Briefkastenwerbung

Bei der Briefkastenwerbung besteht die Besonderheit, dass im Gegensatz zu den Klagen gegen Werbung mittels technischer Kommunikationsmittel die Umworbenen erstmals selbst als Kläger auftraten. Zwar liegen einigen Entscheidungen auch Klagen von Verbraucherverbänden zugrunde, die Klagen der Umworbenen selbst sind jedoch nicht nur in der Mehrzahl, sondern waren auch in der zeitlichen Reihenfolge die ersten.<sup>251</sup> Da den Verbrauchern, wie sich im Rahmen der weiteren Untersuchung noch zeigen wird, für die Verfolgung eines Anspruchs aus § 1 UWG das Klagerecht fehlt, musste die Rechtsprechung eine Lösung nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften suchen.

## 5.3. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung<sup>252</sup> und die überwiegenden Stimmen in der Literatur<sup>253</sup> stehen der unaufgeforderten Zusendung und dem Einwurf von Werbematerial in den Briefkasten weitgehend unkritisch gegenüber und halten diese Direktwerbform in zivil- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht für grundsätzlich zulässig. Dies gilt sowohl für den Einwurf von individuell gestalteten Werbebriefen (sog. Briefwerbung<sup>254</sup>) als erst

<sup>250</sup> Siehe zu diesem Einwand den Sachverhalt bei OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1422 = WRP 1988, 199, mit Anm. *Teske*, S. 201. Vgl. auch Scharf, WRP 1996, 393, 395: Neben der informativen Seite der Werbesendung fühlen sich allgemein 42 % der befragten Umworbenen von der Briefkastenwerbung belästigt. Die stärkste Belästigung empfindet die Altersgruppe zwischen 20 und 30 Jahren mit 59 %.

<sup>251</sup> Scherer, Verbraucherwerbung, S. 88.

<sup>252</sup> Vgl. z.B. für Werbebriefe: BGHZ 60, 296 („Briefwerbung“); BGH GRUR 1992, 622, 623 („Verdeckte Laienwerbung“); LG Nürnberg-Fürth, NJW 1985, 1642; OLG Hamburg, NJW-RR 1989, 873. Vgl. z.B. für Briefbeilagen: BVerwG, GRUR 1990, 710 („Werbung in Post-Kontoauszugsbriefen“). Vgl. z.B. für Handzettel/Prospekte: BGHZ 106, 229 („Handzettel-Wurfsendung“); BGH NJW 1992, 1958, 1959 („Briefkastenwerbung“); OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1422 = WRP 1988, 199 mit Anm. *Teske*, S. 200; OLG Frankfurt, DB 1991, 383.

Vgl. z.B. für Anzeigenblätter: OLG Nürnberg, AfP 1972, 233; OLG Karlsruhe, GRUR 1991, 940 = NJW 1991, 2910; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 502. Vgl. auch Bodendorf, Die Verteilung von Anzeigenblättern gegen den Willen des Adressaten, AfP 1988, 322 ff.

Vgl. z.B. für Zeitungsbeilagen: OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913; LG Bonn, AfP 1992, 88 mit Anm. *Pauly*, S. 88.

<sup>253</sup> Vgl. z.B.: Alt, Briefkastenwerbung, S. 88; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 71; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 148; v. Gamm, § 1 UWG, Rdn. 51; Piper, Aktuelle Rechtsprechung, Rdn. 33; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 171, 174; Marshall, Unlauterer Wettbewerb, Materielles Recht und Verfahren in Wettbewerbssachen, 2. Auflage, München 1993, Rdn. 52; Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 189 b; Wolff, Werbung direct, S. 19 ff.

<sup>254</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 170.

recht auch für Prospekte, Handzettel, Zeitungsbeilagen und Anzeigenblätter, die neben einem redaktionellen Teil einen Annoncenteil enthalten.

In seiner „Briefwerbung“ –Entscheidung<sup>255</sup> vom 16. Februar 1973 beschäftigte sich der BGH erstmals mit der unerwünschten Zusendung von Werbematerial. Der Kläger hatte sich unter Berufung auf sein Persönlichkeitsrecht gegen persönlich gehaltene Werbeschreiben gewandt, die ihm als Postsendung in verschlossenem Briefumschlag mit Absenderangabe ohne Hinweis auf den Inhalt der Sendungen zugegangen waren. Der BGH stellte fest, dass die Werbeaktion weder nach Umfang noch nach Aufmachung einen unzulässigen Eingriff in Rechte des Umworbenen darstelle. Er betonte, dass die Gefahr einer unzumutbaren Belästigung bei der Briefpost-Werbung gegenüber den Interessen der gewerblichen Wirtschaft an einer gezielten Individualwerbung und des berechtigten Informationsinteresses der Verbraucher vernachlässigt werden könne. Bei der Postwerbung könne nicht von vornherein angenommen werden, dass der Adressat diese Art der Werbung ablehne.<sup>256</sup>

Fordere der Empfänger einer individuell gestalteten Briefwerbung das werbende Unternehmen aber auf, von weiteren Werbesendungen dieser Art an ihn abzusehen, so könne in der Missachtung seines Verlangens eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts liegen.<sup>257</sup> Dieser entscheidende Grundsatz wird vom BGH jedoch sogleich dahingehend eingeschränkt, dass die Beachtung des Widerspruchs dann nicht geboten sei, wenn dies wegen Art und Anlage der Werbeaktion für das werbende Unternehmen mit einem Arbeits- und Kostenaufwand verbunden sei, der in keinem angemessenen Verhältnis zu der mit der Werbung verbundenen Belästigung des Umworbenen stehe.<sup>258</sup>

Diese Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes hat in Rechtsprechung<sup>259</sup> und Literatur<sup>260</sup> zu Recht Kritik erfahren. So wendet *Schwerdtner*<sup>261</sup> ein, dass die wirtschaftlichen, finanziellen Interessen des Werbenden prinzipiell nicht mit der individuellen Willensentfaltung des einzelnen vergleichbar und somit nicht in Beziehung zueinan-

<sup>255</sup> BGH, Urteil vom 16.02.1973 – I ZR 160/71, BGHZ 60, 296 = GRUR 1973, 552 mit Anm. *Bauer*, S. 554 = JZ 1974, 105 mit Anm. *Walz*, S. 106 = NJW 1973, 1119 („Briefwerbung“).

<sup>256</sup> BGHZ 60, 296, 299 f.

<sup>257</sup> BGHZ 60, 296, 300.

<sup>258</sup> BGHZ 60, 296, 300, 301, so auch OLG Karlsruhe, AfP 1983, 399 („Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Direktwerbung“); OLG München, NJW 1984, 2422 („Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Briefwerbung“); LG Nürnberg-Fürth, NJW 1985, 1642 („Zulässigkeit der Briefwerbung“); ablehnend: Alt, NJW 1986, 1595; OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1422 („Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Verteilen von Werbematerial“).

<sup>259</sup> VG Hannover, NJW 1986, 1630, 1632 („Werbung in Post-Kontoauszugsbriefen“).

<sup>260</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 83, 84; ders. NJW 1986, 1595; Ehlers, WRP 1983, 187, 192; v. Gamm, § 1 UWG, Rdn. 151; Jahn/Gonzalez, Wettbewerbsvorteil und Gewinnerzielungsinteresse contra personales Selbstbestimmungsrecht – Briefkastenwerbung durch Wurfungen vor Gericht, WRP 1991, 1, 3; v. Olenhusen, FuR 1973, 417, 423 f.; Teske, WRP 1988, 201; so auch Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 179, der jedoch insoweit auf eine Verletzung der negativen Informationsfreiheit abstellt.

<sup>261</sup> Münchener Kommentar-Schwerdtner, Band 1, Allg. Teil (§§ 1 - 240), 3. Auflage, München 1993, § 12 BGB, Rdn. 235; zustimmend Alt, Rechtliche Probleme der Briefkastenwerbung, WRP 1985, 319, 320.

der zu setzen seien, da es sich um inkommensurable Größen handle. Das *VG Hannover* führte aus, dass erhebliche Mühe und Kosten, die die Beachtung des Widerspruchs für den Werbetreibenden zur Folge haben, auf den Rechtseingriff an sich keinen Einfluss habe. Dies würde zudem bedeuten, dass eine Rechtsverletzung des Umworbenen um so eher auszuschließen sei, je geringer die Wirtschaftskraft des Werbetreibenden sei.

Der BGH rückte dann in seiner „Handzettel-Wurfsendung“ - Entscheidung von dieser Einschränkung wieder ab und vertrat in seinen Folgeentscheidungen die Auffassung, dass sich das Recht auf Erhaltung der Privatsphäre des Adressaten nach erfolgtem Widerspruch grundsätzlich gegenüber dem entgegenstehenden Interessen der Werbewirtschaft durchsetze.<sup>262</sup> Dem Wohnungseigentümer oder – besitzer, der sich durch einen Aufkleber an seinem Briefkasten gegen den Einwurf von Werbematerial wehre, stehe gegenüber dem Werbenden ein Unterlassungsanspruch zu, wenn es dennoch zum Einwurf von Werbematerial komme. Dies folge aus dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, das sich gegenüber dem Interesse des Unternehmers an der Werbung durchsetze. Das Recht, sich gegen das Aufdrängen unerwünschten Werbematerials zur Wehr zu setzen, ergebe sich einmal aus dem Anspruch aus Eigentums- und Besitzstörung gemäß §§ 1004, 903, 862 BGB, der sich gegen Beeinträchtigungen der räumlich-gegenständlichen Sphäre des Inhabers richte.<sup>263</sup> Daneben könne auch ein Abwehrrecht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum Zuge kommen. Dessen Schutz ziele darauf ab, einer Konfrontation mit der Suggestivwirkung der Werbung zu entgehen. Der Wille des Bürgers, insoweit seinen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, sei als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig. Jedenfalls für den Bereich der Privatsphäre setze sich das Recht des einzelnen, Aktivitäten entgegenzutreten, die unter gegenständlichem Eindringen in seine Privatsphäre Einfluss auf seine Konsumententscheidungen zu gewinnen suchen, angesichts des Stellenwertes dieses Bereichs für eine individuelle Lebensgestaltung ohne Fremddiktat gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Werbewirtschaft grundsätzlich durch.<sup>264</sup>

Der Adressat kann seinen der Briefkastenwerbung entgegenstehenden Willen unmittelbar gegenüber dem werbenden Unternehmen zum Ausdruck bringen. Daneben wird allgemein die Anbringung eines Sperrvermerks am Briefkasten („Keine Wer-

<sup>262</sup> BGH, Urteil vom 20.12.1988 – VI ZR 182/88, BGHZ 106, 229 = GRUR 1989, 225 = JR 1989, 243 mit zust. Anm. *Schwerdtner*, S. 245 („Handzettel-Wurfsendung“). Vgl. die Vorinstanz: OLG Frankfurt, Urteil vom 18.05.1988 – 21 U 61/87, NJW 1988, 1854. Ebenso Kaiser, Briefkastenwerbung durch Postwurfsendungen trotz Sperrvermerks, NJW 1991, 2870; Scharf, WRP 1996, 393. Zum Einwurf von Handzetteln vgl. auch: OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1422 („Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Verteilen von Werbematerial trotz Aufforderung zur Unterlassung“).

<sup>263</sup> BGHZ 106, 229, 232 f. Auf den Gesichtspunkt der Eigentumsstörung abstellend bereits OLG Nürnberg, AfP 1972, 233 („Unzulässiger Einwurf eines Anzeigenblattes in den Briefkasten einer Wohnung“).

<sup>264</sup> BGHZ 106, 229, 233 f.

bung“ usw.) als ausreichend angesehen.<sup>265</sup> Dies gilt auch bei der Zustellung von Postwurfsendungen.<sup>266</sup> Im Hinblick auf den Sperrvermerk gilt allerdings eine Einschränkung bei der an den Empfänger persönlich adressierten Briefwerbung. Hier ist der Widerspruch nur beachtlich, wenn der Werbebrief von einem damit beauftragten Verteiler ausgetragen wird. Denn hier weiß der Verteiler, dass es sich um einen Werbebrief handelt, so dass ihm die Beachtung des Sperrvermerks möglich und zumutbar ist. Demgegenüber ist der dem Werbenden unbekannt Sperrvermerk unbeachtlich, wenn der Werbebrief mit der Post zugestellt wird, weil der Postbedienstete nicht erkennen kann, dass es sich um einen Werbebrief handelt.<sup>267</sup>

Ferner besteht für den Umworbenen, der keine adressierten Direktwerbesendungen empfangen möchte, die Möglichkeit, sich kostenlos in die sog. „Robinsonliste“<sup>268</sup> eintragen zu lassen. Es handelt sich hierbei um eine freiwillige Einrichtung der Werbewirtschaft, deren Träger der Deutsche Direktmarketing Verband e.V. (DDV) ist. Gegen eine Gebühr bekommt jedes interessierte Unternehmen ein Datenband mit der Adressenliste der Werbeverweigerer zur Verfügung gestellt, um so einen Abgleich mit seiner Adressenkartei durchführen zu können.<sup>269</sup> Der Nachteil der „Robinson-Liste“ besteht zum einen in der geringen Bekanntheit der Liste bei den Verbrauchern und zum anderen in ihrer beschränkten Wirkung: Die Eintragung schließt nur die adressierte Briefwerbung aus. Unadressierte Werbesendungen (Faltblätter, Prospekte etc.) werden nicht erfasst.<sup>270</sup> Völlig nutzlos ist die Eintragung in die „Robinson-Liste“ schließlich, wenn der Werbende die Adressen für seine Direktwerbesendungen nicht von Adressenverlagen bezieht, sondern aus Telefon- und Adressbüchern entnimmt.<sup>271</sup>

Im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Briefkastenwerbung ist die Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH von Bedeutung. Der Senat stellte fest, dass ein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten des Werbenden im Sinne des § 1 UWG nicht angenommen werden könne, wenn bei der Verteilung von Werbematerial durch ein Verteilerunternehmen der durch den Briefkastenaufkleber geäußerte Wunsch, „Keine Werbung“ erhalten zu wollen, nur in vereinzelt gebliebenen

<sup>265</sup> Vgl. Vogt, Lexikon des Wettbewerbsrechts 1994, S. 57; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 71 a. Das gilt allerdings nicht für Beilagenwerbung in Zeitungen und Zeitschriften, vgl. LG Bonn, AfP 1992, 88. Str. hinsichtlich Anzeigenblätter mit redaktionellem Teil, vgl. OLG Karlsruhe, GRUR 1991, 940 = NJW 1991, 2910; OLG Stuttgart, NJW-RR 1994, 502, Bodendorf, Die Verteilung von Anzeigenblättern gegen den Willen des Adressaten, AfP 1988, 322, 325.

<sup>266</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 178. Vgl. zur früheren Rechtslage: Zum Unterlassungsanspruch gegen die Deutsche Bundespost: z.B.: BVerwG, NJW 1991, 2920. Zum Unterlassungsanspruch gegen den Werbenden: z.B.: OLG Bremen, NJW 1990, 2140 („Einwurf politischer Werbung in den Briefkasten“), bestätigt durch BVerfG, NJW 1991, 910; KG, NJW 1990, 2142; OLG Stuttgart, NJW 1991, 2912; OLG Hamburg, NJW 1991, 2914.

<sup>267</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 172.

<sup>268</sup> Anschrift: DDV Robinson-Liste, Postfach 1401, 71254 Ditzingen.

<sup>269</sup> Vgl. Wolff, Werbung direct, S. 19; ders. RDV 1999, 9, 12.

<sup>270</sup> Scharf, WRP 1996, 393, 396; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 291.

<sup>271</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 38.

Fällen missachtet werde.<sup>272</sup> Diese Rechtsprechung verdient Zustimmung.<sup>273</sup> Bei der massenhaften Verteilung von Werbematerial in Briefkasten lassen sich vereinzelte „Ausreißer“ nicht ausschließen. Sofern der Werbende die Verteiler ernstlich und unter Androhung von Sanktionen zur Beachtung der Sperrvermerke angewiesen hat, liegt kein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten vor. In diesem Fall ist die individuelle Beeinträchtigung als gering einzustufen. Das Verhalten des Werbenden ist darauf ausgerichtet, die Interessen des Einzelnen in zumutbarer Weise zu beachten. Auswüchse in der Werbung und eine Verwilderung der Wettbewerbssitten sind nicht zu befürchten.<sup>274</sup>

#### 5.4. Passivlegitimation

Als unmittelbarer Störer passivlegitimiert ist das Unternehmen, das die Werbung selbst verteilt.<sup>275</sup> Daneben hat auch das werbende Unternehmen als „mittelbarer Störer“ für die Nichtbeachtung des Sperrvermerks einzustehen. Es verfügt aufgrund seiner vertraglichen Beziehung zu dem die Werbung verteilenden Unternehmen über die Rechtsmacht, gegen weitere Störungen des Selbstbestimmungsrechts der Empfänger einzuschreiten. Deshalb ist das werbende Unternehmen gehalten, alle ihm zu Gebote stehenden rechtlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um weitere Rechtsbeeinträchtigungen auszuschließen. Nur rechtlich oder wirtschaftlich unzumutbare Maßnahmen, wie etwa die Unterlassung der Werbung überhaupt, können ihm nicht abverlangt werden.<sup>276</sup>

Anders ist die Rechtslage bei Werbe-Wurfsendungen. Stellt der Zusteller entgegen dem per Sperrvermerk bekundeten Willen des Adressaten Werbe-Wurfsendungen zu, ist die Deutsche Post AG der richtige Adressat des Unterlassungsanspruchs.<sup>277</sup> Das werbende Unternehmen kann in diesem Fall nicht als Störer zur Verantwortung gezogen werden, da die Post sich zur Beachtung der Aufkleber verpflichtet hat<sup>278</sup> und Verstöße dem Besteller der Werbeaktion daher nicht zuzurechnen sind.<sup>279</sup> Aus der privatrechtlichen Natur der Rechtsbeziehungen zwischen der Deutschen Post AG und

<sup>272</sup> BGH, Urteil vom 30.04.1992 – I ZR 287/90, NJW 1992, 1958 = GRUR 1992, 617; Anm. Ulrich, LM H. 9/1992 § 1 UWG Nr. 596 = ZIP 1992, 452 („Briefkastenwerbung“). Zustimmend Piper, Aktuelle Rechtsprechung, Rdn. 34.

<sup>273</sup> So auch Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 177. A.A.: Vogt, NJW 1993, 2845, 2849.

<sup>274</sup> BGH, GRUR 1992, 617 („Briefkastenwerbung“).

<sup>275</sup> Staudinger-Harder, § 823 BGB, Rdn. C 236; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 71 c.

<sup>276</sup> BGHZ 106, 229, 233 („Handzettel-Wurfsendung“); OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2910; Teske, WRP 1988, 201, 202; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. C 236.

<sup>277</sup> OLG Frankfurt, NJW 1996, 934 („Abwehranspruch gegen Postwurfsendungen“); Palandt-Bassenge, § 1004 BGB, Rdn. 7.

<sup>278</sup> Vgl. den Tatbestand in der „Postwurfsendung“-Entscheidung des BGH, GRUR 1992, 316; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 178.

<sup>279</sup> Staudinger-Hager, § 823 BGB, C 236. Im Ergebnis ebenso Kaiser, Briefkastenwerbung durch Postwurfsendungen trotz Sperrvermerks, NJW 1991, 2870, 2873.

dem Postkunden gem. § 7 PostG ergibt sich, dass für eine etwaige Streitigkeit der Zivilrechtsweg eröffnet ist.<sup>280</sup>

## 6. Short-Message-Service-Werbung

Mit zunehmender Verbreitung der Mobiltelefone („Handys“) konnte es nicht lange ausbleiben, dass auch die werbende Wirtschaft die Short-Message-Service-Werbung als neues Betätigungsfeld entdeckte.

Bei den Mobilfunkanbietern besteht die Möglichkeit, kurze Textnachrichten von maximal 160 Zeichen Länge an Besitzer von Mobilfunktelefonen zu versenden, die sodann auf dem Display des Handys angezeigt werden („Short-Message-Service“ Kurzform: SMS). Das Verschicken solcher Kurznachrichten ist in Deutschland sehr beliebt. Hauptsächlich wird der Service von jungen Leuten genutzt, die eine begehrte Zielgruppe vieler Unternehmen und der Werbebranche sind.<sup>281</sup> Die Absendung der SMS kann entweder über das Internet oder aber von einem anderen Mobiltelefon aus erfolgen. Während die Versendung über das Mobiltelefon kostenpflichtig ist, bieten inzwischen viele Internet-Portale an, SMS auf Handys kostenlos zu versenden.<sup>282</sup> Darüber hinaus ist es im Zuge der Konvergenz der Medien möglich, über WAP (Wireless Application Protocol) auch E-mails über das Handy mobil abzufragen. Der Erfolg von SMS lässt erwarten, dass gerade E-mail-Anwendungen die Einführung mobiler Internet-Dienste auf der Basis der neuen UMTS-Übertragungstechnik (Universal Mobile Telecommunications Systems) als Entwicklungsmotor vorantreiben werden.<sup>283</sup>

Der Vorteil der SMS-Werbung besteht darin, dass der Empfänger zu jeder Zeit und an jedem Ort persönlich adressiert erreicht wird. Der einmal verfasste Text kann durch computergesteuertes Senden innerhalb von wenigen Minuten an unzählige Empfänger in aller Welt übertragen werden. Die Kosten für den Versand halten sich in Grenzen. Aus geringen Kosten und hoher Zielgenauigkeit ergibt sich eine gute Kosten-Nutzen-Relation.<sup>284</sup> Die UMTS-Technik wird dem Werbenden darüber hinaus die Möglichkeit bieten, direkt auf den aktuellen Standort des Nutzers zugeschnittene Werbebotschaften zu übersenden.<sup>285</sup> Infolgedessen ist zu befürchten, dass die Versendung von Werbebotschaften auf das Handy des Nutzers zunehmen wird.

<sup>280</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 71 c; Kaiser, Briefkastenwerbung durch Postwurfsendungen trotz Sperrvermerks, NJW 1991, 2870, 2873; Jahn/Gonzalez, Wettbewerbsvorteil und Gewinnerzielungsinteresse contra personales Selbstbestimmungsrecht – Briefkastenwerbung durch Wurfsendungen vor Gericht, WRP 1991, 1, 7.

<sup>281</sup> Krajewski, MMR 2001, 86, 87.

<sup>282</sup> Vgl.: FAZ vom 25.09.2000, Nr. 223, S. 29, „Der neue Volkssport heißt SMS“.

<sup>283</sup> Vgl.: FAZ vom 2.07.2001, Nr. 150, S. 25, „UMTS: Die Nutzer geben praktischen Anwendungen den Vorzug vor technischer Spielerei“; Ayad, CR 2001, 533, 544.

<sup>284</sup> Krajewski, MMR 2001, 86, 87.

<sup>285</sup> Heute ist dies schon mit dem satellitengestützten Ortungssystem GPS möglich, vgl. Marwitz, Das Handy als Wegweiser zum nächsten Restaurant, FAZ vom 27. Juni 2001, Nr. 146, S. 24.

Es fragt sich, ob die SMS-Werbung eine unzumutbare Belästigung darstellt. Da es sich beim Handy um ein mobiles Telefon handelt, bietet sich zunächst ein Vergleich mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung an. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass technische Unterschiede bestehen, die sich auch auf die rechtliche Beurteilung auswirken. Daher lassen sich die Gründe, die die Rechtsprechung zum Verbot der Telefonwerbung veranlasst haben, nicht uneingeschränkt auf die SMS-Werbung übertragen. Im Gegensatz zur Telefonwerbung ist die SMS-Werbung nicht durch einen unmittelbaren persönlichen Kontakt zwischen Werbendem und Umworbenem gekennzeichnet, da es sich bei der SMS um eine bloße Textnachricht handelt.<sup>286</sup> Allerdings besteht eine Gemeinsamkeit darin, dass der Empfänger, der sein angeschaltetes Handy bei sich trägt, mit der werbenden Nachricht des Absenders zu einem ausschließlich von diesem bestimmten Zeitpunkt konfrontiert werden kann.<sup>287</sup>

Die SMS-Werbung zeichnet sich durch weitere, erheblich belästigende Umstände aus. Da die Nachricht direkt auf das Handy zugestellt wird, gelangt die Werbung direkt in den Einflussbereich des Umworbenen, ohne dass es des Abnehmens des Hörers bedürfte. Für den Umworbenen besteht keine Möglichkeit, der Nachricht auszuweichen.<sup>288</sup> Erscheint der Eingang der SMS auf dem Display kann der Empfänger die Nachricht bei vielen Handy-Modellen erst löschen, nachdem er sie aufgerufen und gezwungenermaßen zur Kenntnis genommen hat. Ein Löschen direkt aus dem Verzeichnis der eingegangenen SMS heraus ist nicht möglich. Insoweit ist die SMS-Werbung mit der Werbung über die älteren Btx-Systeme vergleichbar.

Falls sich der Empfänger das Eingehen einer Nachricht durch ein optisches oder akustisches Signal anzeigen lassen sollte, kann er durch den Eingang der Werbebotschaft in seiner aktuellen Tätigkeit erheblich gestört werden. Diesem Aspekt kommt vor allem bei beruflich tätigen Personen, für die das Handy ein wichtiges Kommunikationsmittel darstellt, Bedeutung zu. So kann der Eingang der werblichen SMS unter Umständen eine geschäftliche Besprechung kurzzeitig unterbrechen. Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, auf den *Schmittmann*<sup>289</sup> zutreffend hinweist. Da das Handy auch von Führungskräften persönlich bedient wird, verschwendet dieser seine Arbeitszeit damit, Werbung von wichtigen Nachrichten zu trennen, da die SMS-Werbung nicht wie die Briefwerbung von der Posteingangsstelle aussortiert oder wie die Telefax- und Telefonwerbung zumindest von der Sekretärin abgefangen werden kann.

Schließlich verfügen Mobiltelefone nur über einen sehr begrenzten Speicherplatz für eingehende Textnachrichten. Selbst eine geringe Anzahl unerwünschter SMS-

---

<sup>286</sup> So auch die Beurteilung von Krajewski, MMR 2001, 86, 87.

<sup>287</sup> So auch Schmittmann, MMR 1998, 346, 347.

<sup>288</sup> So auch Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 c.

<sup>289</sup> MMR 1998, 346, 349.

Werbebotschaften kann daher den Speicher zum Überlaufen bringen, so dass wichtige Mitteilungen den Empfänger nicht mehr erreichen. Dieser wird hierdurch an der bestimmungsgemäßen Verwendung des für seine eigenen Zwecke erworbenen Gerätes gehindert.

Sofern sich der Empfänger im Ausland aufhält, fallen allein für den Erhalt der SMS-Werbung nicht unerhebliche Gebühren an.<sup>290</sup> In diesem Fall handelt sich bei der SMS-Werbung um eine Werbung auf Kosten des Adressaten. Schließlich ist der Nachahmungsreiz zu berücksichtigen, der von der SMS-Werbung als Direktmarketing-Instrument ausgeht.<sup>291</sup> Gerade weil SMS-Werbebotschaften zielgenau zu adressieren sind sowie schnell und billig verschickt werden können, fühlen sich Werbetreibende dazu animiert, von dieser Direktmarketing-Methode Gebrauch zu machen. Es steht zu befürchten, dass bei einer Gestattung der SMS-Werbung das Handy einem Teil seiner Funktionen beraubt würde.

Unter diesen Umständen kann der Versand von SMS-Werbung sowohl gegenüber Privatpersonen als auch geschäftlich Tätigen wegen der unzumutbaren Belästigung nur als wettbewerbswidrig beurteilt werden. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Umworbene ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Textnachrichten erklärt hat oder ein solches Einverständnis vermutet werden kann. Von einem vermuteten Einverständnis kann aber nur dann ausgegangen werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalles die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Empfänger nicht nur der Werbebotschaft an sich, sondern auch der Übermittlung über sein Mobilfunksystem positiv gegenübersteht.<sup>292</sup> Dies dürfte aber in den wenigsten Fällen anzunehmen sein.

---

<sup>290</sup> Ayad, CR 2001, 533, 544. A.A.: Krajewski, MMR 2001, 86, 88, der allein auf einen Empfang in Deutschland abstellt.

<sup>291</sup> Krajewski, MMR 2001, 86, 88 sieht die Nachahmungsgefahr als maßgebliches Argument für die Unzulässigkeit der SMS-Werbung an.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu BGH, NJW 1991, 2087, 2089 („Telefonwerbung VI“); im Ergebnis ebenso Schmittmann, MMR 1998, 346, 349.

### 3. Kapitel Wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung

#### I. Auffassung der Rechtsprechung

Die Mehrzahl der bislang ergangenen Gerichtsentscheidungen lassen eindeutig die Tendenz einer restriktiven Handhabung der E-mail-Werbung erkennen. Als erstes deutsches Gericht hatte das *LG Traunstein* im Wege der einstweiligen Verfügung mit Beschluss vom 14.10.1997 die Werbung an Privatleute über E-mail ohne vorherige Zustimmung der betreffenden Person für unzulässig erklärt.<sup>293</sup> Dieser Beschluss enthielt noch keine Begründung. Im Rahmen des Prozesskostenhilfverfahrens befasste sich das *LG Traunstein* dann ausführlich mit der unverlangten Versendung von Werbung an private E-mail-Anschlüsse und hielt diese im Ergebnis für wettbewerbswidrig.<sup>294</sup> Diese Auffassung wurde später von weiteren Instanzgerichten bestätigt und gleichzeitig auf die an Gewerbetreibende und Freiberufler gerichteten Werbebotschaften ausgeweitet.<sup>295</sup>

Demgegenüber geht das *LG Braunschweig* davon aus, dass E-mail-Werbung nur dann unzulässig ist, wenn der Empfänger die Werbung offenkundig abgelehnt hat.<sup>296</sup> Dabei greift das Gericht allerdings bei seiner Entscheidung auf die in der Fernabsatzrichtlinie enthaltenen Wertungen zurück.

#### II. Auffassung der Literatur

Die überwiegenden Stimmen in der Literatur folgen der Rechtsprechung und gehen davon aus, dass die unverlangte Versendung von Werbung per E-mail gegen § 1 UWG verstößt.<sup>297</sup>

<sup>293</sup> Beschluss des LG Traunstein vom 14.10.1997 – 2 HKO 3755/97. Redaktioneller Leitsatz mit zustimmender Anm. von *Ernst*, NJW-CoR 1997, 494, 495 = MMR 1998, 53 (LS), mit Anm. *Schmittmann*, S. 53 = ArchPT 1998, S. 59 ff., mit Anm. *Göckel*.

<sup>294</sup> LG Traunstein, Beschluss vom 18.12.1997 – 2 HKO 3755/97, NJW 1998, 1648 = CR 1998, 171, mit Anm. *Reichelsdorfer*, S. 172 = MMR 1998, 109 = NJWE-WettbR 1998, 200 (LS) = NJW-CoR 1998, 109 = RDV 1998, 115 = K&R 1998, 117 Anm. *Schrey*, S. 222.

<sup>295</sup> LG Berlin, Beschluss vom 2.04.1998 – 16 O 201/98, JurPC Web-Dok. 90/1998, Abs. 1-4 = CR 1998, 623, mit Anm. *Moritz* = NJW-CoR 1998, 431 = NJWE-WettbR 2000, 91; LG Hamburg, Anerkenntnisurteil vom 6.01.1998 – 312 O 579/97, CR 1999, 326 (LS) = WRP 1999, 886 = RDV 1999, 79 (LS) = MMR 1999, 248 (LS) = NJW-CoR 1999, 368 (LS); LG Ellwangen, Urteil vom 27.08.1999 – KfH O 5/99, K&R 2000, 41 = RDV 1999, 267 (LS) mit Anm. *Schmittmann* = MMR 1999, 675 mit Anm. *Schmittmann*, S. 677 = CR 2000, 188 = ZUM-RD 2000, 148; AG Borbeck, Beschluss vom 8.12.1998 – 5 C 365/98 n.v.

<sup>296</sup> LG Braunschweig, Urteil vom 11.08.1999 – 22 O 1683/99, NJW-RR 2000, 924 = ZUM-RD 2000, 150 = MMR 2000, 50 = CR 2000, 854 (LS) = NJW-CoR 2000, 235, mit ablehnender Anm. *Rein*.

<sup>297</sup> Vgl. z.B.: *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdn. 70 a; *Hoeren*, UFITA, Band 137, 1996, 35, 46; ders. WRP 1997, 993, 995; ders. Grundzüge des Internetrechts, S. 50; *Ernst*, BB 1997, 1057, 1060; ders. VuR 1997, 259, 262; *Engels/Eimterbäumer*, K&R 1998, 196, 200; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1137, 1343; *Schad*, WRP 1999, 243; *Gummig*, ZUM 1996, 573, 583; *Härtling*, Internetrecht, Rdn. 266; *Hoeren/Sieber-Waldenberger*, Handbuch Multimedia Recht, Fach 13.4, Rdn. 79, 82; *Hoeren/Sieber-Körner/Lehment*, a.a.O., Fach 11.1, Rdn. 47; *Hoeren/Oberscheidt*, VuR 1999, 371, 381; *Hoffmann*, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, 5, 36; *Loewenheim/Koch-Niebler*, Praxis des Online-Rechts, S. 267; *Ott*, Anwalt 2000, 14, 15; *Schrey*, K&R 1998, 222, 223; *Schotthöfer/Scharrer*, Werbe-

Es mehren sich aber auch die Stimmen, die Kritik an der ihrer Ansicht nach undifferenzierten Haltung der Instanzgerichte zur E-mail-Werbung üben. Die E-mail-Werbung solle dann zulässig sein, wenn die Werbung in der Betreffzeile deutlich als solche gekennzeichnet sei, somit ohne Aufwand und Kenntnisnahme vom Inhalt aussortiert werden könne und kein Widerspruch des Empfängers vorliege.<sup>298</sup>

Noch weiter geht die Ansicht von *Reichelsdorfer*,<sup>299</sup> der die für die Briefwerbung entwickelten Grundsätze auf die E-mail-Werbung übertragen und die E-mail-Werbung für zulässig halten will, solange der Beworbene nicht ausdrücklich widerspricht.

### III. Ist die Zusendung von E-mail-Werbung wettbewerbswidrig?

Im Folgenden soll erörtert werden, ob die Zusendung von E-mail-Werbung gegen die Generalklausel des § 1 UWG verstößt. Nach dieser Bestimmung kann derjenige auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, der im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen.

#### 1. Handlung im geschäftlichen Verkehr

Zum Bereich des geschäftlichen Verkehrs zählt jede Tätigkeit, die irgendwie der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dient, der auch ein fremder sein kann. Erfasst wird jede selbständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt.<sup>300</sup> Demzufolge werden E-mails, die eine politische Partei zu Wahlkampfzwecken versendet, nicht vom Anwendungsbereich des § 1 UWG erfasst. Bei dem Versenden von gewerblichen E-mails handelt es sich dagegen um eine Handlung im geschäftlichen Verkehr.

---

recht im Internet, S. 18, 19; Schwerdtfeger-Peschel-Mehner, Cyberlaw, S. 135; Spindler, K&R 1998, 177, 182; Spindler-Fuchs, Vertragsrecht, Teil III, Rdn. 368; Strömer, Online-Recht, S. 141; Vahrenwald, Recht in Online und Multimedia, Fach 10.1, S. 6; Vogt, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1997 bis 1999, NJW 1999, 3601, 3605; Wimmer/Gerhard, Der Online-Provider, S. 103, 104.

<sup>298</sup> Vgl. z.B.: Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 112; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1146; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 479; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 111, 112; Funk, CR 1998, 411, 419 ff.; Heermann, K&R 1999, 6; 12; Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rdn. 371; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 168; Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht, S. 387; Lettl, GRUR 2000, 977, 982; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, Leupold, WRP 1998, 270, 276, 279; Zehentmeier, BB 2000, 940, 943; Schmittmann, MMR 1998, 53, 54; ders. CR 1998, 499, 500; siehe auch Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 23, die unaufgeforderte E-mail-Werbung zwar für grundsätzlich unzulässig halten, sie jedoch dann für zulässig halten, wenn die Junk-E-mail deutlich als Werbung gekennzeichnet ist und das übermittelte Datenvolumen gering gehalten wird.

<sup>299</sup> GRUR 1997, 191, 197. Zustimmend: Lettl, GRUR 2000, 977, 982.

<sup>300</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl UWG, Rdn. 208; Köhler/Piper-Piper, Einf., Rdn. 194.

## 2. Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs

Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs ist anzunehmen, wenn bestimmte objektive und subjektive Voraussetzungen erfüllt sind. In objektiver Hinsicht muss ein Verhalten vorliegen, das geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil desjenigen einer anderen Person zu fördern.<sup>301</sup> Entgegen kritischer Stimmen in der Literatur<sup>302</sup> bejaht die Rechtsprechung die Erfüllung der objektiven Voraussetzungen nur, wenn zwischen dem geförderten und dem benachteiligten Unternehmen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht.<sup>303</sup> Im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes stellt die Rechtsprechung aber keine hohen Anforderungen an dieses Erfordernis.<sup>304</sup> Es liegt vor, wenn zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselbeziehung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.<sup>305</sup> Gewerbetreibende stehen grundsätzlich in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wenn sie den gleichen Kundenkreis haben und sich deshalb mit ihren Angeboten gegenseitig behindern können.<sup>306</sup>

Bei einem auf die Förderung fremden Wettbewerbs gerichteten Verhalten muss das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem geförderten und dem benachteiligten Unternehmen bestehen.<sup>307</sup> Führt eine von dem Werbetreibenden beauftragte Internet-Marketing-Agentur die E-mail-Werbekampagne durch, muss zwischen dem Kläger und dem Auftraggeber ein Wettbewerbsverhältnis bestehen, um ein Handeln der Agentur zu Zwecken des Wettbewerbs annehmen zu können.<sup>308</sup>

Allein die Tatsache, dass der Empfänger durch die E-mail-Werbung des Werbenden betroffen wird, reicht dagegen für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht aus. Das *LG Berlin* hat daher das Bestehen eines Wettbewerbsver-

---

<sup>301</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 3, 270, 277 („Constanze I“); BGH, GRUR 1981, 658, 659 („Preisvergleich“); GRUR 1983, 374, 375 („Spendenbitte“); GRUR 1989, 430 („Krankentransportbestellung“); GRUR 1990, 373, 374 („Schönheits-Chirurgie“).

<sup>302</sup> Für einen Verzicht auf das Erfordernis eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses plädieren z.B.: Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 4, S. 24; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 219, 225; Lindacher, Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1311, 1314.

<sup>303</sup> Vgl. z.B. BGHZ 93, 96, 97 („DIMPLE“); GRUR 1997, 907, 908 („Emil-Grünbär-Klub“); LG Heilbronn, WRP 1999, 1190, 1191 („Mitarbeiter-Abwerbung“); BGH, WRP 2000, 89, 92 („Beteiligungsverbot für Schilderpräger“).

<sup>304</sup> So BGHZ 93, 96, 97 („DIMPLE“).

<sup>305</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 216; Gloy-Kreft, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 10, Rdn. 1.

<sup>306</sup> KG, CR 1998, 9 („Telefax-Werbung“); Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 74; Köhler/Piper-Piper, Einf. Rdn. 237.

<sup>307</sup> BGH, GRUR 1989, 430 („Krankentransportbestellung“); BGH, GRUR 1997, 907, 908 („Emil-Grünbär-Klub“).

<sup>308</sup> Vgl. Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 17.

hältnisses zwischen einem Vermieter von Jahrmarktgeräten und einem Rechtsanwalt verneint und einen Wettbewerbsverstoß gem. § 1 UWG abgelehnt.<sup>309</sup>

In subjektiver Hinsicht erfordert eine Wettbewerbshandlung die Absicht, eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen Mitbewerbers zu fördern, sofern diese Absicht nicht völlig hinter die eigentlichen Beweggründe zurücktritt.<sup>310</sup> Wenn Gewerbetreibende miteinander im Wettbewerb stehen, so spricht bei objektiver Eignung der Handlung zur Wettbewerbsförderung grundsätzlich eine tatsächliche Vermutung für eine entsprechende Absicht.<sup>311</sup> Die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, wird allerdings nicht vermutet und muss vom Kläger nachgewiesen werden.<sup>312</sup> Bei der E-mail-Werbung sind, soweit ersichtlich, bislang keine Probleme hinsichtlich der Bejahung dieser Voraussetzung aufgetreten.

### 3. Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit ist das zentrale Merkmal der Vorschrift. Der Begriff der Sittenwidrigkeit i.S.d. § 1 UWG ist nicht identisch mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB. Letztere Bestimmung soll Missbräuchen der Privatautonomie entgegenwirken; § 1 UWG zielt dagegen allgemein auf die Bewahrung der Lauterkeit des Wettbewerbs im Markt, ohne an einen Verstoß zwingend die Rechtsfolge der Nichtigkeit vertraglicher Abreden zu knüpfen.<sup>313</sup>

Es wirkt sich auf die Wertung einer Wettbewerbshandlung nach dem Maßstab der guten Sitten entscheidend aus, dass sich der Schutzzweck des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb im Laufe der Zeit gewandelt hat. Nachdem das UWG-Recht zuerst als reiner Individualschutz der einzelnen Mitbewerber aufgefasst wurde, wird heute überwiegend von einem sozialrechtlich ausgerichteten Schutz auch der übrigen Marktbeteiligten, insbesondere der Verbraucher und der Allgemeinheit, ausgegangen.<sup>314</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des BGH soll § 1 UWG nicht nur die Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb schützen, sondern auch die Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs bewahren.<sup>315</sup>

<sup>309</sup> LG Berlin, MMR 1999, 43 („E-mail-Werbung“); ebenso, LG Berlin, MMR 2000, 441, 442 („E-mail-Werbung“): Kein Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Rechtsanwalt und einem Herausgeber von Druckschriften.

<sup>310</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 3, 270, 277 („Constanze I“); BGH, GRUR 1989, 430 („Krankentransportbestellung“); Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 82; Köhler/Piper-Piper, Einf., Rdn. 214.

<sup>311</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 235; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 83.

<sup>312</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 233.

<sup>313</sup> Köhler/Piper-Piper, Einf., Rdn. 262; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 69.

<sup>314</sup> Vgl. die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 40 ff.

<sup>315</sup> BGHZ 19, 392, 396 („Anzeigenblatt“); BGH, GRUR 1959, 277, 279 („Künstlerpostkarten“); BGH, WRP 1959, Heft 3, S. 81, 82 („Bienenhonig“); GRUR 1967, 430, 431 („Grabsteinaufträge“); BGHZ 54, 188, 190 („Telefonwerbung I“); BGHZ 59, 317, 322 („Telex-Werbung“); BGH NJW 1988, 1670 („Btx-Werbung“).

Rechtsprechung und Literatur haben verschiedene Fallgruppen und Unterfallgruppen gebildet, um den unbestimmten Rechtsbegriff der Sittenwidrigkeit zu konkretisieren. Im Anschluss an *Hefermehl* ist die Unterscheidung von fünf verschiedenen Fallgruppen üblich geworden: Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung, Vorsprung durch Rechtsbruch und Marktstörung.<sup>316</sup>

Im Folgenden soll die E-mail-Werbung in diese Fallgruppen systematisch eingeordnet werden.<sup>317</sup> Die bisherigen Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur lassen erkennen, dass die E-mail-Werbung überwiegend der Fallgruppe Kundenfang und dort der Untergruppe der Belästigung zugeordnet wird.<sup>318</sup>

### 3.1. Fallgruppe Kundenfang: Belästigung durch E-mail-Werbung

Jede Werbung ist darauf gerichtet, auf den Kunden einzuwirken und ihn zugunsten des Werbenden zu beeinflussen. Dies gehört zum Wesen des Wettbewerbs. Die wettbewerbseigene Kundenbeeinflussung wird zum wettbewerbsfremden Kundenfang, wenn der Wettbewerber den Kunden mit Mitteln zu beeinflussen sucht, die dessen freie Willensentschließung beeinträchtigen. Eine häufige Methode des Kundenfangs ist die Belästigung des Kunden durch aufdringliche Werbung, das sog. Anreißen.<sup>319</sup> Die Belästigung besteht darin, dass die Werbung dem Empfänger aufgedrängt wird, indem er sie ohne oder gegen seinen Willen entgegennehmen muss. Der Adressat empfindet die Werbung bereits wegen dieser Art und Weise der Übermittlung, unabhängig von ihrem Inhalt, als Belästigung.<sup>320</sup>

Da mit jeder Werbung unvermeidbar ein gewisses Maß an Belästigung verbunden ist, kommt es für die Bewertung ihrer Zulässigkeit auf den Grad und das Maß der Belästigung und der unsachlichen Beeinflussung an. Entscheidend ist, wie intensiv der Werbende auf den Adressaten einwirkt.<sup>321</sup> Allerdings steht dem berechtigten Interesse des Werbeadressaten, unerwünschte Werbung fernzuhalten, das berechtigte Interesse der werbungstreibenden Wirtschaft gegenüber, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen.<sup>322</sup> Die Rechtsordnung ist gehalten, diesen Interessenkonflikt auszugleichen. Sie muss dabei auch das Interesse der Werbeadressaten berücksichtigen, die an nützlichen Informationen interessiert sind. Werbung dient nicht zuletzt dem Interesse des Verbrauchers, über das Leistungsangebot des werbenden Unternehmens einen

<sup>316</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 160 ff.

<sup>317</sup> Vgl. zur Notwendigkeit der richtigen Systematisierung zur Würdigung der Unlauterkeit einer Handlung: Trube, Zur telefonischen Abwerbung von Beschäftigten, WRP 2001, 97, 101.

<sup>318</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 a. A.A.: LG Ellwangen, K&R 2000, 41, 42 („Ausbeutung“); Härtling, Internetrecht, Rdn. 265 („Marktstörung“).

<sup>319</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 4 und Rdn. 57.

<sup>320</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 107.

<sup>321</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 107.

<sup>322</sup> BGH, GRUR 1992, 617 („Briefkastenwerbung“).

Überblick zu erhalten.<sup>323</sup> Schließlich sind auch das Interesse der Mitbewerber und der Allgemeinheit in die Beurteilung einzubeziehen. Im Ergebnis kommt es darauf an, welches Maß an Belästigung dem jeweiligen Adressaten noch zumutbar ist.<sup>324</sup> Dabei ist auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsadressaten abzustellen, nicht auf die subjektive Überempfindlichkeit des Einzelnen.<sup>325</sup>

Die mit einer bestimmten Werbemethode verbundene Belästigung des Umworbenen kann allerdings in Grenzfällen ein so geringes Ausmaß besitzen, dass sie noch hinnehmbar erscheint, solange sie nicht massiert auftritt. In diesem Fall gewinnt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Literatur der Aspekt der Nachahmungsgefahr an Bedeutung.<sup>326</sup> Es wird berücksichtigt, wie es sich auswirken würde, wenn die Werbung im Einzelfall erlaubt wird. Muss für diesen Fall damit gerechnet werden, dass andere Gewerbetreibende in größerer Zahl die gleiche Methode anwenden und es durch diese Nachahmung zu einer die Allgemeinheit unerträglich beeinträchtigenden Verwilderung der Wettbewerbssitten kommt, so kann auch diese Auswirkung die Wettbewerbswidrigkeit einer Werbemaßnahme begründen.<sup>327</sup>

### **3.1.1. Belästigungskriterien**

Im Folgenden sind nun Kriterien herauszuarbeiten, die die E-mail-Werbung als sittenwidrige Belästigung des Empfängers erscheinen lassen könnten.

#### **3.1.1.1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Nach nahezu einhellig in Rechtsprechung und im Schrifttum vertretener Meinung sind die „Ausstrahlungswirkungen“ der den Grundrechten innewohnenden Wertvorstellungen bei der Anwendung der Generalklauseln zu beachten.<sup>328</sup> Das Merkmal des Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerb ist aufgrund seines generalklau-

<sup>323</sup> BGHZ 60, 296, 300 („Briefwerbung“); BGHZ 106, 229, 232 („Handzettelwurfsendung“); Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 400.

<sup>324</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 4, 57; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 107, 108.

<sup>325</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 107. Vgl. zum geänderten Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung: BGH, WRP 2000, 517 ff. („Orient-Teppichmuster“).

<sup>326</sup> St. Rechtsprechung: BGHZ 43, 278, 282 („Kleenex“); BGH, GRUR 1967, 430, 431 („Grabstein-aufträge“); BGHZ 54, 188, 192, 193 („Telefonwerbung I“); BGHZ 59, 317, 321 („Telex-Werbung“); BGH, GRUR 1988, 614, 616 („Btx-Werbung“); OLG Stuttgart, WRP 1987, 641, 643 („Telex-Werbung“). Aus der Literatur z.B.: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 57; Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 191, 192. Gegen eine Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr: z.B.: Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1148; von Harder, GRUR 1962, 439, Döll, BB 1965, 173 ff.; Bülow, WRP 1970, 413, 414; ders. GRUR 1976, 180, 182; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 58 ff.; Schütz, WRP 1993, 168 ff.

<sup>327</sup> Baumach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 57.

<sup>328</sup> Sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Seit BVerfGE 7, 198, 205 („Lüth“) st. Rspr. des BVerfG. Vgl. ausführlich zu Frage einer Drittwirkung der Grundrechte: v. Münch-v. Münch, Vorb. Art. 1-19, Rdn. 28 ff.

selartigen Charakters hierfür besonders geeignet. Im Fall der belästigenden Werbung ist insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen, das seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG findet.<sup>329</sup>

Die Entscheidungen des BGH zur Telefonwerbung im privaten Bereich haben gezeigt, dass persönlichkeitsrechtswidriges Aufdrängen von Werbung sittenwidrig sein kann. Bereits in der „Telefonwerbung I“ – Entscheidung<sup>330</sup> sah der BGH den Schutz der Individualsphäre als vorrangig vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben des Werbenden an. Der BGH erläuterte allerdings nicht, was er unter der „Individualsphäre“ versteht. Seine Begriffsbildung ist auch nicht einheitlich. So ist in der Entscheidung „Telefonwerbung I“<sup>331</sup> sowohl von „Individualsphäre“ als auch von „Privatsphäre“ die Rede. Entsprechendes gilt für die Entscheidung „Telefonwerbung II“<sup>332</sup> und auch für die jüngste „Telefonwerbung VI“-Entscheidung.<sup>333</sup> Der I. Zivilsenat des BGH verwendet die Begriffe „Individualsphäre“ und „Privatsphäre“ offenbar als identische.<sup>334</sup> Demgegenüber nimmt der XI. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung nur auf die Privatsphäre Bezug.<sup>335</sup> In allen diesen Fällen war vom BGH das Recht gemeint, in den eigenen vier Wänden von unerwünschten kommerziellen Kommunikationsinhalten in Ruhe gelassen zu werden. Der häusliche Bereich soll nicht unfreiwillig in einen Marktplatz der konkurrierenden Werbeaussagen umgewandelt werden.<sup>336</sup> Demgegenüber ist bei der persönlichkeitsrechtlichen Beurteilung im Hinblick auf Telex-, Teletex-, Telefax- und Btx-Werbung sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur Zurückhaltung zu beobachten.<sup>337</sup>

Es fragt sich, ob bei der E-mail-Werbung ein unzulässiges Eindringen in die Individualsphäre bzw. in die Privatsphäre angenommen werden kann. Das *LG Traunstein*<sup>338</sup> und Teile des Schrifttums<sup>339</sup> lehnen dies mit der Begründung ab, dass die E-mail-Werbung nicht wie die Telefonwerbung durch einen unmittelbaren persönlichen Kontakt des Werbenden mit dem Beworbenen gekennzeichnet sei.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Anders als im Fall telefonischer Werbemaßnahmen gegenüber Privatpersonen dringt der Versender einer E-mail nicht unkontrolliert in

<sup>329</sup> Vgl. Jarass, NJW 1989, 857, 862; Sachs, Art. 2 GG, Rdn. 60; Erman-Ehmann, Anh. § 12 BGB, Rdn. 91.

<sup>330</sup> BGHZ 54, 188 („Telefonwerbung I“).

<sup>331</sup> BGHZ 54, 188, 191.

<sup>332</sup> BGH, NJW 1989, 2820.

<sup>333</sup> BGH, WRP 2000, 722, 724.

<sup>334</sup> Scherer, Verbraucherwerbung, S. 259; Paefgen, MDR 1992, 112, 114, der davon ausgeht, dass dem BGH mit der Bezeichnung „Individualsphäre“ das Missgeschick einer falsa demonstratio unterlaufen sei. Gemeint gewesen sei die „Privatsphäre“.

<sup>335</sup> BGH, MMR 1999, 477 („Formulärmäßige Einverständniserklärung zur Telefonwerbung“).

<sup>336</sup> Paefgen, MDR 1992, 112, 114.

<sup>337</sup> Freund, BB 1986, 409, 410; ähnlich: Steckler, GRUR 1993, 865, 870.

<sup>338</sup> LG Traunstein, NJW 1998, 1648. Vgl. auch LG Augsburg, K&R 2000, 518.

<sup>339</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1144; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, 17, 20; Reichelsdorfer, Anm. zum Urteil des LG Traunstein, CR 1999, 172, 173; ders GRUR 1997, 191, 197; Leupold, WRP 1998, 270, 277; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 593; Vehslage, DuD 1999, 22, 23.

die Privatsphäre des Umworbene zu ausschließlich vom Werbenden bestimmten Zeitpunkten ein. Der Umworbene wird nicht durch ein Klingeln gestört, nach Abnahme des Hörers direkt und unerwartet mit der Werbebotschaft konfrontiert und ggf. in ein Verkaufsgespräch verwickelt, dem er sich nur mit Mühe zu entziehen vermag.<sup>340</sup> Bei der E-mail-Werbung fehlt dieser Überraschungs- und Überraschungseffekt. Es besteht bei der E-mail-Werbung auch nicht die Gefahr, dass der Werbeadressat unüberlegt und übereilt einen Vertrag abschließt, um das für ihn unangenehme Werbegespräch zu beenden. Da ein unmittelbarer Kontakt zwischen dem Werbenden und dem Umworbene fehlt, handelt sich bei der E-mail-Werbung um eine „mittelbare“ Direktmarketing-Methode.<sup>341</sup>

Die Werbebotschaft befindet sich beim Eingang in die Mailbox auf dem Server des Internet-Providers noch nicht einmal im Privatbereich des Werbeadressaten. Vielmehr muss dieser zunächst eine Verbindung zum Server des Internet-Providers herstellen und seine E-mails bzw. deren Kopfzeilen auf seinen Computer herunterladen. Der Umworbene bestimmt selbst, wann er die elektronischen Nachrichten abrufen. Er mag zwar die E-mail-Werbung als Belästigung empfinden, seine Privatsphäre wird jedoch durch sie nur unwesentlich berührt. Unter Berücksichtigung des Interesses des Werbetreibenden kann ein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten unter dem Gesichtspunkt eines unzulässigen Eindringens in die Privat- bzw. Individualsphäre daher nicht angenommen werden.

An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts durch den Einsatz sog. sprechender E-mail-Software. Diese ermöglicht es dem Adressaten, von jedem Telefon aus seine E-mails abzufragen und von einer synthetischen Stimme vorgelesen zu bekommen.<sup>342</sup> Beim Abruf derartiger Aufzeichnungen fehlt es ebenfalls an einem unmittelbaren Kontakt zwischen Werbendem und Umworbene. Eine Hemmschwelle, den Anruf durch sofortiges Auflegen des Hörers zu beenden, besteht mangels eines menschlichen Gesprächspartners nicht. Angesichts der zunehmenden Verbreitung der E-mail-Werbung kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Vorlesen einer Werbebotschaft beim telefonischen Abfragen seiner E-mails für den Empfänger eine unerwartete Konfrontation darstellt.

Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Werbeadressaten kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Werbeadressat E-mail-Werbung erhält, obwohl er dem Empfang derartiger Nachrichten ausdrücklich widersprochen oder seinen entgegenstehenden Willen dem Werbenden gegenüber zum Ausdruck gebracht hat. Da der Gedanke der Selbstbestimmung des Einzelnen zentraler Bestandteil des Persönlich-

---

<sup>340</sup> So der BGH im Fall der Btx-Werbung, BGH, GRUR 1988, 614, 615, ebenso: BGH, GRUR 1992, 316, 318 („Postwurfsendung“).

<sup>341</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1144.

<sup>342</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 593. Vgl. hierzu: Maßmann, Sprechende Email, c't, Heft 12/1997, S. 27.

keitsschutzes ist,<sup>343</sup> könnte sich die unzumutbare Belästigung des Umworbenen in diesem Fall aus der Verletzung seines personalen Selbstbestimmungsrechts ergeben.

In der Praxis ist allerdings problematisch, dass für den Werbeadressaten bislang keine Möglichkeit besteht, sich von vornherein gegen die Zusendung von E-mail-Werbung durch die Anbringung eines Sperrvermerks an die E-mail-Adresse oder durch die Eintragung in eine verbindliche Robinson-Liste zu wehren. Er muss daher zunächst den Empfang einer Werbe-E-mail abwarten und kann erst danach der Zusendung zukünftiger Werbebotschaften des entsprechenden Werbetreibenden widersprechen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Umworbene gezwungen ist, seinen Widerspruch immer wieder aufs Neue gegenüber einer Vielzahl von Werbenden zu erklären. Sollte sich ein Werbetreibender dann über den Widerspruch hinwegsetzen, kann hierin eine Verletzung des personalen Selbstbestimmungsrechts des Umworbenen liegen.

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass in der Missachtung des gegenteiligen Willens des Adressaten eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts liegen kann.<sup>344</sup> Dies betonte der BGH unter anderem in seiner „Handzettelwurfsendung“-Entscheidung,<sup>345</sup> bei der die zivilrechtliche Beurteilung der Briefkastenwerbung in Frage stand. Der BGH sah die eigentliche Belästigung nicht bereits in dem Einwurf der Wurfsendung in den Briefkasten. Vielmehr ergab sie sich nach Ansicht des BGH aus der Missachtung des ausdrücklich erklärten Willens des Betroffenen, dass er derartiges Werbematerial nicht zu erhalten wünsche, weil er einer Konfrontation mit der Suggestivwirkung der Werbung entgehen möchte. Der Wille des Bürgers, seinen Lebensbereich von jedem Zwang mit der Auseinandersetzung mit Werbung freizuhalten, sei als Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig.<sup>346</sup>

Dieser Gedanke muss im Fall der E-mail-Werbung entsprechend gelten. Auch hier muss der Umworbene selbst bestimmen können, ob er mit der Suggestivwirkung der Werbung konfrontiert werden möchte. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht allen natürlichen Personen zusteht,<sup>347</sup> ist es unerheblich, ob es sich bei dem Widersprechenden um eine Geschäfts- oder Privatperson handelt. Setzt sich der Werbetreibende über den ausdrücklich erklärten Willen des Umworbenen hinweg, so führt dies zur Wettbewerbswidrigkeit der E-mail-Werbung. Eine solche Werbung gegen den erkennbaren Willen des Umworbenen zeichnet sich durch eine besondere Aufdringlichkeit aus<sup>348</sup> und führt zur Verärgerung des Betroffenen.<sup>349</sup> Dieser Umstand der

<sup>343</sup> Siehe ausführlich zum Selbstbestimmungsrecht: Wanckel, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, S. 98 ff., insbesondere S. 106 f.

<sup>344</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 60, 292, 300 („Briefwerbung“); BGH, GRUR 1992, 316, 318 („Postwurfsendung“); OLG Karlsruhe, AfP 1983, 399, 400 („Persönlichkeitsverletzung durch Direktwerbung“); LG Hamburg, NJW-RR 1986, 124 („Übermittlung unverlangter Werbung über Teletex“); Alt, WRP 1985, 319, 323; Freund, BB 1986, 409, 413.

<sup>345</sup> BGHZ 106, 229 ff.

<sup>346</sup> BGHZ 106, 229, 234, 235.

<sup>347</sup> Jarass, NJW 1989, 857, 859.

<sup>348</sup> Gilles, NJW 1988, 2424, 2431.

Verärgerung wird in einer Entscheidung des *OLG Karlsruhe* besonders hervorgehoben: Die Verärgerung zeige, dass der gebotene Respekt vor der Willensäußerung des Einzelnen gerade Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Menschen sei.<sup>350</sup> Unter diesen Umständen ist das Interesse des Werbenden als nachrangig anzusehen. Die Zusendung einer Werbe-E-mail trotz Widerspruchs des Adressaten stellt daher eine unzumutbare Belästigung dar.

### 3.1.1.2. Verletzung der negativen Informationsfreiheit

Teile der Literatur<sup>351</sup> und der Rechtsprechung<sup>352</sup> vertreten die Auffassung, dass ein Verbot von Informationszuminungen durch Werbung auf § 1 UWG gestützt und die Wettbewerbswidrigkeit mit einer Verletzung der negativen Informationsfreiheit begründet werden könne. Eines Rückgriffs auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedürfe es nicht.

Es ist bereits umstritten, ob das Bestehen einer negativen Informationsfreiheit in Art. 5 Abs. 1, S. 1, 2. Halbsatz GG anzuerkennen ist.<sup>353</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu bislang noch nicht Stellung bezogen. Eine eingehende Analyse der verschiedenen Auffassungen zur Klärung der Frage, ob das Grundgesetz eine negative Informationsfreiheit gewährleistet, würde den Rahmen dieser Untersuchung überschreiten.<sup>354</sup> Für die Anerkennung einer negativen Informationsfreiheit spricht, dass die Information eine notwendige Grundlage für die Meinungsbildung ist, die am Ende in die Meinungsäußerung mündet.<sup>355</sup> Die Informationsfreiheit dient der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung.<sup>356</sup> Die Meinungsbildung kann aber nur dann frei i.S.v. selbstbestimmt erfolgen, wenn der Einzelne auch frei über den Umfang der Informationen entscheiden kann, die aufgenommen werden sollen. Informationsfreiheit ist als Auswahlfreiheit zu verstehen.<sup>357</sup> Dies schließt das

---

<sup>349</sup> Im Ergebnis ebenso LG Kiel, K&R 2000, 514, 516 für die zivilrechtliche Beurteilung unaufgeforderter E-mail-Werbung; Teske, WRP 1988, 200, 202 (für die Briefkastenwerbung); Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1147; Heermann, K&R 1999, 6, 13; Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 214, 215.

<sup>350</sup> OLG Karlsruhe, AfP 1983, 399, 400 („Persönlichkeitsverletzung durch Direktwerbung“).

<sup>351</sup> Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1341; Möllers, JZ 1999, 1122; Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 359; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 125.

<sup>352</sup> LG Berlin, MMR 2000, 704.

<sup>353</sup> Bejahend z.B.: Maunz/Düring-Herzog, Art. 5 Abs. I, II GG, Rdn. 40; v. Mangold/Klein/Starck-Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 41; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 26; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 128; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 566; wohl LG Kiel, K&R 2000, 514, 516. Unentschieden z.B.: Dreier-Schulze-Fielitz, Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1-19 GG, Tübingen 1996, Art. 5 I, II GG, Rdn. 63; AK-Hoffmann-Riem, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 95. Ablehnend z.B.: Vehslage, Anm. zum Urteil des AG Kiel, K&R 2000, 203, 204; Bülow, Anm. zu BGH, ZIP 1995, 1286, 1290 („Ölverschmutzte Ente“). Siehe eingehend zum Meinungsstand: Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70-75, m.w.N.

<sup>354</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Problemkreis: Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70-128.

<sup>355</sup> BVerfGE 27, 71, 81; Maunz/Düring-Herzog, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 82.

<sup>356</sup> BVerfGE 57, 295, 319.

<sup>357</sup> BVerfGE 27, 71, 81: der „Aspekt des Auswählen Könnens ist der Grundtatbestand jeder Information“; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 26.

Recht ein, eine bestimmte Informationsquelle nicht zu nutzen oder eine Information nicht aufzunehmen.<sup>358</sup> Das Grundgesetz gewährleistet daher in Art. 5 Abs. 1, S. 1, 2. Halbsatz GG auch die negative Komponente der Informationsfreiheit.

Sofern man die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Rechtsverkehr zwischen Privaten<sup>359</sup> auch bei der negativen Informationsfreiheit anerkennt,<sup>360</sup> dann ist die Frage der sachlichen Reichweite der negativen Informationsfreiheit, nämlich Schutzbereich und Eingriff, zu klären.

Die negative Informationsfreiheit umfasst das Recht, sich nicht zu informieren<sup>361</sup>, sich nicht zu unterrichten,<sup>362</sup> sich aufgedrängten Informationen zu verschließen<sup>363</sup> und nicht hinzuhören.<sup>364</sup> Dabei ist der Schutz vor aufgedrängten Informationen nach zutreffender Auffassung nicht auf die Abwehr von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen beschränkt, sondern umfasst ebenso individuell adressierte Informationszumutungen, auch in Form von Werbung.<sup>365</sup> Im Rahmen des Schutzes vor aufgedrängten und aufgezwungenen Informationen macht es für den Empfänger keinen Unterschied, ob ein Zwang besteht, sich aus einer allgemein zugänglichen Quelle zu unterrichten oder eine Information aus einer nur individuell zugänglichen Quelle aufzunehmen.<sup>366</sup>

Es fragt sich, ob die negative Informationsfreiheit darüber hinaus auch das Recht beinhaltet, „in Ruhe gelassen zu werden“.<sup>367</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat einen Anspruch „in Ruhe gelassen zu werden“ nur aus dem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelten verfassungsrechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet.<sup>368</sup> Die Literatur geht ebenfalls davon aus,

<sup>358</sup> So Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 90 f., 128.

<sup>359</sup> Vgl. allgemein zur Frage der Drittwirkung der Grundrechte: v. Münch- v. Münch, Vorb. Art. 1-19 GG, Rdn. 28 ff.

<sup>360</sup> Verneinend: Sachs-Bethge, Art. 5 GG, Rdn. 59, „die Informationsfreiheit ist staatsgerichtet“; AG Kiel, MMR 2000, 51, 53. Zweifelnd: LG Kiel, JurPC Web-Dok. 166/2000, Abs. 11, S. 5. Bejahend: z.B.: Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 124.

<sup>361</sup> Maunz/Düring-Herzog, Art. 5 Abs. I, II GG, Rdn. 40.

<sup>362</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 128; Götzfried, Das Recht nicht zu hören zu müssen, NJW 1963, 1961, 1962.

<sup>363</sup> Dreier-Schulze-Fielitz, a.a.O., Art. 5 I, II GG, Rdn. 63; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 26.

<sup>364</sup> AG Kiel, MMR 2000, 51, 53. Unklar: v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 18, der dieses Recht der negativen Meinungsfreiheit zuordnen möchte. Götzfried, Das Recht, nicht zu hören zu müssen, NJW 1963, 1961, 1962, die „auf jeden Fall“ eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 GG annimmt.

<sup>365</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 130, 133, 136, der darauf hinweist, dass die negative Grundrechtsfreiheit kein logisches Gegenstück der positiven Grundrechtsfreiheit sei, (str).

<sup>366</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 136.

<sup>367</sup> So Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1340; LG Kiel, K&R 2000, 514, 516, das allerdings im Ergebnis einen Verstoß gegen die negative Informationsfreiheit ablehnt; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 131, der aber Lärm aus dem Schutzbereich ausschließen möchte. Ablehnend: AG Kiel, MMR 2000, 51, 53.

<sup>368</sup> Leading case: BVerfGE 27, 1, 6 („Mikrozensus“); siehe auch BVerfGE 44, 197, 203 („politische Betätigung eines Soldaten in der Kaserne“).

dass das „Recht in Ruhe gelassen zu werden“ vom Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst werde.<sup>369</sup>

Die Annahme, dass auch die negative Informationsfreiheit ein Recht „in Ruhe gelassen zu werden“ beinhalte, überdehnt den Schutzbereich des Informationsgrundrechts. Da der gemeinschaftsbezogene Mensch nicht in der „Wolkenhülle der Pallas Athene über die Erde schreiten kann“,<sup>370</sup> kann die negative Informationsfreiheit nicht gegen jegliche Konfrontation mit Informationsquellen schützen. Wollte man in jeder mehr oder weniger unerwünschten Kommunikation immer schon einen unerlaubten Eingriff sehen, so wäre ein solcher „Kommunikationsangriff“ im Ansatz auch schon zu bejahen, wenn etwa Reisende auf dem Bahnhof von Stadtstreichern auf Kleingeld angesprochen werden. Auch hier ist mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass der Empfänger das Ansinnen offenkundig ablehnt.<sup>371</sup> Die negative Informationsfreiheit umfasst daher nicht auch ein Recht „in Ruhe gelassen zu werden“.

Es fragt sich, ob die Zusendung unaufgeforderter E-mail-Werbung einen Eingriff in den Schutzbereich darstellt. Die negative Informationsfreiheit bietet Schutz vor dem Zwang zur Informationsaufnahme, also der Erzwingung der sinnlich-geistigen Wahrnehmung von Informationen.<sup>372</sup> Ein solcher Zwang liegt nicht nur bei der Ausübung unmittelbaren Zwanges in Form von Handlungsgeboten und -befehlen vor, sondern ist auch bei einer faktischen Beeinträchtigung durch ein unentrinnbares Aufdrängen von Informationen anzunehmen.<sup>373</sup> Ein Eingriff würde daher vorliegen, wenn für den Empfänger der E-mail-Werbung ein Zwang bestehen würde, die eingegangene Werbung auch zu lesen. Einen solchen Zwang gibt es indessen ebenso wenig wie eine Verpflichtung, im Fernsehen verbreitete Werbung anzusehen.<sup>374</sup>

Sieht man einmal von den Fällen ab, in denen der kommerzielle Charakter einer E-mail bewusst verschleiert wird, kann der Empfänger in vielen Fällen bereits anhand der Absenderbezeichnung und der Betreffzeile der Posteingangsliste eine Werbe-E-mail als solche identifizieren und sofort löschen.<sup>375</sup> Zumindest sieht er spätestens bei der Lektüre der Einleitungssätze der E-mail, dass es sich um Werbung handelt und

<sup>369</sup> Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 57; Erman-Ehmann, Anh. § 12 BGB, Rdn. 93

<sup>370</sup> Erman-Ehmann, Anhang zu § 12 BGB, Rdn. 374; Kohler, Kunstwerkrecht 1908, S. 158 f.: Niemand habe „das Recht zu sagen, er wandle mit der Wolkenhülle der Pallas Athene in der Welt herum, und es sei verboten, den gespenstigen Schein zu zerstören, der sich um ihn hülle“, zit. nach Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 136.

<sup>371</sup> So AG Kiel, MMR 2000, 51, 53 (Unerwünschte E-mail-Werbung an Private).

<sup>372</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 137, 145; Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht, S. 221; Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 359; im Ergebnis ebenso: AG Kiel, MMR 2000, 51, 53; LG Kiel, K&R 514, 516.

<sup>373</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 137; Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 224. Siehe auch in rechtsvergleichender Hinsicht die vom amerikanischen Supreme Court entwickelte „captive audience“-Doktrin, ausführlich dargestellt bei Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 101 ff.

<sup>374</sup> So auch Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht, S. 221, für den Fall der Zusendung unerwünschter Telefax-Werbung.

<sup>375</sup> Im Fall, den das AG und das LG Kiel zu entscheiden hatten, war die Sendung mit dem Betreff „OnlineMarketing-Partnerschaft“ versehen, vgl. MMR 2000, 51, 53.

kann die E-mail ohne weiteres löschen, ohne zum Weiterlesen verpflichtet zu sein. Daher ist der Ansicht *Fenchels* nicht zu folgen, der im Fall ungekennzeichneter E-mails einen nicht unerheblichen faktischen Zwang zur Informationsaufnahme annimmt.<sup>376</sup> Da der Umworbene somit das Kommunikationsangebot ohne weiteres ablehnen und ignorieren kann, liegt insofern kein Eingriff in die negative Informationsfreiheit vor.

Ein Eingriff in die negative Informationsfreiheit könnte sich jedoch aus einem anderen Gesichtspunkt ergeben. Der Empfänger muss die E-mail selbst oder zumindest ihre Kopfzeile<sup>377</sup> auf seinen Computer herunterladen. Er ist daher gezwungen, die Werbe-E-mail zumindest teilweise entgegen zu nehmen. Anderes als bei Werbung auf Plakaten oder im Fernsehen kann sich der Umworbene dem Einfluss dieser Direktwerbung nicht dadurch entziehen, dass er sie ignoriert.<sup>378</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob nicht allein der Zwang zur Informationsaufnahme einen Eingriff in die negative Informationsfreiheit darstellt, sondern ob ein solcher darüber hinaus schon beim Zwang zur Entgegennahme einer Information angenommen werden kann. Der Empfänger wird hier dazu gezwungen, eine Information in seinen Machtbereich gelangen zu lassen. Eine solche, der eigentlichen geistigen Informationsaufnahme vorgelagerte Ebene ist überhaupt nur denkbar, wenn die Mitteilung entweder in Form von Schriftstücken verkörpert ist oder - wie im Fall der E-mail - der Empfänger zur Entgegennahme der Information über bestimmte technische Einrichtungen verfügen muss.<sup>379</sup>

Ob die erzwungene Entgegennahme von Informationen einen Eingriff in die negative Informationsfreiheit darstellen kann, hängt von der Reichweite der negativen Informationsfreiheit ab. Der Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit darf nicht spiegelbildlich zur Gewährleistung der positiven Grundrechtsfreiheit bestimmt werden.<sup>380</sup> Dort setzt der Schutz bereits beim Empfang, bei der Entgegennahme der Information ein.<sup>381</sup> Die negative Komponente der Informationsfreiheit ist vielmehr durch den Schutzzweck der Informationsfreiheit zu bestimmen. Ebenso wie die anderen Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG dient die Informationsfreiheit der Gewährleistung freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung.<sup>382</sup> Nur wenn die freie Meinungsbildung auch durch die erzwungene Entgegennahme von Informationen beeinträchtigt wird, ist der besondere Schutz der negativen Informationsfreiheit geboten und gerechtfertigt.<sup>383</sup>

<sup>376</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 187, 189. Unzutreffend ist auch die Ansicht von Schmittmann, CR 2000, 851, 852, der wohl einen Eingriff in die negative Informationsfreiheit bejaht, diesen dann aber mit Kosten- und Zeitargumenten begründet.

<sup>377</sup> Dies ist abhängig von dem bei der Abholung verwendeten Protokoll, POP3 oder IMAP4.

<sup>378</sup> Vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1144.

<sup>379</sup> Vgl. Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 145, 146.

<sup>380</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 146.

<sup>381</sup> BVerfGE 27, 71, 82.

<sup>382</sup> BVerfGE 57, 295, 319 („FRAG“); Bleckmann, Die Grundrechte, § 26, Rdn. 32; Sevecke, „Schockwerbung“ der Firma Benetton verstößt nicht gegen § 1 UWG, AfP 2001, 179, 187.

<sup>383</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 146.

In einer Mediengesellschaft heutigen Zuschnitts ist der Empfänger einer Informationsflut ausgesetzt, der er sich nicht erwehren kann. Von den unzähligen Informationen werden mitunter viele nur flüchtig wahr- und aufgenommen. Die zunehmende Reizüberflutung führt dazu, dass ein Großteil der Umworbenen Werbeinformationen sogar bewusst ignoriert. Wenn daher in vielen Fällen die Umworbenen ihre Meinungsbildung durch eine erzwungene Informationsaufnahme nicht beeinflussen lassen, dann erscheint es nicht gerechtfertigt, schon der erzwungenen bloßen Entgegennahme einer Information einen die freie Meinungsbildung beeinträchtigenden Charakter zuschreiben zu wollen. Negative Informationsfreiheit bedeutet daher, sich sachlich nicht informieren zu müssen, ein bestimmtes Kommunikationsangebot grundlos ablehnen bzw. ignorieren zu dürfen. Sie beinhaltet aber nicht das Recht, überhaupt von jedem Kommunikationsangebot verschont zu bleiben. Eine erzwungene Entgegennahme von Informationen stellt daher keinen Eingriff in den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit dar. Durch die Zusendung unaufgeforderter E-mail-Werbung wird die negative Informationsfreiheit nicht verletzt.

### 3.1.1.3. Verletzung der positiven Informationsfreiheit

An einen Eingriff in die positive Informationsfreiheit könnte dann zu denken sein, wenn es aufgrund einer durch eine Vielzahl von E-mail-Werbeschreiben verursachten Verstopfung der Mailbox zu Datenverlusten kommt. Der dem Benutzer von seinem Provider zur Verfügung gestellte Speicherplatz ist beschränkt. Wenn die Speicherkapazität erschöpft ist, werden nachfolgend eingehende E-Mails mit einer Fehlermeldung an den Absender zurückgesandt.<sup>384</sup> Ob der massenhafte Versand werbender E-mails tatsächlich zu einem Überlaufen der Mailbox führen kann, braucht an dieser Stelle noch nicht erörtert zu werden. Hier geht es zunächst um die rechtliche Frage, ob in einem solchen Fall die positive Komponente der Informationsfreiheit berührt würde.

Der Empfang von E-mails müsste vom Schutzbereich der positiven Informationsfreiheit umfasst sein. Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz GG schützt die Unterrichtung aus „allgemein zugänglichen Quellen“. Informationsquellen sind alle denkbaren Träger von Informationen. Gleichgültig ist, ob die Informationen Tatsachen oder Meinungen betreffen und ob sie sich auf öffentliche oder private Angelegenheiten beziehen.<sup>385</sup> Die Informationsquelle ist der herrschenden Meinung zufolge „allgemein zugänglich“, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. Beispiele hierfür sind insbesondere Presse, Rundfunk, Fernsehen und sonstige Massenkommunikationsmittel.<sup>386</sup> Ein Privatbrief gehört nicht zu den „allgemein zugängli-

<sup>384</sup> Jankowski, K&R 2000, 499, 502.

<sup>385</sup> Bleckmann, Die Grundrechte, § 26, Rdn. 33; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rdn. 562.

<sup>386</sup> BVerfGE 27, 71, 83; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 22.

chen Quellen“<sup>387</sup>, da es sich bei ihm um eine Information mit nur individueller Bestimmung handelt.<sup>388</sup> Ein private E-mail ist mit einem Privatbrief vergleichbar. Entsprechendes gilt für eine individuell adressierte geschäftliche E-mail. Deren Urheber hat die in ihr enthaltene Information auch nicht für die Allgemeinheit bestimmt. Ein Schutz des Empfängers von individuell adressierten E-mails durch Art. 5 Abs. 1 S.1 GG scheidet demzufolge unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung aus.

Demgegenüber wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass eine Information auch aus nicht allgemein zugänglichen Quellen durch das Grundgesetz geschützt wird, sofern die Information freiwillig geäußert wurde.<sup>389</sup> Dieser Ansicht zufolge ist der Empfang einer individuell adressierten E-mail vom Schutzbereich des Informationsgrundrechts erfasst.

Für diese Auffassung spricht, dass bei den neuen Medien und dem Internet die Grenze zwischen Individual- und Massenkommunikation durch die individuelle Abrufbarkeit gleichartiger Informationsinhalte und durch die Möglichkeit einer dialogischen Kommunikation zunehmend verwischt wird. Die kommunikative Entfaltung und die Meinungsbildung müssen aber auch unter diesen Umständen wirksam geschützt werden.<sup>390</sup> Ihr ist aber entgegenzuhalten, dass bereits eine den Wandlungen in der Kommunikationssituation Rechnung tragende Auslegung des Begriffs der Allgemein zugänglichkeit den Schutzzweck der Informationsfreiheit verwirklichen kann.<sup>391</sup> Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Beschränkung der Informationsfreiheit muss hierfür nicht aufgegeben werden. Des weiteren steht durchaus nicht fest, ob die Empfangsfreiheit, der Wissensdurst und die Neugier des einzelnen wirklich so absolut gestellt sind, dass dahinter von vorneherein Begrenzungsinteressen des Autors zurückstünden,<sup>392</sup> der die Information gerade nicht für die Allgemeinheit bestimmt hat. Daher ist an der von der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung festzuhalten. Der Empfang von individuell adressierten E-mails wird grundsätzlich nicht vom Schutzbereich der positiven Informationsfreiheit erfasst.

In bestimmten Fällen kann jedoch auch unter Zugrundelegung der herrschenden Ansicht der Empfang von E-mails von der positiven Informationsfreiheit geschützt sein. So verlieren „von Natur aus allgemein zugängliche Informationsquellen“<sup>393</sup>, wie etwa Presseerzeugnisse und sonstige Massenkommunikationsmittel, diese Eigenschaft nicht dadurch, dass sie individuell per Post verschickt werden.<sup>394</sup> Es ist auf die Gesamtauflage abzustellen und nicht auf das an einen namentlich benannten Empfänger

<sup>387</sup> BVerfGE 35, 311, 315; Maunz/Düring-Herzog, Art. 5 Abs. I, II GG, Rdn. 92.

<sup>388</sup> Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 329.

<sup>389</sup> Bleckmann, Die Grundrechte, § 26, Rdn. 38; AK-Hoffmann-Riem, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 86 ff., 91; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 135, für die Fälle einer nur formalen Individualkommunikation, etwa bei Verwendung neuer dialogischer Medien.

<sup>390</sup> AK-Hoffmann-Riem, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 87.

<sup>391</sup> Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 336 f.

<sup>392</sup> Isensee/Kirchhof-Schmidt-Jortzig, Handbuch des Staatsrechts IV, § 141, Rdn. 32.

<sup>393</sup> Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 329.

<sup>394</sup> BVerfGE 27, 71, 83.

versandte Einzelexemplar.<sup>395</sup> Gerade beim Internet gewinnt der Gedanke an Bedeutung, dass die individuelle Abrufbarkeit von Informationsinhalten, die sich an die Allgemeinheit wenden, die Allgemein zugänglichkeit nicht aufhebt. Die zu den Massenkommunikationsmitteln entwickelten Gesichtspunkte gelten auch hier.<sup>396</sup> Sie können auch bei der E-mail-Funktion relevant werden. Der Nutzer kann eine Mailing-Liste<sup>397</sup> abonniert haben und in regelmäßigen Abständen E-mails zugesandt bekommen. In vielen Fällen genügt für die Teilnahme an einer Mailing-Liste das Absenden eines einfachen Befehls, ohne dass Zugangskriterien erfüllt werden müssten. Solche E-mail-Listen stehen einem unbegrenzten Teilnehmerkreis offen und sind „allgemein zugängliche“ Quellen i. S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>398</sup> Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Nutzer eine Zeitschrift abonniert hat und ihm diese zugesandt wird oder ob er durch E-mail-Listen einen entsprechenden Newsletter regelmäßig erhält.<sup>399</sup>

Sollten daher Werbe-E-mails den elektronischen Briefkasten tatsächlich blockieren und den Nutzer dadurch am Empfang eines Newsletters oder von einer E-mail-Liste stammenden E-mails hindern, läge ein Eingriff in die positive Komponente der Informationsfreiheit vor. Da überhaupt keine Informationsaufnahme mehr möglich wäre, würde es sich um eine schwerwiegende Beeinträchtigung handeln. In einem solchen Fall würde die Informationsfreiheit des Nutzers das wirtschaftliche Gewinnstreben des Werbenden überwiegen. Es wäre von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen. Sollte der Empfänger demgegenüber nur an dem Empfang privater und geschäftlicher E-mails durch eine Verstopfung der Mailbox gehindert sein, würde ein Eingriff in das Grundrecht der Informationsfreiheit ausscheiden, da keine „allgemein zugänglichen“ Quelle vorliegt. Der Gesichtspunkt des Eingriffs in die Informationsfreiheit würde daher nur in einigen Fällen die Wettbewerbswidrigkeit der E-mail-Werbung begründen. Er kann daher nicht als ein allgemeingültiges Kriterium dienen. Im Folgenden soll daher versucht werden, für die Unlauterkeit der E-mail-Werbung generell geltende Gesichtspunkte heranzuziehen.

---

<sup>395</sup> BVerfGE 27, 71, 85; Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdn. 329.

<sup>396</sup> Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rdn. 335.

<sup>397</sup> Mailing-Listen sind eine spezielle Art von E-mail-Adressen, die jede eingehende Mail von Mitgliedern, die zu dieser Mailing-Liste gehören, weiterschickt. Oft sind solche Mailing-Listen themenbezogen und nach Interessengruppen geordnet.

<sup>398</sup> So auch Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343.

<sup>399</sup> Roßnagel-Spindler, Recht der Multimedia Dienste, § 2 TDG, Rdn. 79, für die Abgrenzung zwischen Tele- und Mediendiensten.

### 3.1.1.4. Kostenbelastung für den Empfänger

Gegen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der E-mail-Werbung wird häufig angeführt, dass es sich bei ihr um eine Werbung auf Kosten des Adressaten handeln würde.<sup>400</sup> Spürbare Kosten, die die Werbung bei dem Empfänger auslösen, sind ein Gesichtspunkt, der eine Werbemethode wegen der darin liegenden Belastung unzulässig machen kann.<sup>401</sup> Es fragt sich, ob und in welchem Ausmaß bei der E-mail-Werbung Kosten für den Adressaten entstehen können.

Anders als bei der Telefax-Werbung fallen bei der Werbung per E-mail weder Papier- noch Tonerkosten an, da E-mails in aller Regel am Bildschirm gelesen werden und daher ein Ausdruck entbehrlich ist.<sup>402</sup> Eine Belastung durch Stromkosten scheidet bei der E-mail-Werbung ebenfalls aus.<sup>403</sup> In der Regel kosten Werbe-E-mails bereits deshalb keinen zusätzlichen Strom, weil die Rechner aus anderen betrieblichen oder persönlichen Gründen eingeschaltet sind. Schließlich belastet der Werben- de den Empfänger - anders als bei der Telefax-Werbung<sup>404</sup> - auch nicht mit anteiligen Wartungskosten. Es ist nicht ersichtlich, dass unter Berücksichtigung der kurzen Übertragungszeiten durch den Empfang einer E-mail ein Verschleiß des Computers eintritt.

Teile der Rechtsprechung und der Literatur begründen die Unzulässigkeit der E-mail-Werbung mit der finanziellen Belastung des Beworbenen durch Telefon- und Providergebühren.<sup>405</sup> Es fragt sich, ob diese Auffassung zutrifft.

Internet-Provider berechnen ihre Dienste in Deutschland überwiegend zeitabhängig. Die Gebührenmodelle sind sehr unterschiedlich und für den Nutzer kaum noch zu überschauen.<sup>406</sup> Zur Zeit kostet eine Online-Minute zwischen 1,9 und 4,9 Pfennigen,

<sup>400</sup> Vgl. z.B.: Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, S. 5, 36; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, 17, 21; Strömer, Online-Recht, S. 140; Schrey, K&R 1998, 222, 223; Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371, 381; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 50; Bechtold, ZUM 1997, 427, 439; Härtling, Internetrecht, Rdn. 266.

<sup>401</sup> BGHZ 59, 317, 322 („Telex-Werbung“); Raeschke-Kessler/Schroeder, FS für Piper, S. 399, 409; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 107.

<sup>402</sup> So auch LG Traunstein, NJW 1998, 1648; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21; Leupold, WRP 1998, 270, 276; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 592.

<sup>403</sup> Jankowski, K&R 2000, 499, 502, hat für eine E-mail Stromkosten von DM 0.00321 DM errechnet. Im Ergebnis ebenso: Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197; Funk, CR 1998, 411, 419; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21.

<sup>404</sup> So für die Telefax-Werbung: BGH, GRUR 1996, 208, 209 („Telefax-Werbung“); Schmittmann, Anm. zum Urteil des OLG Oldenburg, CR 1998, 288, 289; Steckler, GRUR 1993, 865, 872.

<sup>405</sup> So z.B.: LG Berlin, NJW 1998, 3208; MMR 1999, 43, MMR 2000, 571; MMR 2000, 704 (zu §§ 823, 1004 BGB); CR 2000, 622 (zu §§ 823, 1004 BGB); LG Ellwangen, K&R 2000, 41, 42; Boehme-Neßler, ZUM 2001, 547, 553; Koch, Internet-Recht, S. 285; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343; Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, 5, 36; Bechtold, Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, 427, 439; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 167; Schad, WRP 1999, 243; Härtling, Internetrecht, Rdn. 266.

<sup>406</sup> Vgl. z.B. die Provider-Übersicht unter URL: <http://www.onlinekosten.de>.

wobei die kleinste Einheit eine Dauer von 60 Sekunden umfasst. Hinzu kommen eventuell einmalige Einwahlkosten.<sup>407</sup> In aller Regel stellt der Anbieter die Kosten für die Telefonverbindung und die Internetnutzung gemeinsam in Rechnung.<sup>408</sup> Dies war in der Vergangenheit anders und erklärt die teilweise vorzufindende Argumentation, dass der Empfänger mit Telefongebühren belastet werde.<sup>409</sup> Tarifmodelle, bei denen sich die Provider jedes übertragene Byte der empfangenen Mitteilungen bezahlen lassen,<sup>410</sup> gibt es heute - soweit ersichtlich - nicht mehr.<sup>411</sup>

Bei der Kostenanalyse ist zu berücksichtigen, dass die technischen Voraussetzungen bei den E-mail-Benutzern sehr unterschiedlich sind. Allgemeingültige Aussagen zur Höhe der anfallenden Kosten lassen sich daher nicht treffen. Sofern der Internet-Provider dem Nutzer die Möglichkeit bietet, zuerst nur die Kopfzeilen der E-mails herunterzuladen, kann dieser als unerwünscht erkannte E-mails direkt auf dem Server des Providers zu löschen, ohne diese komplett herunterladen zu müssen. Der Nutzer kann so Online-Zeit und Kosten sparen. Allerdings dürfte auch heute noch die Zahl der Internet-Provider überwiegen, die dem Nutzer allein den Download der gesamten E-mail auf den Computer gestatten.<sup>412</sup> Hinzu kommt, dass sich Werbe-E-mails auch nicht immer anhand der Kopfzeile als solche identifizieren lassen. Sobald der Nutzer die E-mail vollständig auf seinen Computer heruntergeladen hat, kann er die Verbindung zum Internet-Provider wieder trennen und die E-mail „offline“ lesen. Die Annahme des *LG Berlin*,<sup>413</sup> dass E-mails nur gelesen werden können, während der Empfänger „online“ ist, ist daher in der Regel unzutreffend. Die für den Empfänger entstehenden Kosten resultieren daraus, dass der Abruf aller neu eingegangenen E-mails vom Mail-Server länger dauern kann, wenn Werbe-E-mails eingegangen sind. Diese Kosten liegen jedoch bei einfachen Textnachrichten selbst unter Zugrundelegung normaler technischer Standards im kaum kalkulierbaren Bereich.<sup>414</sup> Die Kritik der Literatur, dass von den Gerichten ohne nähere Beleuchtung eine Kostenbelastung des Empfängers unterstellt werde, scheint daher nicht ganz unbegründet zu sein.<sup>415</sup>

<sup>407</sup> Jankowski, K&R 2000, 499, 501.

<sup>408</sup> Jankowski, K&R 2000, 499, 500.

<sup>409</sup> So bei *LG Berlin*, NJW 1998, 3208; MMR 1999, 43, MMR 2000, 571; CR 2000, 622 (§§ 823, 1004 BGB); *LG Ellwangen*, K&R 2000, 41, 42; Koch, Internet-Recht, S. 285; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343; Bechtold, Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, 427, 439; Schad, WRP 1999, 243; Härting, Internetrecht, Rdn. 266; Ernst, BB 1997, 1057, 1060; ders, VuR 1997, 259, 262.

<sup>410</sup> Eine Kostenbelastung unter diesem Gesichtspunkt nehmen die folgenden Autoren an: Strömer, Online-Recht, S. 140; Bechtold, ZUM 1997, 427, 439; Hoeren/Sieber-Waldenberger, Handbuch Multimedia Recht, Fach 13.4, Rdn. 80.

<sup>411</sup> Eine Ausnahme besteht bei Internet via Satellit mit SkyDSL. Hier fallen volumenabhängige Gebühren für höhere Transferraten an. Dieser Internetzugang ist bislang wenig verbreitet., vgl. Puscher „SkyDSL contra T-DSL, Internet World, Heft 7/2000, S. 132 ff.

<sup>412</sup> Vgl. Hitzig, IMAP4, Zeit für die Wachablösung, Internet World 2000, Heft 9, S. 129.

<sup>413</sup> *LG Berlin*, CR 1998, 499.

<sup>414</sup> Vgl. zur Kostenberechnung: Jankowski K&R 2000, 499, 501, der bei einer sekundengenauen Abrechnung für eine E-mail Kosten zwischen 0,06 und 1,39 Pfennigen ermittelt. Im Ergebnis ebenso: *LG Traunstein*, NJW 1998, 1648; *LG Braunschweig*, MMR 2000, 50, 51; Leupold / Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 594; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 477; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145.

<sup>415</sup> Jankowski, K&R 2000, 499.

Es fragt sich, ob die Kostenbelastung des Empfängers unverlangter E-mails tatsächlich ein „Scheinargument“<sup>416</sup> ist. Hierfür spricht, dass die mit dem Empfang einer einzelnen Werbe-E-mail verbundenen Gebühren gering sind. Andererseits können dem Empfänger dann erhebliche Kosten entstehen, wenn er mit E-mail-Werbung überhäuft wird.<sup>417</sup> Eine relevante Kostenbelastung lässt sich daher mit Hilfe des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr durch Mitbewerber begründen. E-mail-Werbung bietet Werbetreibenden die Möglichkeit, mit geringem finanziellen Aufwand eine Vielzahl von Adressaten zu erreichen. Es ist daher zu befürchten, dass diese mit Werbebotschaften überflutet würden, wenn die unverlangte Zusendung von E-mails zu Werbezwecken gestattet würde.<sup>418</sup> Diese Gefahr besteht vor allem bei den kostenlosen webbasierten E-mail-Accounts,<sup>419</sup> bei denen der Nutzer über die Webseite des Anbieters im Internet auf seine E-mails zugreift, und die sich gerade bei Privatpersonen großer Beliebtheit erfreuen. Diese E-mail-Dienste sind bereits heute einer zunehmenden E-mail-Werbeflut ausgesetzt.<sup>420</sup>

Mit dem massenhaften Versenden von E-mail-Werbung geht auch eine erhebliche Kostenbelastung der Provider einher. Diese Kosten müssen letztlich über die Teilnehmergebühren von den Anschlussinhabern bezahlt werden.<sup>421</sup> Sofern man mit der herrschenden Meinung die Gefahr einer Nachahmung durch Mitbewerber berücksichtigt, stellt die E-mail-Werbung wegen der mit ihrem Empfang verbundenen Kostenbelastung eine unzumutbare Belästigung des Werbeadressaten dar.

### 3.1.1.5. Belegung des Telefonanschlusses

Es fragt sich, ob die Unzulässigkeit der E-mail-Werbung mit dem Argument begründet werden kann, dass der Telefonanschluss des Teilnehmers in der Zeit besetzt sei, in der er die Werbe-E-mail von der Mailbox auf seinen Computer herunterlädt. Dem im Schrifttum vorzufindenden Argument, dass wegen der zunehmenden Verbreitung von ISDN-Anschlüssen mit mehreren Rufnummern der Teilnehmer auch dann telefonisch erreichbar bleibt, wenn er seine E-mails herunterlädt,<sup>422</sup> ist für den geschäftlichen Bereich zu folgen. Wegen der Bedeutung der E-mail als Kommunikationsmittel im Geschäftsverkehr<sup>423</sup> ist es gängige Praxis, über ausreichende

---

<sup>416</sup> Jankowski, K&R 2000, 499.

<sup>417</sup> Im Ergebnis ebenso: Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 167; Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 12, Fn. 38.

<sup>418</sup> So auch Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196, 200; Schad, WRP 1999, 243, 244; Hoeren/Oberscheid, VuR 1999, 371, 381; Hoeren, WRP 1997, 993, 995.

<sup>419</sup> Als Beispiel sind Hotmail, Gmx, Web.de, Lycos und Yahoo zu nennen.

<sup>420</sup> Zielscheibe von Werbenden ist insbesondere der Dienst „Hotmail“.

<sup>421</sup> So Schrey, Anm. zu LG Traunstein, K&R 1998, 222, 224.

<sup>422</sup> Leupold, WRP 1998, 270, 277; Leupold/Pfeiffer/Bräutigam, WRP 2000, 575, 593.

<sup>423</sup> Brandenburg, Rufschädigung durch E-Mails?, FAZ vom 15.05.2001, Nr. 112, S. B 10, weist darauf hin, dass mittlerweile mehr als ein Drittel aller Geschäftsvorgänge auf elektronischem Weg abgewickelt werden.

Kommunikationsanlagen zu verfügen, die eine parallele Benutzung von E-mail und Telefon zulassen.

Eine nennenswerte Beeinträchtigung durch die Belegung des privaten Telefonanschlusses für die Dauer des Abrufs der E-mails kann nicht angenommen werden. Der Privatperson steht es frei, wann sie ihre E-mails empfangen möchte. Sie wird in der Regel keine Zeiten wählen, in denen sie wichtige Anrufe erwartet oder tätigen will.

### 3.1.1.6. Blockierung des Speichers

Vielfach wird zur Begründung der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit der E-mail-Werbung geltend gemacht, dass der dem Nutzer vom Internet-Provider eingeräumte Speicherplatz für eingehende E-mails begrenzt sei. Der Gesichtspunkt der Blockade des Kommunikationsmittels führe wie bei der Telex- und Telefax-Werbung zum Unlauterkeitsurteil, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen geschäftlichen oder privaten E-mail-Anschluss handele.<sup>424</sup>

Es ist zutreffend, dass eine Erschöpfung der Speicherkapazität entgegen der Ansicht des *LG Traunstein*<sup>425</sup> und Stimmen in der Literatur<sup>426</sup> durchaus möglich ist. Dem Benutzer von T-Online steht beispielsweise ein Speicherplatz von 5 MB zur Verfügung. Obwohl Gewerbetreibende typischerweise über wesentlich größer dimensionierte E-mail-Accounts verfügen, kann bei einer Überflutung durch unerwünschte Informationen auch deren Speicherkapazität erschöpft werden.<sup>427</sup> Wenn das Kontingent überschritten wird, können weitere E-mails nicht mehr in der Mailbox gespeichert werden. Der Absender erhält hierüber einen Vermerk.<sup>428</sup> Die Zusendung größerer Mengen von E-mail-Werbung an eine E-mail-Adresse kann dazu führen, dass wichtige E-mails den Empfänger nicht erreichen. Dieser wird durch die Werbung an der bestimmungsgemäßen Nutzung seines Kommunikationsmittels gehindert.

Es fragt sich, ob durch die Kennzeichnung kommerzieller elektronischer Post als Werbung eine Blockade des Speichers auf zumutbarer Weise verhindert werden kann. *Schmittmann*<sup>429</sup> schlägt vor, alle Versender von E-mail-Werbung zu verpflichten.

<sup>424</sup> Vgl. z.B.: Boehme-Neßler, ZUM 2001, 547, 553; Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196, 200; Ernst, BB 1997, 1057, 1060; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 50; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 32 sowie Waldenberger, Fach 13.4, Rdn 79; Hoeren/Oberscheid, VuR 1999, 371, 381. Dieses Argument erkennt sogar Reichelsdorfer an: GRUR 1997, 191, 197.

<sup>425</sup> LG Traunstein, NJW 1998, 1648.

<sup>426</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145; Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht, S. 387; Jankowski, K&R 2000, 499, 502; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 167.

<sup>427</sup> Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2000, 10, 16.

<sup>428</sup> So die Information von T-Online, abzurufen unter:

URL: <http://www.t-online.de/service/index/kemsvxaa.htm>, (letzte Abfrage vom 2.08.2001).

<sup>429</sup> Schmittmann, CR 1998, 499, 500; ders. MMR 1998, 53, 54. So auch Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1148; Heermann, K&R 1999, 6, 12, 13; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 168; Leupold, WRP 1998, 270, 279; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 593 f.

ten, E-mails mit werbendem Inhalt in der Kopfzeile, dem sog. „Header“, als „commercial“ oder ähnliches zu kennzeichnen, damit der Empfänger den Provider anweisen kann, diese Nachrichten auf dem Server vor ihrer Abspeicherung im E-mail-Account zu löschen. Sollten Nachrichten, die eindeutig Werbung enthalten, ohne diesen Zusatz verschickt werden, wäre nach seiner Auffassung die Unlauterkeit zu bejahen.

Zwar lassen sich auf Server-Ebene ohne weiteres Filtersysteme installieren, die auf bestimmte Schlüsselwörter reagieren,<sup>430</sup> sie lösen jedoch das „Spamming“-Problem nicht zufriedenstellend. Einerseits fehlt es an international standardisierten Erkennungszeichen für gewerbliche E-mails, so dass nicht alle Werbe-E-mails zuverlässig erkannt werden können. Andererseits besteht die Gefahr, dass auch erwünschte E-mails automatisch herausgefiltert werden.<sup>431</sup> Es ergeben sich auch praktische Schwierigkeiten. So kann es durchaus möglich sein, dass in bestimmten Fällen ein Interesse an informativer Werbung besteht. Soll der Nutzer dann jedes Mal seinen Provider kontaktieren müssen, um bestimmte gewerbliche E-mails erhalten zu können? Im Ergebnis könnten Werbetreibende selbst E-mail-Marketing auf Wunsch des Kunden, sog. Permission Marketing,<sup>432</sup> nur noch unter erschwerten Bedingungen durchführen.

Es bestehen aber auch in rechtlicher Hinsicht Bedenken. Diese ergeben sich daraus, dass immer zuerst eine Aktivität des Adressaten erforderlich ist, der sich mit seinem Provider in Verbindung setzen muss, um von der Werbung verschont zu bleiben. Den Empfänger von Werbung trifft aber gerade keine Verpflichtung, sich aktiv gegen diese zu wehren.<sup>433</sup>

Bei der Beurteilung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der für eine Werbe-E-mail benötigte Speicherplatz gering ist, insbesondere wenn diese nur aus einem kurzen Text besteht. Die Annahme einer unzumutbaren Belästigung durch Blockierung des Speichers kann sich dann wiederum nur unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr ergeben. In Massen versandt, verstopfen auch kurze E-mails den dem Benutzer vom Provider zugewiesenen Speicherplatz.<sup>434</sup>

Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass der Benutzer ein Überquellen der Mailbox durch ein regelmäßiges Leeren derselben verhindern könne.<sup>435</sup> Von einem privaten E-mail-Nutzer kann ein tägliches Leeren nicht verlangt werden. Geschäftliche

<sup>430</sup> Feierabend, c't, Heft 7/1997, S. 102, 104. Vgl. zum Schutz auf Server-Seite auch Reibold, Kreative Werbe-Mails jenseits von Spam, Internet Professionell, Heft 3/2000, S. 82, 83.

<sup>431</sup> Vgl. das Beispiel bei Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343, Fn. 85: Der Schlüsselbegriff „Werbung“ kann etwa dazu führen, dass auch die Antwort-Post mit der Betreffzeile „Re: Ihre Bewerbung“ als unzustellbar zurückgeschickt wird.

<sup>432</sup> Vgl. Schwarz, Werbung auf Wunsch, Handelsblatt vom 14.03.2001, Nr. 52, S. B 13.

<sup>433</sup> So ausdrücklich Schmittmann selbst in Anm. zu OLG Oldenburg („Telefax-Werbung“), CR 1998, 288, 289.

<sup>434</sup> Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371, 381.

<sup>435</sup> Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 478.

E-mail-Nutzer muss man zwar als verpflichtet ansehen, ihre E-mails regelmäßig abzufragen; jedoch trifft sie nicht die Verpflichtung, eine Überfüllung der Mailbox durch inadäquaten Eingang von umfangreichem Werbematerial zu verhindern.<sup>436</sup>

E-mails mit werblichem Inhalt stellen daher unabhängig davon, ob sie als Werbesendung gekennzeichnet sind, unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Blockierung des Speichers sowohl für private als auch geschäftliche E-mail-Nutzer eine unzumutbare Belästigung dar, vorausgesetzt man berücksichtigt den Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr.

### 3.1.1.7. Aufwand an Zeit und Mühe beim Aussortieren der Werbe-E-mails

Elektronisch übertragene Werbung stellt sich für den Empfänger als ein Ärgernis besonderer Art dar. Er muss zunächst Zeit aufwenden, um die E-mails oder zumindest ihre Header vom Server herunterzuladen. Danach muss er seine eingegangenen E-mails nach individuellen Nachrichten und Werbung selektieren. Dies kostet ihn wiederum Zeit und Mühe. Die Inanspruchnahme fremder Zeit zur Erzielung eines eigenen Werbeerfolges kann selbst im Fall einer umworbenen Privatperson zur Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung führen, auch wenn sich die zur Bearbeitung der fremden Werbung aufgewendete Zeit nicht in anteiligen Lohn- und Lohnnebenkosten ausdrücken lässt.<sup>437</sup> Der Werbende kann von einer Privatperson nicht verlangen, dass sie erhebliche Zeit in die Vernichtung unerwünschter Werbung investiert. So begründete der BGH die Unlauterkeit der Btx-Werbung vor allem damit, dass dem Teilnehmer ein Aufwand an Zeit und Mühe zum Aussortieren der Werbung aufgezwungen würde. Allerdings betonte er auch, dass seine Bedenken zur Wettbewerbswidrigkeit entfielen, wenn die Möglichkeit geschaffen würde, Werbemitteilungen schon anhand des Inhaltsverzeichnisses ohne weiteres als solche zu identifizieren und ohne vorherigen Abruf und Bildaufbau auf dem Bildschirm zu löschen.<sup>438</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze wird teilweise unverlangte E-mail-Werbung als zulässig angesehen, wenn sie eindeutig als solche gekennzeichnet ist.<sup>439</sup> Dieser Auffassung ist insofern zuzustimmen, dass bei einer eindeutigen Kennzeichnung in der Betreffzeile der Adressat jede Werbe-E-mail anhand des Inhaltsverzeichnisses als solche erkennen und direkt löschen kann, ohne die E-mail zuvor öffnen zu müssen. Die hierfür aufzuwendende Zeit hält sich in Grenzen.

<sup>436</sup> Vgl zu den Pflichten von E-mail-Nutzer auch Ultsch, NJW 1997, 3007, 3008.

<sup>437</sup> So auch Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 188.

<sup>438</sup> BGH, GRUR 1988, 614, 616 („Btx-Werbung“).

<sup>439</sup> LG Braunschweig, MMR 2000, 50, 51; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 168; Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht, S. 387; Leupold, WRP 1998, 270, 277; 279; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 477; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 111; Leupold / Pfeiffer/Bräutigam, WRP 2000, 575, 593; Schmittmann, MMR 1998, 53, 54; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, 17, 22; ähnlich, Bechtold, ZUM 1997, 427, 439.

Dieser Ansicht ist aber entgegengehalten, dass bei einer generellen Zulässigkeit gekennzeichnete E-mail-Werbung diese Werbemethode überhandnehmen kann.<sup>440</sup> Die Ersparnis an Zeit und Mühe durch ein Löschen der Werbebotschaft bereits aus dem Inhaltsverzeichnis heraus würde bei einer starken Zunahme von Werbebotschaften wieder zunichte gemacht.

Der verstärkte Einsatz von E-mail für wichtige Korrespondenz birgt zudem die Gefahr in sich, dass bei Aussonderung der Werbung ohne Lesen des Textes auch erwünschte Sendungen vernichtet werden.<sup>441</sup> Die E-mail ist als Kommunikationsmittel sehr viel mehr bedeutender, als es der Btx-Mitteilungsdienst gewesen ist. Die vom BGH in der Btx-Entscheidung entwickelten Grundsätze können daher nicht uneingeschränkt auf die E-mail-Werbung übertragen werden.

Schließlich vermögen auch Filtersysteme auf Nutzerebene<sup>442</sup> aus den bereits genannten Gründen den Empfang von gekennzeichneten Werbe-E-mails nicht so zuverlässig zu verhindern, dass der Nutzer in sie keine Zeit mehr investieren müsste.<sup>443</sup> Bei Filterfunktionen, die die elektronische Post in einen Ordner „Gelöschte Objekte“ verschieben, besteht die Gefahr, dass sich auch erwünschte Post dort wiederfindet. Für den Benutzer tritt keine Zeitersparnis ein, wenn er die einzelnen Ordner sicherheitshalber auf wichtige E-mails durchsucht. Hinzu kommt, dass er zuvor manuell in der Filtersoftware speichern musste, welche E-mails als Werbe-E-mails gelten sollen. Entscheidend gegen die sog. Filterlösung spricht das rechtliche Argument, dass die Möglichkeit technischer Abwehrmechanismen die Wettbewerbswidrigkeit der Versendung von E-mail-Werbung nicht beseitigt.<sup>444</sup>

Unter Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr stellen selbst gekennzeichnete Werbe-E-mails wegen des mit ihrem Empfang und ihrer Entsorgung verbundenen Arbeits- und Zeitaufwandes eine unzumutbare Belästigung des Adressaten dar.

### 3.1.1.8. Störung des Betriebsablaufs eines beruflich tätigen Werbeadressaten

Belästigende Störungen in der beruflichen Tätigkeit des Umworbenen können die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit einer Werbemaßnahme begründen.<sup>445</sup> Entgegen der Ansicht von *Busche* und *Kraft*<sup>446</sup> kann dieser Umstand von der durch die

<sup>440</sup> Spindler/Fuchs, Vertragsrecht, Rdn. 368; Hoeren, WRP 1997, 993, 995. A.A.: Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 22, die bei gekennzeichneten E-mails eine erheblich verringerte Gefahr der Nachahmung annehmen.

<sup>441</sup> So LG Traunstein, NJW 1998, 1648, 1649; ähnlich LG Berlin, CR 1998, 499 = NJW 1998, 3208.

<sup>442</sup> Zu Filterfunktionen auf Nutzerebene vgl. z.B.: Kossel, c't Heft 8/1999, S. 170, 172; Feierabend, c't Heft 7/1997, S. 102, 103, 104.

<sup>443</sup> A.A.: Leupold/Pfeiffer/Bräutigam, WRP 2000, 575, 594.

<sup>444</sup> So auch Horster/Fox/Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1.

<sup>445</sup> Vgl. BGHZ 59, 317, 320 („Telex-Werbung“), später dann auch: BGH, GRUR 1996, 208, 209 („Telefax-Werbung“).

<sup>446</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145.

Wahrnehmung und die Entsorgung des Werbeschreibens eingetretenen Belästigung getrennt und als selbständiges Argument für die Unzulässigkeit einer Werbeform angeführt werden. Die wettbewerbsrelevante Störung des Betriebsablaufs besteht darin, dass Werbeschreiben in Geschäftsabläufe geraten, in die sie normalerweise nicht gelangen und ihnen daher wesentlich mehr Beachtung geschenkt wird, als einem mit der Briefpost eingehenden Werbeschreiben, das bereits durch die Posteingangsstelle als solches erkannt und entsorgt wird.<sup>447</sup>

Bei der Btx-Werbung wurde geltend gemacht, dass der Ablauf der geschäftlichen Büroorganisation nicht unmittelbar beeinträchtigt werde. Der Btx-Teilnehmer könne frei entscheiden, wann und in welchem Umfang er Mitteilungen überprüfen möchte.<sup>448</sup>

Es fragt sich, ob sich dieses Argument auf die E-mail-Werbung übertragen lässt. Hierfür spricht, dass der Nutzer die Mailbox zu einem beliebigen Zeitpunkt leeren kann. Auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, dass sich die E-mail bei vielen Unternehmen zu einem wesentlichen in- und externen Kommunikationsmittel entwickelt hat. Vielfach ist es technisch möglich, dass sich die Mitarbeiter den Eingang einer E-mail akustisch und visuell auf dem Bildschirm anzeigen lassen können.<sup>449</sup> Weil es im geschäftlichen Bereich auf die Aktualität der Nachricht ankommt, ist ein solches Vorgehen durchaus üblich.<sup>450</sup> Da die Übermittlung von Werbe-E-mails zu beliebigen Bürozeiten erfolgen kann, stellen Werbe-E-mails eine ständige Quelle der Arbeitsunterbrechung dar. Dies kann sich auf den Arbeitsablauf störend auswirken. Weil Werbe-E-mails in vielen Fällen direkt an den Arbeitsplatz gelangen, dringen sie in starkem Maße in den Betriebsablauf ein. In kleinen Unternehmen ist es nicht unwahrscheinlich, dass eine werbende E-mail ungeprüft bis an den Arbeitsplatz der Geschäftsleitung vordringt.<sup>451</sup>

Teile der Literatur und der Rechtsprechung wenden hiergegen ein, dass ein direktes Gelangen einer Werbe-E-mail an den Arbeitsplatz durch eine zentrale Sammlung und Auswertung von E-mails vermeidbar und eine abweichende interne Geschäftsorganisation allein Aufgabe des umworbenen Unternehmens sei, die nicht dem Werbenden zur Last gelegt werden dürfe.<sup>452</sup> Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Der Unternehmer kann seinen Geschäftsbetrieb so organisieren, wie es ihm am zweckmä-

<sup>447</sup> Vgl. BGHZ 59, 317, 320 („Telex-Werbung“).

<sup>448</sup> Steckler, GRUR 1993, 865, 872.

<sup>449</sup> Die Mehrzahl der Betriebe verfügen heute über ein Intranet und einen eigenen Mail-Server, der die E-mails automatisch an den Arbeitsplatz des Mitarbeiters weiterleitet, vgl. Eike, Postverteiler, Internet Professionell, Heft 3/2000, S. 86 ff.

<sup>450</sup> Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 20.

<sup>451</sup> Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21. Dies erkennen auch Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145 an.

<sup>452</sup> So LG Braunschweig, MMR 2000, 50, 51; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1145; Freitag/ Buschmann, AFP 1998, 475, 478; Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197.

ßigsten erscheint. Er ist nicht verpflichtet, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen anderer zu treffen.<sup>453</sup>

Es ist allerdings wiederum zu berücksichtigen, dass eine Störung des Betriebsablaufs durch eine einzige Werbe-E-mail nicht eintritt. Die Belästigung ist zu gering. Erst durch die Häufung von E-mails kann es zu einer als Störung anzusehenden Beeinträchtigung betrieblicher Abläufe kommen, so dass dem Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr auch in diesem Fall Bedeutung zukommt.

### **3.1.2. Nachahmungsgefahr**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die negativen Faktoren, die für den Umworbenen mit dem Empfang von Werbe-E-mails verbunden sind, bei einer einzigen E-mail relativ gering sind. Wenn aber ein Empfänger sich bereits zuvor ausdrücklich gegen den Erhalt von Werbe-E-mails ausgesprochen hat, liegt bereits schon in der Zusendung einer einzigen E-mail eine unzumutbare Belästigung. Ansonsten führte erst die Potenzierung zu einer solchen. Daher gewann jeweils das Argument der Nachahmungsgefahr an Bedeutung. Diese Gefahr wurde von der Rechtsprechung bereits bei der Beurteilung der Telefonwerbung im privaten Bereich herangezogen und war insbesondere bei der Btx-Werbung entscheidend für die Annahme einer wettbewerbswidrigen Belästigung.<sup>454</sup> Die Anerkennung der Nachahmungsgefahr als Unlauterkeitskriterium ist allerdings umstritten.

#### **3.1.2.1. Auffassung von Rechtsprechung und herrschender Literatur**

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH will § 1 UWG auch die Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs bewahren.<sup>455</sup> Damit ein solcher Zustand nicht eintritt, gewinnt der Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr an Bedeutung. Hiernach ist eine Werbemethode auch dann unlauter, wenn sie den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, diese Wettbewerbsmethode nachzuahmen.<sup>456</sup> Der Gesichtspunkt der Nachahmung soll als ein „zusätzlicher negativer Faktor“ vor allem in solchen Zweifelsfällen Bedeutung erlangen, in denen sich bei einer isolierten Betrachtung eine relevante Belä-

<sup>453</sup> So OLG Oldenburg, CR 1998, 288 für den Fall der Telefax-Werbung.

<sup>454</sup> Vgl. BGHZ 54, 188, 192 („Telefonwerbung I“); BGH, GRUR 1988, 614, 616 („Btx-Werbung“).

<sup>455</sup> BGHZ 19, 392, 396 („Anzeigenblatt“); BGH, GRUR 1959, 277, 279 („Künstlerpostkarten“); GRUR 1965, 315, 316 („Werbewagen“); GRUR 1967, 430, 431 („Grabsteinaufträge I“); BGHZ 54, 188, 190 („Telefonwerbung I“).

<sup>456</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 43, 278, 282 („Kleenex“); BGH, GRUR 1967, 430, 431 („Grabsteinaufträge“); BGHZ 54, 188, 192 („Telefonwerbung I“); BGHZ 59, 317, 321 („Telex-Werbung“); BGH, GRUR 1988, 614, 616 („Btx-Werbung“); BGH, GRUR 1992, 622, 625 („Verdeckte Laienwerbung“); OLG Stuttgart, WRP 1987, 641, 643 („Telex-Werbung“); LG Frankfurt am Main, AfP 1998, 90 („Telefax-Werbung“).

stigung nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen lässt und deshalb auch zu berücksichtigen ist, wie sich eine allgemeine Nachahmung auswirken würde.<sup>457</sup> Dabei ist eine konkrete Nachahmungsgefahr erforderlich.<sup>458</sup>

Die herrschende Literatur geht ebenfalls von der Nachahmungsgefahr als Unlauterkeitselement aus.<sup>459</sup> Das prognostisch zu erfassende Kriterium der Nachahmungsgefahr dürfe aber nicht einfach unterstellt werden. Nur wenn mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass die Erfolge, die ein Wettbewerber mit der Werbemaßnahme erzielt, so beachtlich sind, dass sie die Mitwerber, um gleichzuziehen, zur Nachahmung veranlassen, bestehe eine Nachahmungsgefahr. Diese Nachahmungsgefahr führe jedoch nur zur Wettbewerbswidrigkeit der Werbemaßnahme, wenn infolge der Nachahmung auf die Dauer eine erhebliche Schädigung der Interessen der Allgemeinheit zu befürchten sei.<sup>460</sup>

### 3.1.2.2. Kritik der Literatur

Stimmen in der Literatur lehnen die Nachahmungsgefahr als Unlauterkeitskriterium ab.<sup>461</sup> Die Nachahmung als solche sei wettbewerbseigen und nicht wettbewerbsfremd, denn ein erfolgreiches Werbemittel reize erfahrungsgemäß die Mitbewerber zur Nachahmung. Sie sei daher als Unlauterkeitskriterium ungeeignet.<sup>462</sup> Ein lauterer Verhalten könne auch bei beliebiger Wiederholung nicht zu einer unlauteren Maßnahme mutieren.<sup>463</sup> Wenn das Vorbild lauter sei und erst durch die Nachahmungsgefahr unlauter werden solle, so sei der Nachahmungseffekt dem erstmals so Werbenden nicht vorzuwerfen. Dieser könne nicht durch sein lauterer Verhalten für die Unzulässigkeit der Summe hypothetischen Folgeverhaltens verantwortlich gemacht werden. Das Verbot müsste sich vielmehr gegen die später Handelnden rich-

<sup>457</sup> Vgl. Alt, Briefkastenwerbung, S. 109.

<sup>458</sup> BGH, GRUR 1992, 622, 625 („Verdeckte Laienwerbung“).

<sup>459</sup> So z.B. Alt, NJW 1986, 1597, 1598; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 123; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 13, Rdn. 12 g; Hoeren/Sieber-Waldenberger, Handbuch Multimedia Recht, Fach 13.4, Rdn. 80; Hoeren/Oberscheid, VuR 1999, 371, 381; Schotthöfer/Scharrer, Werberecht im Internet, S. 19; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21; Stecker, GRUR 1993, 865, 874; Vogt, NJW 1990, 357, 365.

<sup>460</sup> So Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 123; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 478.

<sup>461</sup> Von Harder, Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung, GRUR 1962, 439; Döll, Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173 ff.; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1148; Bülow, WRP 1970, 413, 414; ders. GRUR 1976, 180, 182; Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 87; Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht, S. 200; Schütz, WRP 1993, 168 ff.; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 290; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 58 ff. m.w.N.; zweifelnd auch Droste, Anm. zu BGH, Telefonwerbung I, GRUR 1970, 524.

<sup>462</sup> Von Harder, Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung, GRUR 1962, 439; Döll, Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, 173, 174; ähnlich, Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 66.

<sup>463</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1148; Schütz, WRP 1993, 168.

ten.<sup>464</sup> Ein „rechtlicher Präventivschlag“ überreize das wettbewerbliche Abwehrpotential.<sup>465</sup>

### 3.1.2.3. **Stellungnahme**

Wenn § 1 UWG schon die Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs bewahren soll, dann muss im Rahmen der nach § 1 UWG immer gebotenen Gesamtwürdigung auch berücksichtigt werden können, dass eine Werbemaßnahme im Falle einer Nachahmung durch Mitbewerber die ernstliche Gefahr einer erheblichen Schädigung der Interessen der Allgemeinheit in sich birgt. Wettbewerbshandlungen können nicht ohne Rücksicht auf die gesamten Umstände, in die sie hineingestellt sind, als wettbewerbsfremd oder wettbewerbseigen qualifiziert werden; vielmehr sind hierzu im Zweifel auch ihre zu erwartenden Auswirkungen auf das künftige Verhalten der Mitbewerber heranzuziehen.<sup>466</sup> Es kann auch nicht richtig sein, zunächst einige erste Versuche einer bestimmten Werbemaßnahme zu tolerieren und erst ab einer gewissen Verbreitung einzuschreiten. Dies würde dazu führen, dass Mitbewerber unterschiedlich behandelt werden. Die gegenteilige Ansicht muss sich schließlich entgegenhalten lassen, dass sie solange wartet, bis die Wettbewerbssitten tatsächlich verwildert sind. Dieser Zustand soll jedoch gerade durch die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr verhindert werden. Daher ist der herrschenden Auffassung zuzustimmen und die Nachahmungsgefahr bei der Beurteilung des Gesamtcharakters einer Wettbewerbshandlung zu berücksichtigen.

### 3.1.2.4. **Anwendung auf die E-mail-Werbung**

Die überwiegenden Stimmen in Rechtsprechung<sup>467</sup> und Literatur<sup>468</sup> erkennen als tragendes Argument gegen die uneingeschränkte Zulässigkeit von E-mail-Werbung den Schutz der Allgemeinheit vor der Gefahr des Ausuferns dieser Wettbewerbsstrategie durch Nachahmer an.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Wie bereits eingangs dargestellt, bietet die Werbung per E-mail gegenüber herkömmlichen Direktmarketingmethoden vor allem den Vorteil, dass der Werbende mit geringem finanziellen und zeitlichem Aufwand weltweit Direktwerbepbotschaften an unzählige Teilnehmer versenden kann. Der Versand von 30 Mio Werbe-E-mails kostet etwa 10.000,--DM. Dadurch ergibt sich kein

<sup>464</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1148; Bülow, GRUR 1976, 180, 182; Schütz, WRP 1993, 168.

<sup>465</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 87.

<sup>466</sup> Vgl. BGHZ 43, 279, 282 („Kleenex“); Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 106.

<sup>467</sup> LG Traunstein, NJW 1998, 1648, 1649; LG Berlin, MMR 1999, 43, 44.

<sup>468</sup> Vgl. z.B.: Engels/Eimterbäumer, K&R 1998, 196, 200; Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rdn. 371; Spindler/Fuchs, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 368; Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, 5, 36; Hoeren/Sieber-Waldenberger, Handbuch Multimedia Recht, Fach 13.4, Rdn. 80; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, a.a.O., Fach 11.1, Rdn. 33, 47; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 167; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 21 f.; Schotthöfer/Scharrer, Werberecht im Internet, S. 19; sogar Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197, erkennt diesen Gesichtspunkt an. A.A.: Bechtold, ZUM 1997, 427, 439, der damals die weitere Entwicklung noch abwarten wollte.

ökonomisches Regulativ mehr, das die Anzahl der Werbesendungen begrenzt.<sup>469</sup> Es ist daher zu befürchten, dass das Kommunikationsmittel E-mail durch eine Häufung von werblichen Mitteilungen seiner Funktionsfähigkeit beraubt wird. Gegen diese konkrete Gefahr der Nachahmung durch Mitbewerber spricht nicht, dass die meisten Empfänger der unaufgeforderten E-mail-Werbung ablehnend gegenüberstehen und ihre Effizienz daher zweifelhaft ist. Wenn aus 500.000 E-mails nur 100 Geschäfte resultieren, wird die Aktion von dem Werbenden bereits als erfolgreich angesehen.<sup>470</sup> Entgegen der Ansicht von *Schrey* und *Westerwelle*<sup>471</sup> kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Gefahr einer Nachahmung durch eine Kennzeichnungspflicht von Werbe-E-mails ausgeräumt wird.

Dass Mitbewerber durch die mit der E-mail-Werbung erzielbaren Erfolge auch tatsächlich zur Nachahmung veranlasst werden, zeigt das Beispiel der USA, wo durch das massenweise Versenden von Werbe-E-mails Computernetze ausgefallen sind, weil die Rechner mit den Datenmengen nicht fertig wurden. Daher gibt es dort nun auch gesetzliche Bestrebungen, die unerbetene E-mail-Werbung einzuschränken.<sup>472</sup> Selbst wenn der Umfang unerwünschter Werbe-E-mails in Deutschland bislang noch nicht US-amerikanische Ausmaße angenommen hat, ist von einer negativen Entwicklungsprognose auszugehen. Bereits heute wird die Werbung in Deutschland als lästiges Übel empfunden.<sup>473</sup> Eine uneingeschränkte Zulassung würde auf die Dauer zu einer erheblichen Schädigung der Allgemeinheit führen, weil die E-mail Werbung die Rechnersysteme erheblich belastet, die Mailboxen verstopft und hierdurch die Funktionsfähigkeit des Kommunikationsmittels in Frage stellt.

### 3.1.3. Zwischenergebnis

Die E-mail-Werbung belästigt den Empfänger in unzumutbarer Weise. Dies ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Kostenbelastung des Adressaten, der Gefahr einer Blockierung des Speichers, aus dem mit ihrem Empfang und ihrer Vernichtung verbundenen Aufwand an Zeit- und Arbeit sowie aus der Störung des Betriebsablaufs eines beruflich tätigen Werbeadressaten. Daneben stellt die E-mail-Werbung wegen einer Verletzung des personalen Selbstbestimmungsrechts des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar, wenn sich der Werbende über den erklärten Willen des Empfängers, von solcher Werbung verschont zu bleiben, hinwegsetzt.

<sup>469</sup> Schulzki-Haddouti, Provider gegen Spam, c't Heft 8/1999, S. 26 unter Bezugnahme auf ein Positionspapier der HPR Unternehmensberatungs GmbH; Schad, WRP 1999, 243.

<sup>470</sup> So Dreyer/Summa-Liedke, Praxishandbuch Internet Business, Band 1, 4.10.5.4., S. 37.

<sup>471</sup> BB 1997, Beil. 18, S. 17, 22, die allerdings die Gefahr einer Ausuferung in der Zukunft nicht ausschließen wollen.

<sup>472</sup> Vgl. Goerke, WRP 1999, 248 ff., insbesondere zur Rechtslage in Kalifornien und in Washington. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, WRP 1999, 885, 886; zur Rechtslage in den USA vgl. auch Leupold, WRP 1998, 270, 277 ff.

<sup>473</sup> Insbesondere Hotmail, einer der beliebtesten webbasierten Mail-Services, ist Opfer von „Spammern“.

### 3.1.4. Ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des Umworbenen mit der Zusendung von E-mail-Werbung

Eine unzumutbare Belästigung des Umworbenen scheidet aus, wenn er zuvor sein Einverständnis mit dieser Art der Werbung erklärt hat.<sup>474</sup> Das tatsächlich vorliegende ausdrückliche oder konkludente Einverständnis lässt nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“ den Tatbestand<sup>475</sup> oder die Rechtswidrigkeit<sup>476</sup> des § 1 UWG entfallen.

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die Fragen, ob eine Einverständniserklärung vorliegt, eine solche des einzelnen Falles.<sup>477</sup> An dieser Betrachtungsweise kritisiert *Schricker*,<sup>478</sup> dass ihr eine Verwechslung zwischen deliktsrechtlichem Individualrechtsschutz und Marktkontrollaufgabe des UWG zugrunde liege. Eine ganze Werbekampagne könne nicht wegen eines Einzelfalles, der durchaus ein „Ausreißer“ sein könne, gerichtlich untersagt werden.

Gegen diese Auffassung spricht, dass sich jeder unerwünscht per E-mail Werbende im Prozess auf einen „Ausreißer“ zurückziehen würde. Eine Toleranzgrenze von einzelnen Fehlschlägen<sup>479</sup> ist daher im Fall der E-mail-Werbung nicht anzuerkennen. Im übrigen schützt auch die Rechtsprechung den durch eine belästigende Werbemethode Umworbenen nicht als Individualperson, sondern als Repräsentant der Allgemeinheit.<sup>480</sup> Sein Einverständnis bedeutet die ausnahmsweise Preisgabe des ihm durch § 1 UWG insoweit gewährten Schutzes, so dass seiner konkreten Willensrichtung maßgebliche Bedeutung zukommen muss. Der Rechtsprechung ist daher zu folgen.

Ein ausdrückliches Einverständnis des Werbeadressaten liegt vor, wenn er Werbung per E-mail gegenüber dem Werbenden angefordert oder bei Aufnahme des Geschäftskontaktes erklärt hat, mit einer „Betreuung“ per E-mail einverstanden zu sein.<sup>481</sup> Entsprechendes gilt, wenn sich der Umworbene auf der Homepage des Unternehmens in eine sog. „Mailing-Liste“ eingetragen hat, um über dessen Produkte per E-mail Informationen zu erhalten.<sup>482</sup> Da es für das ausdrückliche Einverständnis keine Formvorschriften gibt,<sup>483</sup> kann es auch in elektronischer Form erklärt werden. Demgegenüber erklärt der Empfänger sein Einverständnis mit der Zusendung von

<sup>474</sup> LG Hamburg, CR 1999, 326; LG Ellwangen, K&R 2000, 41.

<sup>475</sup> Bülow, WRP 1978, 774; ders. GRUR 1976, 180.

<sup>476</sup> Köhler/Piper-Köhler, Vor. § 13 UWG, Rdn. 134; Steckler, GRUR 1993, 865, 867.

<sup>477</sup> BGH, NJW-RR 1990, 359, 360 („Telefonwerbung III“).

<sup>478</sup> Schricker, GRUR Int. 1998, 541, 548 f.

<sup>479</sup> Schricker, GRUR Int. 1998, 541, 551, dem zufolge im Fall der Telefonwerbung die Toleranzgrenze mindestens 10 % betragen solle.

<sup>480</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 103. Vgl. auch BGHZ 54, 188, 190 („Telefonwerbung I“).

<sup>481</sup> So BGH, NJW 1989, 2820 („Telefonwerbung II“) für den Fall der Telefonwerbung.

<sup>482</sup> LG Berlin, NJW-RR 2001, 628, 629. Strenger: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b; Hören/Sieber-Waldenberger, Handbuch Multimedia Recht, Fach 3.4, Rdn. 82, die in diesem Fall nur ein mutmaßliches Einverständnis annehmen.

<sup>483</sup> Dreyer/Summa-Liedke, Praxishandbuch Internet Business, Band 1, Fach 4.10., S. 42.

Werbe-E-mails nicht dadurch, dass er sich in eine werbefreie, nicht-kommerzielle Mailing-Liste einträgt.<sup>484</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Inhalt der Werbe-E-mail einen direkten Themenbezug zum Gegenstand der Mailing-Liste hat.<sup>485</sup>

Nach zutreffender Auffassung des *LG Berlin* trägt der Werbende die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Eintragung in die kommerzielle Mailing-Liste des Absenders vom Empfänger der unaufgeforderten E-mail ausging. Andernfalls könnten sich Werbende im Internet damit entlasten, dass sie aufgrund von Fehlinformationen anonym gebliebener Dritter von einem Interesse des Empfängers ausgegangen seien. Das würde den Schutz gegen unerwünschte E-mail-Werbung letztlich unterlaufen.<sup>486</sup>

Es fragt sich, ob der Werbende das ausdrückliche Einverständnis des Umworbenen durch eine vorformulierte, widerrufliche Erklärung einholen kann. Entsprechend der vom BGH für die Fälle der Telefonwerbung entwickelten Grundsätze dürfte ein solches Vorgehen gem. § 9 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ausgeschlossen sein. Das AGBG gilt entsprechend für eine formularmäßige Einverständniserklärung, die weder eine Nebenabrede enthält noch zum notwendigen Inhalt eines gleichzeitig abgeschlossenen Vertrages gehört, aber im Zusammenhang mit der vertraglichen Beziehung steht.<sup>487</sup> Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der Kunde die Wahl zwischen bestimmten vom Verwender vorgegebenen Alternativen hat. Entscheidend ist, dass der Verwender bei der von dem Kunden abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes. Der Kunde hat nur darauf Einfluss, ob er die Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt.<sup>488</sup> Die Klausel ist jedenfalls dann unwirksam, wenn die vorformulierte Einverständniserklärung des Kunden die E-mail-Werbung des Vertragspartners für Vertragsabschlüsse in Angelegenheiten ermöglichen soll, die über das eigentliche Vertragsverhältnis hinausgehen, mit dem die Abgabe der Einverständniserklärung in Zusammenhang steht.<sup>489</sup>

Fraglich ist, in welchen Fällen von einem konkludenten Einverständnis des Umworbenen mit der Zusendung von Werbebotschaften per E-mail auszugehen ist. Hierun-

<sup>484</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 40.

<sup>485</sup> A.A.: wohl Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b, die in diesem Fall von einem mutmaßlichen Einverständnis ausgehen.

<sup>486</sup> *LG Berlin*, K&R 2000, 517, 518 = *NJW-RR* 2001, 628, 629. Hinsichtlich der Beweislastverteilung ebenso: *OLG Koblenz*, CR 1996, 207, 208 („Telefax-Werbung“).

<sup>487</sup> BGH, WRP 1999, 660 („Einverständnis mit Telefonwerbung“); Palandt-Heinrichs, § 1 AGBG, Rdn. 4.

<sup>488</sup> BGH, WRP 2000, 722, 723 („Telefonwerbung VI“); Palandt-Heinrichs, § 1 AGBG, Rdn. 9. A.A.: Lettl, *NJW* 2001, 42, 43, der bei vorformulierten Einverständniserklärungen des Kunden, die diesem die uneingeschränkte Wahl zur Ablehnung von Telefonwerbung belassen, keine AGB-rechtlich zu missbilligende Ausübung einseitiger Gestaltungsmacht annimmt.

<sup>489</sup> Vgl. BGH, WRP 1999, 660, 662 („Einverständnis mit Telefonwerbung“); BGH, WRP 2000, 722, 724 („Telefonwerbung VI“). Weitergehend: Spindler-Fuchs, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 369, der sogar eine wirksame Aufnahme eines Einverständnisses in die AGB des Providers bei Privatkunden verneint.

ter ist ein Einverständnis zu verstehen, das durch aktives, schlüssiges Handeln gegeben wird.<sup>490</sup>

Ein konkludentes Einverständnis liegt nicht in der freiwilligen Eintragung der E-mail-Adresse in ein für jedermann zugängliches Verzeichnis,<sup>491</sup> in ihrer Angabe auf einer Homepage<sup>492</sup> oder auf einer Visitenkarte. Bei verständiger Würdigung der Erklärungsumstände geht es allein darum, die Tatsache kundzutun, über einen E-mail-Anschluss zu verfügen. Sie besagt aber nichts zu der Frage, ob der Betroffene willens ist, E-mail-Werbung zuzulassen.

Entgegen der Ansicht des *LG Braunschweig*<sup>493</sup> kann ein stillschweigendes Einverständnis auch nicht darin gesehen werden, dass der Umworbene in der Vergangenheit die Homepage des Werbenden besuchte und dort unter seiner E-mail-Adresse eine Anfrage startete. Der Nutzer erklärt sich hier allein mit der Zusendung der „Antwort“-E-mail einverstanden, nicht hingegen mit zukünftigen Werbe-E-mails. An dieser Beurteilung ändert sich entgegen der Ansicht des *LG Augsburg*<sup>494</sup> auch dann nichts, wenn die vorherige Kontaktaufnahme des Empfängers zum Internetangebot des Absenders entgeltspflichtig gewesen ist. Die Auffassung des *LG Augsburg* führt dazu, dass der E-mail-Nutzer angesichts der Zunahme von kostenpflichtigen Internetangeboten zur ewigen Geisel seiner einmal getroffenen Konsumententscheidung würde. Etwas anderes mag dann gelten, wenn zwischen Werbendem und Umworbene bereits eine ständige Geschäftsverbindung besteht. Hierauf wird später eingegangen.

In der fehlenden Nutzung eines vom Provider angebotenen Filtersystems seitens des Umworbene liegt ebenfalls kein konkludentes Einverständnis zur Übersendung von Werbe-E-mails. Die Aktivierung eines solchen Filtersystems erfordert eine Aktivität des Nutzers. Unterlässt er dies - aus welchen Gründen auch immer -, würde man seinem schweigenden Verhalten eine Erklärungswirkung beimessen. Das bloße Schweigen ist aber in der Regel keine Willenserklärung, sondern das Gegenteil einer Erklärung.<sup>495</sup>

Besteht zwischen Werbendem und Umworbene dagegen ein Dauerschuldverhältnis und hat der Umworbene seine E-mail-Adresse bekannt gegeben, ist von einem stillschweigendem Einverständnis mit werbenden E-mails des Vertragspartners, die ei-

<sup>490</sup> Raczinski/Bernhardt, VersR 1992, 405, 407; Dallmer-Siegert, Handbuch Direct-Marketing, S. 86.

<sup>491</sup> Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 51; Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 22; AG Brakel, NJW 1998, 3209, das allerdings ein solches Verhalten unter der Fallgruppe des mutmaßlichen Einverständnisses problematisiert und im Ergebnis ablehnt.

<sup>492</sup> LG Berlin, K&R 2000, 517, 518.

<sup>493</sup> LG Braunschweig, MMR 2000, 50, 51: Das Gericht will in diesem Fall sogar eine ausdrückliche Aufforderung annehmen. Jedenfalls sei von einem stillschweigenden Einverständnis auszugehen.

<sup>494</sup> LG Augsburg, K&R 2000, 518 (LS) = NJW 2000, 593 ff.; zustimmend: Rein, NJW-CoR 2000, 235, 236; Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, S. 5, 38; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b.

<sup>495</sup> Schrey, Anm. zu LG Traunstein, K&R 1998, 222, 224; Palandt-Heinrichs, BGB, Einf. v. § 116, Rdn. 7.

nen unmittelbaren Bezug zu diesem Dauerschuldverhältnis haben, auszugehen.<sup>496</sup> Die Information liegt hier auch im Interesse des Umworbenen. Anders als im Fall der Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen, bei der die Rechtsprechung teilweise einen strengeren Standpunkt eingenommen hat,<sup>497</sup> entfällt bei der E-mail-Werbung die starke Betonung des Schutzes der Privatsphäre. So ist auch davon auszugehen, dass der Kunde, der mit seinem Internet-Provider einen Provider- bzw. Online-Vertrag<sup>498</sup> geschlossen hat, stillschweigend damit einverstanden ist, dass dieser mit ihm über E-mail korrespondiert. Unabhängig vom Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ist schließlich auch in der Angabe der E-mail-Adresse verbunden mit der Bitte um Übersendung von Informationsmaterial ein konkludentes Einverständnis zu sehen.<sup>499</sup>

Der Werbetreibende hat schließlich zu beachten, dass der Umworbene sein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis jederzeit mit Wirkung ex nunc widerrufen kann. Der Werbende trägt daher das Risiko der Wirksamkeit eines zu seinen Gunsten durch den Umworbenen erteilten Einverständnisses.<sup>500</sup>

### **3.1.5. Mutmaßliches Einverständnisses des Umworbenen mit der Zusendung von E-mail-Werbung**

Liegt kein tatsächliches Einverständnis vor, kann ein Verstoß gegen § 1 UWG zu verneinen sein, weil dem per E-mail Werbenden der Rechtfertigungsgrund des mutmaßlichen Einverständnisses<sup>501</sup> zur Seite steht.

Es fragt sich, ob bei der E-mail-Werbung wie bei der Telefonwerbung zwischen geschäftlichen und privaten Adressaten zu unterscheiden ist<sup>502</sup> oder ob auch bei Privatpersonen ein mutmaßliches Einverständnis genügt.<sup>503</sup> Gegen eine Differenzierung zwischen privaten und geschäftlichen Adressaten spricht, dass bei der E-mail-Werbung der Werbende nicht wie ein Anrufer unkontrolliert in die Individualsphäre des

<sup>496</sup> So Kewenig, Festschrift für Lerche, S. 625, 631, 635, der in so einem Fall sogar ein ausdrückliches Einverständnis mit einem Telefonanruf annehmen will.

<sup>497</sup> Vgl. nur OLG Koblenz, AfP 1991, 451 ff. („Telefonischer Nachbearbeitung gekündigter Abonnements“).

<sup>498</sup> Siehe zu den Begrifflichkeiten: Schwerdtfeger-Schwerdtfeger, Cyberlaw, S. 9 und S. 13: Der Online-Vertrag ist ein Dauerschuldverhältnis.

<sup>499</sup> Schrey/Westerwelle, BB 1997, Beil. 18, S. 17, 22.

<sup>500</sup> OLG München, BB 1994, 1456 („Einverständnis einer Privatperson mit Telefonwerbung und Widerruf“); Dallmer-Siegert, Handbuch des Direct-Marketing, S. 89; Paefgen, MDR 1992, 112, 118.

<sup>501</sup> Zum mutmaßlichen Einverständnis als Rechtfertigungsgrund, vgl. Bülow, WRP 1978, 774; Gilles, NJW 1988, 2424, 2431.

<sup>502</sup> So Spindler-Fuchs, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 369; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 167, 169.

<sup>503</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b; Strömer, Online-Recht, S. 142; AG Brakel, NJW 1998, 3209; LG Berlin, CR 1998, 499, allerdings beide im Rahmen der Prüfung von § 823 Abs.1 BGB; differenzierend Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 35, 38, die nur im Fall von E-mails von Internet-Providern an ihre Privatkunden ein mutmaßliches Einverständnis ausreichen lassen wollen.

Umworbenen eindringt. Dies war aber gerade der entscheidende Gesichtspunkt, der den BGH veranlasste, bei der Telefonwerbung im privaten Bereich strenge Anforderungen an das Vorliegen eines Einverständnisses zu stellen. Bei der E-mail-Werbung können daher geringere Anforderungen gelten.

Zur Beurteilung der Frage, ob ein mutmaßliches Einverständnis anzunehmen ist, stellen die Rechtsprechung<sup>504</sup> und Teile der Literatur<sup>505</sup> auf die konkreten Umstände des individuellen Einzelfalles ab. Die Lauterkeit der E-mail-Werbung ist also danach zu entscheiden, ob der Werbende aus den objektiven Umständen schließen durfte, das der Beworbene mit der E-mail-Werbung einverstanden sein würde.<sup>506</sup>

Es fragt sich, in welchen Fällen von einem mutmaßlichen Einverständnis auszugehen ist. Entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>507</sup> rechtfertigt der Umstand, dass die E-mail-Werbung in einer bestimmten Branche üblich ist, nicht die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses. Eine solche Auffassung hätte zur Folge, dass jede Branche von der E-mail-Werbung Gebrauch macht, um sich anschließend auf eine entsprechende branchenspezifische Üblichkeit zu berufen. Die weite Verbreitung einer Unsitte macht sie aber nicht zur guten Sitte.<sup>508</sup>

Teilweise wird ein mutmaßliches Einverständnis des Umworbenen in Erwägung gezogen, wenn die Übermittlung des Angebots eilbedürftig ist.<sup>509</sup> Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass bereits die Werbung an sich unzulässig sein kann, weil sie gegen das Verbot einer Ankündigung von Sonderveranstaltungen in § 7 Abs. 1 UWG verstößt.<sup>510</sup> Übersteigerte, zeitgebundene Angebote gegenüber dem letzten Verbraucher sind nach dieser Vorschrift verboten, so dass die Werbung, „Greifen Sie zu, bevor Ihnen jemand zuvorkommt“, unzulässig ist, wenn ungewöhnliche Preisvorteile geboten werden.<sup>511</sup> Darüber hinaus stehen dem Gesichtspunkt der Eilbedürftigkeit auch grundsätzliche Bedenken entgegen. Sofern der sich unter Zeitdruck befindende Umworbene an der Ware oder Leistung interessiert ist, steht es ihm frei, von sich aus auf den Werbenden zuzugehen. Befindet sich nur der Werbende unter Zeitdruck, würde für die Zulässigkeit der Werbung auf ein sachliches Motiv des Werbenden und nicht auf den Umworbenen abgestellt, obwohl dessen mutmaßliches Einverständnis in Frage steht.

<sup>504</sup> Vgl. z.B.: BGH, NJW 1991, 2087, 2089 („Telefonwerbung IV“).

<sup>505</sup> Vgl. z.B.: Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b für die E-mail-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden.

<sup>506</sup> Vgl. Raczinski/Bernhardt, VersR 1992, 405, 407; Steckler, GRUR 1993, 865, 867.

<sup>507</sup> Bülow, WRP 1978, 774, 775 hinsichtlich der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden; Steckler, GRUR 1993, 865, 869, 875; v. Olenhusen, FuR 1973, 417, 420; Raczinski/Bernhardt, VersR 1992, 405, 408 für die Versicherungsbranche.

<sup>508</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 87.

<sup>509</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 59, 317, 323 („Telex-Werbung“); OLG Frankfurt, GRUR 1983, 674, 675 („Lästiger Anlageberater“); LG Hamburg, NJW-RR 1989, 487, 488 („Werbung per Telefax“); Steckler, GRUR 1993, 865, 869.

<sup>510</sup> Unger/Sell, GRUR 1993, 24, 25.

<sup>511</sup> Baumbach/Hefermehl, § 7 UWG, Rdn. 26; siehe auch Unger/Sell, GRUR 1993, 24, 25: „Schnell zugreifen, Restposten“.

Bei der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden wird teilweise ein Einverständnis generell dann angenommen, wenn sich die Werbung auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Umworbenen und nicht nur Hilfsmittel der beruflichen Tätigkeit betreffen.<sup>512</sup> Es fragt sich, ob auch im Fall der E-mail-Werbung bei einem derartigen Sachbezug zum eigentlichen Geschäftsgegenstand ein mutmaßliches Einverständnis vorliegt. Im Privatbereich stellt der Sachbezug der Werbung kein geeignetes Abgrenzungskriterium dar. Angesichts der Vielzahl der von einem Privathaushalt benötigten Gegenstände würde der Verbraucher einer Werbeflut ausgesetzt sein, weil Gewerbetreibende ihm unter Berufung auf die Sachbezogenheit der Werbe-E-mail ihre Angebote übermitteln würden.

Eine andere Beurteilung ist aber im geschäftlichen Bereich geboten. Mit der zunehmenden Verbreitung des Internet wächst auch die Bedeutung der E-mail als Kommunikationsmittel. Unternehmen kontaktieren sich heute zunehmend per E-mail, anstatt Briefe zu schreiben. Daher darf sie auch bei der Übermittlung von Werbeschreiben nicht diskriminiert werden. Man würde die allgemeine Akzeptanz der E-mail als Kommunikationsmittel verkennen, wenn man von Unternehmen verlangen wollte, sich zur Übermittlung von Werbeschreiben, die einen unmittelbaren Sachbezug zum eigentlichen Geschäftsgegenstand des Umworbenen aufweisen, der Briefpost zu bedienen. Der Werbende darf in diesem Fall ein Einverständnis des Adressaten vermuten. Ein bloß allgemeiner Sachbezug zum Geschäftsbetrieb kann demgegenüber für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses nicht ausreichend sein.<sup>513</sup> Dies würde der E-mail-Werbung Tür und Tor öffnen, da sich ein irgendwie gearteter allgemeiner Sachbezug in den meisten Fällen begründen ließe.

In Rechtsprechung und Literatur wird ein vermutetes Einverständnis mit E-mail-Werbung angenommen, wenn eine Geschäftsbeziehung besteht.<sup>514</sup> Dies gelte unabhängig davon, ob der Empfänger Privatperson, Freiberufler oder Gewerbetreibender ist.<sup>515</sup> Diese Ansicht ist dahingehend zu konkretisieren, dass es sich um eine ständige Geschäftsbeziehung handeln muss.<sup>516</sup> Angesichts der zunehmenden Anzahl der über das Internet gekauften Produkte würde andernfalls eine Flut von E-mail-Werbebotschaften drohen. Da sich die E-mail auch im Verhältnis zwischen den Unternehmen und ihren Kunden zu einem gebräuchlichen Kommunikationsmittel entwickelt hat, ist ein vermutetes Einverständnis beim Vorliegen einer ständigen Geschäftsbeziehung auch bei der E-mail-Werbung gegenüber Privatpersonen anzuneh-

<sup>512</sup> LG Berlin, WRP 1973, 548, 549 („Telefonwerbung für Enzyklopädien bei Bauingenieuren, Rechtsanwälten und Ärzten“); OLG Hamburg, GRUR 1977, 225 („Teletessen“); OLG Hamburg, WRP 1987, 41 („Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden“); Bülow, WRP 1978, 774, 775; Steckler, GRUR 1993, 865, 869; ähnlich: Schrickler, GRUR Int. 1998, 541, 551; Klawitter, NJW 1993, 1620, 1623, Gilles, NJW 1988, 2424, 2432.

<sup>513</sup> Weitergehend wohl Schrickler, GRUR Int. 1998, 541, 551; Köhler/Piper, § 1 UWG, Rdn. 169.

<sup>514</sup> LG Hamburg, CR 1999, 326; LG Ellwangen, K&R 2000, 41; LG Berlin, CR 1998, 499, im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 70 b.

<sup>515</sup> LG Berlin, CR 1998, 499 (im Rahmen der Prüfung von § 823 Abs. 1 BGB).

<sup>516</sup> Vgl. auch KG, WRP 1988, 304 („Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen“), restriktiv zur Annahme von Beziehungen: Einmalige Weinbestellung vor 2 Jahren genügte nicht; so auch Kewenig, Festschrift für Lerche, S. 625, 628; OLG Frankfurt, GRUR 1983, 674 („Lästiger Anlageberater“).

men. Soll demgegenüber eine ständige Geschäftsverbindung erst angeknüpft werden, so muss der Empfänger zuvor ausdrücklich sein Einverständnis mit der E-mail-Werbung erklären.

Von einem mutmaßlichen Einverständnis des Adressaten mit der Zusendung von E-mail-Werbung ist daher nur dann auszugehen, wenn ein Sachbezug zum eigentlichen Geschäftsgegenstand eines beruflich Tätigen vorliegt oder eine ständige Geschäftsverbindung zwischen Werbendem und Umworbenem besteht.

### **3.1.6. Ergebnis**

Die Zusendung unerwünschter E-mail-Werbung stellt eine unzumutbare Belästigung des Empfängers dar, sofern dieser nicht zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis hiermit erklärt hat oder wenn ein solches Einverständnis vermutet werden kann. Den Adressaten unzumutbar belästigende Werbemethoden verstoßen gegen § 1 UWG. Dieses Ergebnis steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass ein Verbot der E-mail-Werbung keine Grundrechte des Werbenden verletzt. Hierauf wird an späterer Stelle eingegangen.

## **3.2. Fallgruppe Ausbeutung**

Das *LG Ellwangen*<sup>517</sup> hat die unaufgeforderte Werbung per E-mail wegen eines „unlauteren Ausspannens von Kunden“ für wettbewerbswidrig gehalten. Die Beklagte hatte an Kunden des Klägers E-mail-Werbung versandt. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass die Beklagte die E-mail-Adressen der Umworbenen von der Referenzliste der klägerischen Internet-Seiten „abgekupfert“ hatte, auf der diese als Kunden des Klägers ausgewiesen waren.

Beim „Ausspannen von Kunden“ handelt es sich um eine Unterfallgruppe der Fallgruppe „Ausbeutung“.<sup>518</sup> Das Ausspannen von Kunden gehört zum Wesen des Wettbewerbs, und zwar auch dann, wenn es zielbewusst und planmäßig geschieht. Wettbewerbswidrig wird das Ausspannen von Kunden erst, wenn besondere Umstände hinzutreten, die den Wettbewerb verfälschen. Dies ist etwa beim Verleiten zum Vertragsbruch, der Anschwärmung des Mitbewerbers bei einem Kunden und irreführenden Praktiken der Fall.<sup>519</sup>

Nach Auffassung des *LG Ellwangen* habe sich die Beklagte zur Abwerbung von Kunden eines unlauteren Mittels bedient. Das Gericht sieht die besonderen Umstände

---

<sup>517</sup> *LG Ellwangen*, K&R 2000, 41 („Nettopreisangaben im Internet - unaufgeforderte Werbe-E-Mails“) = MMR 1999, 675 ff., mit Anm. *Schmittmann*, S. 677.

<sup>518</sup> Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdn. 438, 597.

<sup>519</sup> Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG, Rdn. 597 f.

darin, dass dem Empfänger Kosten entstünden. Es nimmt damit auf die Umstände Bezug, die andere Gerichte<sup>520</sup> zur Einstufung der unerwünschten E-mail-Werbung in die Fallgruppe der Belästigung veranlasst haben. Die besonderen Umstände, aus denen sich die Wettbewerbswidrigkeit wegen unlauteren Ausspannens ergeben könnten, werden von dem Gericht eher beiläufig erwähnt.<sup>521</sup> Diese bestanden darin, dass die Beklagte sich eine Leistung des Klägers unredlich zunutze gemacht hat, indem sie die E-mail-Adressen der klägerischen Kunden von dessen Referenzliste entnahm. Im Normalfall dürften derartige besondere Umstände entweder nicht vorliegen oder sich nicht beweisen lassen. Daher bietet sich eine Einordnung der unerwünschten E-mail-Werbung in die Unterfallgruppe „Ausspannen von Kunden“ in der Regel nicht an, zumal das LG Ellwangen selbst seine Beurteilung maßgeblich auf die mit der E-mail-Werbung verbundene Belästigung gestützt hat.

### 3.3. Fallgruppe Rechtsbruch

Der grundlegende Gedanke für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb ist das Leistungsprinzip. Die eigene Geschäftstätigkeit soll durch Mittel der eigenen Leistung und nicht durch leistungsfremde Maßnahmen gefördert werden. Diesem Prinzip widerspricht es, wenn ein Wettbewerber dadurch einen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern erlangt, dass er die durch Gesetz oder Vertrag festgelegten Bedingungen missachtet, an die sich seine Mitbewerber halten.<sup>522</sup> Nicht jede Wettbewerbshandlung ist sittenwidrig, die auf dem Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift beruht. § 1 UWG knüpft an einen Sittenverstoß und nicht an einen Gesetzesverstoß an.<sup>523</sup> Es kommt auf die Wertigkeit der Norm an, gegen die der Wettbewerber verstößt.

Der Verstoß gegen eine wertbezogene Vorschrift kann die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung ohne weiteres begründen. Hierunter sind Normen zu verstehen, die als Ausdruck einer sittlichen Grundanschauung sittlich fundiert sind, oder die einen unmittelbar wettbewerbsregelnden Charakter haben, weil sie selbst bereits den Schutz von Individualinteressen oder mit Blick auf die Auswirkungen der Norm den Schutz des Wettbewerbs bezwecken. Ferner fallen hierunter Vorschriften, die besonders wichtige Gemeinschaftsgüter, wie z.B. die Volksgesundheit oder die Rechtspflege, schützen.<sup>524</sup>

<sup>520</sup> Z.B.: LG Berlin, CR 1998, 623 („Unzulässigkeit von E-Mail-Werbung“); LG Traunstein, NJW 1998, 1648 ff.

<sup>521</sup> So auch Schmittmann in Anm. zu LG Ellwangen, MMR 1999, 677, 678.

<sup>522</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 608.

<sup>523</sup> BGH, GRUR 1957, 558, mit Anm. *Hefermehl*, S. 560 („Bayern-Expreß“); Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 608, 610; Bülow, Das Heilmittelwerbe-gesetz im Wettbewerbsprozess, WRP 1995, 897, 898.

<sup>524</sup> Köhler/Piper-Piper, § 1 UWG, Rdn. 612, 627 ff.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 307-310.

Demgegenüber ist der Verstoß gegen eine wertneutrale Vorschrift, die aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen worden ist,<sup>525</sup> nur dann sittenwidrig, wenn der Handelnde bewusst und planmäßig vorgeht, obwohl für ihn erkennbar ist, dass er dadurch einen sachlich ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern erlangen kann („Vorsprung durch Rechtsbruch“).<sup>526</sup>

### 3.3.1. Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB

Teile der Literatur halten die Telefax- und Btx- Werbung unter dem Gesichtspunkt eines Wettbewerbsverstoßes durch Rechtsbruch für unlauter, wenn der Anschlussinhaber dem Empfang von Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen habe.<sup>527</sup> Der Umworbene habe wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts einen Abwehranspruch aus § 1004 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB. Den Mitbewerbern stünden in diesem Fall Ansprüche aus § 1 UWG zu, da der Verletzer sich gegenüber den Mitbewerbern, die das Persönlichkeitsrecht des Umworbene beachten, einen Wettbewerbsvorsprung verschaffe.<sup>528</sup> Dieser dogmatische Ansatz könnte auf die E-mail-Werbung zu übertragen sein.

Ob die unaufgeforderte E-mail-Werbung gegen § 823 Abs. 1 BGB verstößt, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, wenn schon der dogmatischen Konstruktion zur Begründung der Sittenwidrigkeit - dem Gedanken des Vorsprungs durch Rechtsbruch - nicht zu folgen ist. Wie bereits ausgeführt, ist die Zusendung von E-mail-Werbung trotz Widerspruchs des Adressaten unter dem Gesichtspunkt der Belästigung als unlauter anzusehen. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einer Wettbewerbshandlung konnten der Wettbewerbsordnung immanente Gesichtspunkte herangezogen werden. Es besteht daher kein Bedürfnis, die wettbewerbsrechtliche Beurteilung aus § 823 BGB abzuleiten, der mit der Wettbewerbsordnung an sich nichts zu tun hat. Eine solche Hilfsüberlegung wie der Gesichtspunkt des „Vorsprungs durch Rechtsbruch“ ist nur dann sinnvoll, wenn im Einzelfall ein der Wettbewerbsordnung immanenter Gesichtspunkt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nicht ersichtlich ist.<sup>529</sup>

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt. Der Gesichtspunkt des „Vorsprungs durch Rechtsbruch“ lenkt in den Fällen, in denen der Umworbene der Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen hat, den Blick auf den Mitbewerber, gegenüber dem sich der Werbende einen ungerechtfertigten Vorsprung verschafft. Der in erster Linie von

<sup>525</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 630; Köhler/Piper-Piper, § 1 UWG, Rdn. 614; Bülow, Das Heilmittelwerbegesetz im Wettbewerbsprozess, WRP 1995, 897, 898.

<sup>526</sup> BGH, GRUR 1957, 558, 559, mit Anm. *Hefermehl*, S. 560 („Bayern-Express“); GRUR 1960, 240, 243, mit Anm. v. *Falck*, S. 243 („Süßbier“); GRUR 1974, 281, 282, mit Anm. *Hefermehl*, S. 560 („Clipper“); GRUR 1994, 222, 224 („Flaschenpfand“).

<sup>527</sup> Steckler, GRUR 1993, 865, 875.

<sup>528</sup> Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 215.

<sup>529</sup> So auch Scherer, Verbraucherwerbung, S. 90 für den Fall der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Briefkastenwerbung. Im Ergebnis ebenso: Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 118.

der Werbung betroffene Beworbene wird bei dieser wettbewerbsrechtlichen Sichtweise lediglich als Objekt betrachtet, das keine eigene Rolle in der Wettbewerbsordnung spielt, sondern lediglich eine Begründung für ein wettbewerbswidriges Verhalten des Werbenden gegenüber dem Mitbewerber liefert.<sup>530</sup> Eine solche Sichtweise steht nicht mit dem herrschenden sozialrechtlichen Verständnis des UWG im Einklang, demzufolge eine Erweiterung des Zwecks des UWG auf den Schutz der übrigen Marktbeteiligten, insbesondere der Verbraucher, und der Allgemeinheit gleichrangig neben dem herkömmlichen Schutz der Konkurrenten stattgefunden hat.<sup>531</sup> Dem Ansatz der Literatur ist daher wegen dogmatischer Bedenken nicht zu folgen.

### 3.3.2. Verstoß gegen die Netiquette als Verstoß gegen eine Standesregel

Die Netiquette gibt Sitten und Gebräuche wieder, die sich mit der Zeit im Internet eingebürgert haben. Dabei täuscht die singularische Form des Begriffs. Es gibt kein standardisiertes Regelwerk, das alle Bereiche des Internet umfasst und international von allen akzeptiert wird. Vielmehr finden sich unterschiedliche Ausprägungen dieser Regeln je nach Internetdienst und nach Nationalität, die allerdings über einen gemeinsamen Kern verfügen.<sup>532</sup> Eine gewisse Verbreitung und Bedeutung für den Kernbestand der Netiquette hat inzwischen die „klassische Netiquette“ von Arlene H. Rinaldi<sup>533</sup> erlangt.<sup>534</sup> Eine ganz allgemeine Formulierung dieser Verhaltensregeln findet sich in den sog. „Nethics“, die in Anlehnung an die zehn Gebote formuliert wurden.<sup>535</sup> Zum Kern der Netiquette gehört das Verbot der unaufgeforderten Versendung von Werbung per E-mail, das eine zentrale Bedeutung und vielleicht die größte Akzeptanz innerhalb der gesamten Netiquette erlangt hat.<sup>536</sup> Es entspricht der in Deutschland vorherrschenden Rechtsauffassung, die eine solche Werbemethode wegen unzumutbarer Belästigung des Empfängers für sittenwidrig hält, so dass man von einer Geltung der Netiquette mit Hilfe des nationalen Rechts sprechen kann.<sup>537</sup> Ein Rückgriff auf die Fallgruppe des „Rechtsbruchs“ würde sich eigentlich erübrigen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Werbung in internationalen Computernetzen neue Anforderungen an das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb stellt und nach neuen Problemlösungen verlangt. Hierfür ist es notwendig, die die Lauter-

<sup>530</sup> Scherer, Verbraucherwerbung, S. 90.

<sup>531</sup> Vgl. hierzu z.B. BGHZ 54, 188, 190 („Telefonwerbung I“); BGH, NJW-RR 1990, 359 („Telefonwerbung III“); Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 40.

<sup>532</sup> Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371, 382; Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 36; ders. in NJW 1998, 2849, 2852; Koch, Internet-Recht, S. 241; Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 252; Schwarz-Peschel-Mehner, Recht im Internet, Fach 5-2.2., S. 34.

<sup>533</sup> Reiser hat die „klassische“ Netiquette von Arlene D. Rinaldi ins Deutsche übersetzt, siehe URL: <http://www.ping.at/guides/netmayer/> (letzte Abfrage am 2.08.2001) mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>534</sup> Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 252.

<sup>535</sup> Die vom US-amerikanischen Computer Ethics Institute formulierten Nethics sind u.a. abgedruckt bei Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 36; Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 252.

<sup>536</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 156; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 121; Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 37; Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, S. 253; Heermann, K&R 1999, 6, 12.

<sup>537</sup> So Jung, Die Netiquette, S. 153, 160.

keit des Wettbewerbs betreffenden Verhaltensregeln der Internetbenutzer in den Blick zu nehmen und auf ihre rechtliche Verbindlichkeit zu untersuchen.

Die Netiquette könnte in das nationale Recht dadurch eindringen, dass man eine Missachtung ihrer Regeln unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch einer Standesregel als sittenwidrige Wettbewerbshandlung qualifiziert. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch die Nichtbeachtung von unterhalb des Gesetzesrechts stehenden Regeln, die keine Rechtsnormqualität haben, einen Wettbewerbsverstoß begründen. Hierzu zählen Berufs- und Standesordnungen. Wie bei Gesetzesverletzungen kommt es darauf an, ob gegen eine wertbezogene oder wertneutrale Regelung des Standesrechts verstoßen wird.<sup>538</sup> Nicht jede Verletzung von Standesregeln lässt sich aber wie eine Gesetzesverletzung werten. Vielmehr muss der Regel überhaupt rechtliche Bedeutung zukommen, damit ein Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der sog. „Berufsstandesvergessenheit“ in Betracht kommt.<sup>539</sup> Sie müssen innerhalb des jeweiligen Berufszweiges bzw. Standes von dessen Mitgliedern einheitlich befolgt werden und gefestigt sein und einer wirklichen Berufs- bzw. Standesüberzeugung entsprechen. Dies muss festgestellt werden können.<sup>540</sup>

Es ist bereits zweifelhaft, ob die Gesamtheit der Internetnutzer, die sog. „Net-Community“, als Berufsstand, vergleichbar dem der Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte etc., angesehen werden kann.<sup>541</sup> Heutzutage kann jeder das Internet benutzen, wenn er über die entsprechende Hard- und Software sowie über einen Zugang zum Internet verfügt. Tagtäglich kommen neue Benutzer hinzu, ihre Zahl steigt stetig.<sup>542</sup> Der Gesamtheit der Internetnutzer fehlt daher insgesamt die für einen Berufsstand charakteristische Geschlossenheit.<sup>543</sup> Es könnten allenfalls einzelne Benutzergruppen innerhalb einzelner Dienste als Berufsstand qualifiziert werden.<sup>544</sup> Dies ist aber wohl wegen der auch insoweit fehlenden Geschlossenheit der Nutzer zu verneinen.<sup>545</sup>

Die Frage kann aber letztlich dahinstehen, wenn die Regeln der Netiquette nicht einheitlich befolgt und gefestigt sind und daher keine einheitliche Standesüberzeugung widerspiegeln. Die Verhaltensregeln der Netiquette entsprechen in Entstehungs- und Wirkungsweise eher den gesellschaftlichen Benimmregeln der realen Welt. Nach der

<sup>538</sup> BGH, GRUR 1972, 709 („Patentmark“); Gloy-Jacobs, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 47, Rdn. 1, 4; Speckmann, Die Wettbewerbssache, Rdn. 216.

<sup>539</sup> Siehe auch Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 41 f., der die Fallgruppe der Berufsstandesvergessenheit bereits aus grundsätzlichen Überlegungen ablehnt.

<sup>540</sup> BGH, GRUR 1972, 709, 710 („Patentmark 2“); Gloy-Jacobs, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 47, Rdn. 3.

<sup>541</sup> Zweifelnd insoweit auch Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 41; ders. NJW 1998, 2849, 2852. Verneinend: Schwarz-Peschel-Mehner, Recht im Internet, Fach 5-2.2., S. 34.

<sup>542</sup> Vgl. auch FAZ von Mittwoch, 23. Februar 2000, S. 24, wonach die Zahl der Internet-Nutzer in Deutschland auf 15,9 Millionen gestiegen ist.

<sup>543</sup> So auch Jung, Die Netiquette, S. 153, 162.

<sup>544</sup> A.A.: Hoeren-Sieber/Körner-Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 122, die auf die im Streitfall maßgebliche Branche abstellen.

<sup>545</sup> So auch Jung, Die Netiquette, S. 153, 162.

starken Zunahme der Teilnehmerzahlen in den letzten Jahren sind diese Regeln auch nicht jedem Benutzer innerhalb der Gruppe und des Dienstes bekannt. Den Regeln der Netiquette kommt daher mangels Vorliegens einer gefestigten Standesüberzeugung keine Rechtsverbindlichkeit zu.<sup>546</sup> Dies gilt auch in Bezug auf die einzelne Regel des Verbots unaufgeforderter Zusendung von E-mail-Werbung.<sup>547</sup> Die mit der Zunahme der unaufgeforderten Werbebotschaften zusammenhängende tatsächliche und rechtliche Problematik bestünde nicht, wenn dieses Verbot einheitlich befolgt würde. Wenn ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten „Berufskreise“ das Verhalten aber für unbedenklich hält, scheidet ein Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Berufsstandesvergessenheit aus.<sup>548</sup> Die Netiquette kann daher nicht als Standesregel qualifiziert werden. Dies schließt aber nicht aus, dass ein Gericht die Netiquette wie etwa die Wettbewerbsregeln i.S.d. § 24 GWB<sup>549</sup> als Erkenntnishilfe dafür heranzieht, was in internationalen Netzwerken den guten Sitten im Wettbewerb entspricht.<sup>550</sup>

### 3.3.3. Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Netiquette-Regel

Die Missachtung der Regeln der Netiquette könnte aber unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch einer vertraglichen Vereinbarung als sittenwidrige Wettbewerbshandlung zu qualifizieren sein. Die Netiquette hat in einem nicht unerheblichen Umfang Eingang in Verträge und Vereinssatzungen gefunden. So sehen die als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizierenden Benutzungsordnungen der Internet-Provider und der Online-Dienste teilweise Bestimmungen vor, die die Nutzung des Dienstes „zum unaufgeforderten Versand von Nachrichten an Dritte zu Werbezwecken (Mail-Spamming)“ untersagen. Sanktioniert wird ein wiederholter Verstoß durch eine Einstellung des E-mail-Dienstes für den Anschluss sowie eine Kündigung des Vertrages.<sup>551</sup> Teilweise wird dies auf die Verbreitung von „unaufgeforderten Massensendungen (Junk-E-mail)“ ohne Einschränkung auf Werbezwecke erweitert.<sup>552</sup> Derartige Klauseln entsprechen den von der deutschen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen. Ob gegen sie keine rechtlichen Bedenken bestehen,<sup>553</sup>

<sup>546</sup> So auch: Schwerdtfeger-Peschel-Mehner, Cyberlaw, S. 131; Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, Hoeren/Sieber-Körner-Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 122, 371, 383; Koch, Internet-Recht, S. 242; Strömer, Onlinerecht, S. 7, 8.

<sup>547</sup> A.A.: Jung, Die Netiquette, S. 153, 162, dem zufolge diese zum Kernbestand der Netiquette gehörende Regel einer seit längerem vorherrschenden und tatsächlich befolgten Auffassung der Netzwerknutzer entspreche.

<sup>548</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 673.

<sup>549</sup> Zur Indizfunktion von Wettbewerbsregeln, Nordemann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 531; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 691.

<sup>550</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 163, 169.

<sup>551</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 159; Spindler-Spindler, Vertragsrecht, Teil IV, Rdn. 158 m.w.N. Ähnlich die AGB der T-Online International AG Dienst T-Online von August 2000 in Ziff. 5.4.2.

<sup>552</sup> Spindler-Spindler, Vertragsrecht, Teil IV, Rdn. 158 m.w.N, so in den Nutzungsbedingungen von AOL (Stand: Oktober 1999) unter Ziff. 5.2.

<sup>553</sup> So Spindler-Spindler, Vertragsrecht, Teil IV, Rdn. 159. Vgl. zur der Problematik der Vereinbarkeit mit dem AGBG auch Hoeren, NJW 1998, 2849, 2852: eine Vereinbarung zwischen User und Provider, wonach der User keine erwünschten Werbemails empfangen darf, verstoße gegen § 3 AGBG.

hängt davon ab, ob die E-mail-Werbung auch unter Beachtung europäischer Rechtsvorgaben als wettbewerbswidrig qualifiziert werden kann und soll an dieser Stelle noch nicht erörtert werden.

Demgegenüber enthalten die Benutzungsordnungen der gemeinnützigen Informations- und Kommunikationssysteme eher allgemein gehaltene Bezugnahmen auf die Verhaltensmaßstäbe der Netzwerkethik, wie etwa das Missbrauchs- und Behinderungsverbot.<sup>554</sup> Derartige Regelungen sind zu weit gefasst, um sie als Grundlage einer vertraglichen oder vereinsrechtlichen Unterwerfung als verbindlich anerkennen zu können.<sup>555</sup>

Ein Vertragsbruch kann nur in besonderen Ausnahmefällen zugleich einen Wettbewerbsverstoß darstellen. Grundsätzlich sind die Sanktionen des Vertragsrechts bei Verstößen vorrangig und ausreichend. Dies gilt sowohl im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander als auch im Verhältnis zu Außenstehenden. Gegen § 1 UWG kann ein Vertragsbruch nur verstoßen, wenn im Einzelfall besondere unlauterkeitsbegründende Umstände hinzutreten.<sup>556</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der Verletzer nicht nur gegen den Vertrag verstößt, sondern damit zugleich auch in den Wettbewerb eingreift. Dann erhält der Vertragsverstoß neben der Wirkung unter den Parteien eine Wirkung auf den Wettbewerb. Dies ist der Fall, wenn die vertragliche Bestimmung unmittelbar den Wettbewerb regelt.<sup>557</sup>

Ein Verbot der unangeforderten Verbreitung von Massensendungen weist keinen unmittelbaren Wettbewerbsbezug auf. Entsprechendes gilt für festgelegte Obergrenzen für die Versendung von E-mails.<sup>558</sup> Derartige Vorschriften sind bewusst weit gefasst, so dass auch private Kettenbriefe hierunter subsumiert werden können. Sie sollen vor allem verhindern, dass ein Funktionieren des Online-Dienstes durch das hohe Datenaufkommen der Massensendungen beeinträchtigt wird. Die Regelungen bezwecken daher den Schutz der Leistungsfähigkeit des Online-Dienstes und sollen nicht unmittelbar den Wettbewerb regeln.

Teilweise wird in einem Vertragsbruch dann ein Wettbewerbsverstoß gesehen, wenn die Nutzungsbedingungen der Online-Dienste ein Verbot der Übermittlung werben-

---

<sup>554</sup> Vgl. auch die Verwaltungs- und Benutzungsordnung für das Universitätsrechenzentrum der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf vom 21.02.1995, § 7, Ziff. 2., 3. Spiegelstrich - zu beziehen über die URL: <http://www.uni-duesseldorf.de> -, bei der es sich allerdings um eine Regelung im Bereich des öffentlichen Rechts handelt.

<sup>555</sup> Ähnlich Hoeren, UFITA, Band 137, 1996, 35, 38.

<sup>556</sup> Vgl. BGH, GRUR 1976, 427, 428 („Einfirmenvertreter“); GRUR 1983, 451 („Ausschank unter Eichstrich“); GRUR 1987, 832, 833 („Konkurrenzschutzklausel“); Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 695; Gloy-Jacobs, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 47, Rdn. 26.

<sup>557</sup> OLG Hamburg, GRUR 1988, 144, 145 („Bestattungswerbung“); Gloy-Jacobs, Handbuch des Wettbewerbsrecht, § 47, Rdn. 26, 27; Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 695.

<sup>558</sup> Hierauf wird der Nutzer in den AGB der T-Online International AG Dienst T-Online vom August 2000 in Ziff. 5.4.1. hingewiesen.

der E-mails an Nutzer vorsehen.<sup>559</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Bei einem solchen Werbeverbot handelt es sich um eine unmittelbar wettbewerbsbezogene Absprache, die die Werbeadressaten vor Belästigungen schützen und auch die Allgemeinheit vor Wettbewerbsauswüchsen bewahren soll. Es liegen daher besondere unlauterkeitsbegründende Umstände vor, so dass nicht nur ein vertragswidriges, sondern zugleich ein wettbewerbswidriges Handeln gegeben ist. Im Einzelfall kann daher ein Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs in der Form des Vertragsbruchs gegeben sein.

### **3.3.4. Wettbewerbsrechtliche Relevanz der Verhaltensregeln der Internationalen Handelskammer ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet<sup>560</sup>**

Die Internationale Handelskammer in Paris (ICC), eine internationale nicht-staatliche Organisation,<sup>561</sup> hat Verhaltensregeln für das Internet zusammengestellt. Die ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet vom 2. April 1998 regeln in ihrem Artikel 5 Ziff. 6 die „Unsolicited commercial messages“. Es sollen an die Nutzer keine unverlangten gewerblichen Mitteilungen online versandt werden, die zu erkennen gegeben haben, dass sie solche Mitteilungen nicht zu erhalten wünschen. Sofern kein Widerspruch vorliegt, können E-mails mit Werbecharakter daher auch ohne Zustimmung des Users versandt werden. Die Verhaltensregeln bleiben damit hinter den Vorgaben des deutschen Rechts zurück.

Bei den ICC-Guidelines handelt es sich um rechtlich unverbindliche Verhaltenscodizes mit lediglich empfehlendem Charakter, sog. soft law.<sup>562</sup> Sie stellen den Versuch einer Selbstregulierung der Werbewirtschaft für den Online-Marketing-Bereich dar.<sup>563</sup> Das schließt nicht aus, dass die ICC-Guidelines als Bezugsdokument für die nationale Rechtsprechung und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit dienen können, etwa bei der Normauslegung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sie in ihrer Eigenschaft als „soft law“ das anwendbare nationale Wettbewerbsrecht nur ergänzen und keineswegs verdrängen können.<sup>564</sup>

---

<sup>559</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment, Handbuch Multimedia Recht, Fach 11.1, Rdn. 124 unter Bezugnahme auf OLG Hamburg, GRUR 1988, 144 („Bestattungswerbung“).

<sup>560</sup> Text unter URL: [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/internet\\_guidelines.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/internet_guidelines.asp) (letzte Abfrage vom 2.08.2001).

<sup>561</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 169.

<sup>562</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 163.

<sup>563</sup> Vgl. Lehmann-Hoeren, Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), S. 111, 112. Zur Selbstregulierung der Medien- und Werbewirtschaft vgl. auch Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 586.

<sup>564</sup> Jung, Die Netiquette, S. 153, 160, 164.

### 3.4. Fallgruppe Marktstörung

Eine in der Literatur vertretene Auffassung<sup>565</sup> will bei unverlangter Werbung ein Verbot auf eine sittenwidrige Marktstörung stützen, da eine Beeinträchtigung erst eintrete, wenn sich die unverlangte Werbung häufe. Es sei nicht der Einzelfall, der das Verdikt der Sittenwidrigkeit gemäß § 1 UWG rechtfertige, sondern das Allgemeininteresse an der Verhinderung einer uferlosen Belastung moderner Kommunikationsmittel mit Massenwerbung.

Es ist zutreffend, dass die negativen Faktoren bei einer einzigen Werbe-E-mail relativ gering sind. Erst die Potenzierung führt zu einer unzumutbaren Belästigung, so dass der Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr an Bedeutung gewinnt. Die Berücksichtigung dieses Kriteriums rechtfertigt für sich alleine aber nicht die Einordnung in die Fallgruppe der Marktstörung. Die Nachahmungsgefahr findet in den unterschiedlichsten Fallgestaltungen Anwendung,<sup>566</sup> so auch bei der „Belästigung“ als Unterfallgruppe des „Kundenfangs“.<sup>567</sup> Eine Marktstörung wird durch unaufgeforderte E-mail-Werbung nicht hervorgerufen. Um eine Marktstörung oder allgemeine Marktbehinderung handelt es sich, wenn eine nicht leistungsgerechte Wettbewerbsmaßnahme geeignet ist, durch die Beseitigung der Freiheit von Angebot und Nachfrage den Bestand des Wettbewerbs zu gefährden und die Mitbewerber zu verdrängen.<sup>568</sup> Beispiel hierfür ist insbesondere die Massenverteilung von Originalwaren und die Gratislieferung von Presseerzeugnissen.<sup>569</sup> Bei der Zusendung unerwünschter E-mail-Werbung geht es nicht um eine Gefährdung oder gar Aufhebung des Wettbewerbes in seinem Bestand, sondern darum, dass Werbemaßnahmen unterbunden werden, die für die betroffenen Verkehrskreise untragbar sind.

### 3.5. Verletzung von Grundrechten des Werbenden

Es wurde oben unter 3.1.6. im Ergebnis festgestellt, dass die Zusendung unerwünschter E-mail-Werbung eine unzumutbare Belästigung des Empfängers darstellt und gegen § 1 UWG verstößt. Dieses Ergebnis gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass ein Verbot der E-mail-Werbung keine Grundrechte des Werbenden verletzt.

Bei der Lösung des Interessenkonflikts zwischen der werbenden Wirtschaft und dem Werbeadressaten im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Werbemaßnah-

---

<sup>565</sup> Härtling, Internetrecht, Rdn. 265.

<sup>566</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung bei Sosnitzer, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 58 ff.

<sup>567</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 57.

<sup>568</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 832; Schwerdtfeger-Peschel-Mehner, Cyberlaw, S. 132; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 401.

<sup>569</sup> Ausführlich: Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 19, S. 296 ff.

me ist zu berücksichtigen, dass § 1 UWG verfassungskonform auszulegen ist.<sup>570</sup> Nach der Lehre von der sog. „mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte“<sup>571</sup> sind die „Ausstrahlwirkungen“ der den Grundrechten innewohnenden Wertvorstellungen bei der Anwendung von Generalklauseln zu beachten.

### 3.5.1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Das Verhalten im Wettbewerb, einschließlich der beruflichen Werbung, gehört zum Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Werbefreiheit umfasst nicht nur die Freiheit überhaupt zu werben, sondern auch die Entscheidung des Unternehmers für eine bestimmte Form der Werbung.<sup>572</sup> Staatliche Maßnahmen, die den Berufstätigen dabei beschränken, sind Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung.<sup>573</sup>

Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage, die ihrerseits den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt. Unter Zugrundelegung der sog. „Dreistufentheorie“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>574</sup> sind die gesetzlichen Grundlagen dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden und wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.<sup>575</sup> Bei § 1 UWG handelt es sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Regelung der Berufsausübung.<sup>576</sup>

Damit der Vorrang der Grundrechte auch auf Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt, sind grundrechtsbeschränkende Gesetze ihrerseits wieder unter Berücksichtigung des beschränkten Grundrechts auszulegen.<sup>577</sup> Es wurden bereits die Gründe für die grundsätzliche Unzulässigkeit unaufgeforderter E-mail-Werbung herausgearbei-

<sup>570</sup> V. Gamm, § 1 UWG, Rdn. 35; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 92, 93; Piper, Aktuelle Rechtsprechung, Rdn. 22; Köhler/Piper-Köhler, Einf., Rdn. 29.

<sup>571</sup> Seit BVerfGE 7, 198, 205 („Lüth“) st. Rspr. des BVerfG; BVerfG, ZIP 2001, 39, 43 („Benetton“). Vgl. auch Krüger-Nieland, GRUR 1974, 561; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 108. Vgl. zur Frage der Drittwirkung der Grundrechte ausführlich: v. Münch-v. Münch, Vorb. Art. 1-19 GG, Rdn. 28-33, m.w.N.

<sup>572</sup> BVerfGE 40, 371, 382 („Verbot von Werbefahrten“); 85, 248, 256 („Hackethal“); 95, 173, 181 („Tabakwerbung“); v. Münch-Gubelt, Art. 12 GG, Rdn. 38; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 12 GG, Rdn. 19 b; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 178.

<sup>573</sup> BVerfGE 85, 248, 256 („Hackethal“); 94, 372, 389 („Werbeverbote für Apotheker“); NJW 1993, 1969 („Verkauf an Letztverbraucher in SB-Großmarkt“); vgl. auch BVerfG, NJW 2000, 3195 („Anwaltswerbung durch Sponsoring“); Maunz/Düring-Scholz, Art. 12 GG, 326, 327.

<sup>574</sup> BVerfGE 7, 377, 405 ff. („Apothekenurteil“).

<sup>575</sup> BVerfGE 95, 173, 183 („Tabakwerbung“); Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 12 GG, Rdn. 18.

<sup>576</sup> BVerfGE 32, 311, 317 („Grabsteinwerbung“); 85, 248, 257 („Hackethal“); Maunz/Düring-Scholz, Art. 12 GG, Rdn. 390.

<sup>577</sup> BVerfG, NJW 1993, 1969, 1970 („Verkauf an Letztverbraucher im SB-Großmarkt“).

tet. Diese Erwägungen dienen dem Schutz des Umworbene(n) vor Belästigungen sowie dem Schutz der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs<sup>578</sup> und damit dem Gemeinwohl. Das grundsätzliche Verbot unaufgeforderter E-mail-Werbung ist hierfür geeignet und erforderlich. Ein Mittel, das diesen Zweck ebenso gut erreicht, die Berufsausübungsfreiheit aber weniger beschränkt,<sup>579</sup> ist nicht erkennbar. Insbesondere vermag eine bloße Kennzeichnungspflicht der E-mail-Werbung nicht die eine unzumutbare Belästigung begründenden Elemente gänzlich zu vermeiden oder zumindest auf ein hinnehmbares Maß zu reduzieren.

Schließlich ist die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dem Werbenden auch zuzumuten. Es verbleibt ihm die grundsätzliche Möglichkeit durch Werbung auf sich aufmerksam zu machen.<sup>580</sup> Da E-mail-Werbung zudem zulässig ist, wenn der Umworbene ausdrücklich oder stillschweigend hiermit einverstanden ist oder sein Einverständnis vermutet werden kann, stellt sich das grundsätzliche Verbot der E-mail-Werbung nicht als eine die Berufsausübung unzumutbar beschränkende Maßnahme dar. Eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit liegt nicht vor.

### 3.5.2. Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1, S. 1, 1. Halbsatz GG)

Die E-mail-Werbung müsste vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1, S. 1, 1. Halbsatz GG umfasst sein. Der Begriff der Meinung ist „grundsätzlich weit zu verstehen“.<sup>581</sup> Sofern eine Äußerung durch Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder des Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts, der auch Tatsachenmitteilungen einschließt, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinung sind.<sup>582</sup> Die Meinungsäußerung eines Gewerbetreibenden fällt nicht schon deshalb aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, weil sie Wettbewerbszwecken i.S.d. § 1 UWG dient. Dass eine Meinung wirtschaftliche Vorteile bezweckt, ändert an ihrem Charakter als Meinung nichts.<sup>583</sup> Nach überwiegender Auffassung des Schrifttums fällt daher Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>584</sup>

<sup>578</sup> Vgl. BGHZ 54, 188, 190 („Telefonwerbung I“); Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 81.

<sup>579</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 85, 248, 260 („Hackethal“).

<sup>580</sup> Vgl. zu diesem Gesichtspunkt: v. Mangoldt/Klein/Starck-Manssen, Art. 12 GG, Rdn. 156.

<sup>581</sup> BVerfG, NJW 1992, 1153.

<sup>582</sup> BVerfG, NJW 1992, 1153; extensiver Maunz/Düring-Herzog, Art. 5 GG, Rdn. 55, dem zufolge Art. 5 Abs. 1 GG in einem umfassenden Sinn das „Recht der freien Rede“ garantiere bzw. „das Recht des einzelnen zur freien Mitteilung an andere im weitesten Sinne des Wortes“.

<sup>583</sup> BVerfG, NJW 1992, 1153; BGH, ZIP 1995, 1286, 1289 („Ölverschmutzte Ente“); Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 218; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 25; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 11.

<sup>584</sup> Vgl. z.B.: AK-Hoffmann-Riem, Art. 5 I, II GG, Rdn. 23; ders. Kommunikationsfreiheit für Werbung, ZUM 1996, 1, 4; Ahrens, Anwaltssponsoring vor dem BVerfG, NJW 2000, 3188; Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 125, 126; v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 11 m.w.N.; Isensee/Kirchhof-Schmidt-Jortzig, Handbuch des Staatsrechts VI, § 141, Rdn. 21; Klopfer/Michael, Vergleichende Werbung und Verfassung, GRUR 1991, 170, 173 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 25; Maunz-Düring-Herzog, Art. 5 GG, Rdn. 55 e; Sevecke, „Schockwerbung“ der Firma Benetton verstößt nicht gegen § 1 UWG, AfP 2001, 179, 187.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht zunächst annahm, dass die reine Wirtschaftswerbung nicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, sondern von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst werde,<sup>585</sup> erkennt es nun an, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit für Wirtschaftswerbung jedenfalls dann als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt, wenn eine Ankündigung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen.<sup>586</sup> Dieses Erfordernis dürfte in der Regel erfüllt sein, da wertende oder meinungsbildende Inhalte in den meisten Werbeaussagen enthalten sind. Es ist gerade das Ziel von Werbung, die Meinung des Adressaten dahingehend zu „bilden“, dass die angepriesenen Produkte gekauft werden sollen.<sup>587</sup> Da ein „Äußern“ und „Verbreiten“ einer Meinung mittels des Ausdrucksmittels „Schrift“ auch bei der Übermittlung von Textinformationen über das Internet vorliegt,<sup>588</sup> ist die E-mail-Werbung regelmäßig vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst. Dies gilt selbst dann, wenn sie von einer Internet-Marketing-Agentur durchgeführt wird, der der Inhalt der Werbebotschaft womöglich gänzlich gleichgültig ist. Geschützt wird die Kundgabe einer Meinung als solche; ob sie die eigene oder die fremde Meinung des Werbungsauftraggebers ist, bleibt unerheblich.<sup>589</sup> Dass die Freiheit der beruflichen Werbung auch in Art. 12 GG gewährleistet ist, schließt es angesichts der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG für die Wirtschaft nicht aus, Werbebeschränkungen auch an diesem Grundrecht zu messen.<sup>590</sup>

Das grundsätzliche Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung stellt einen Eingriff in die Meinungsfreiheit dar, weil dem Werbenden die Äußerung einer Meinung in einer bestimmten Form untersagt wird.

Dieser Eingriff muss sich auf eine verfassungsmäßige gesetzliche Regelung stützen, deren Auslegung und Anwendung ebenfalls keinen verfassungsmäßigen Bedenken ausgesetzt sein darf. Die Generalklausel des § 1 UWG stellt ein „allgemeines Gesetz“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG dar, durch das die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Meinungsäußerungsfreiheit eingeschränkt wird.<sup>591</sup> Nach der sog. Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichts<sup>592</sup> ist die Vorschrift des § 1 UWG indessen im

<sup>585</sup> BVerfGE 40, 371, 382 („Verbot von Werbefahrten“).

<sup>586</sup> BVerfGE 71, 162, 175 ff. („Berufswidrige Werbung durch Ärzte“); BVerfGE 95, 173, 182 („Tabakwerbung“). Siehe jetzt aber wieder: BVerfG, NJW 2000, 3195 („Anwaltswerbung durch Sponsoring“). Das BVerfG geht auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG mit keinem Wort ein. Vgl. aber demgegenüber jüngst: BVerfG, ZIP 2001, 39, 42 mit Anm. *Volmer*, S. 45 = DB 2001, 3 = WRP 2001, 129 („Benetton-Werbung“).

<sup>587</sup> V. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 11; v. Mangold/Klein/Starck-Manssen, Art. 12 Abs. 1 GG, Rdn. 274; Köhler/Piper-Köhler, Einf., Rdn. 33.

<sup>588</sup> Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 135.

<sup>589</sup> Isensee/Kirchhof-Schmidt-Jortzig, Handbuch des Staatsrechts VI, § 141, Rdn. 21.

<sup>590</sup> V. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 11; v. Mangold/Klein/Starck-Manssen, Art. 12 Abs. 1 GG, Rdn. 274.

<sup>591</sup> BVerfG, NJW 1992, 1153, 1154; BVerfG, ZIP 2001, 39, 42 („Benetton-Werbung“); Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 230; v. Mangold/Klein/Starck-Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rdn. 252. Vgl. zur Bedeutung des Begriffs „allgemeine Gesetze“ ausführlich v. Münch-Wendt, Art. 5 GG, Rdn. 69 ff.

<sup>592</sup> BVerfGE 7, 198, 208 f. („Lüth“).

Lichte der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 S.1 GG auszulegen und so in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung selbst wieder einzuschränken. Es müssen mithin die nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Meinungsäußerungsfreiheit einerseits und die in § 1 UWG geschützte Lauterkeit des Wettbewerbs andererseits einander zugeordnet werden.<sup>593</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Einschränkungen des für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierenden Rechts der freien Meinungsäußerung grundsätzlich einer Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange oder schutzwürdige Rechte und Interessen Dritter bedürfen. Dies gilt für kritische Meinungsäußerungen zu gesellschaftlichen oder politischen Fragen in besonderem Maße.<sup>594</sup> Demgegenüber geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass Meinungsäußerungen in größerem Umfang durch allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG beschränkt werden dürfen, wenn sie weder dem politischen Meinungskampf noch dem gesamtgesellschaftlichen Diskurs, sondern vorrangig wirtschaftlichen Interessen dienen.<sup>595</sup> Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb fällt gegenüber dem Recht auf freie Meinungsäußerung um so mehr ins Gewicht, je stärker die Äußerungen aus reinem Gewinnstreben heraus erfolgt.<sup>596</sup>

§ 1 UWG verfolgt im Bereich der belästigenden Werbung den legitimen Zweck, für den Empfänger unzumutbare Werbemaßnahmen zu unterbinden. Dieses Interesse wird im Fall der E-mail-Werbung bei privaten Adressaten zumindest durch Art. 2 Abs. 1 GG und bei Gewerbetreibenden durch Art. 12 GG geschützt.<sup>597</sup> Ferner dient § 1 UWG dem Interesse der Allgemeinheit an einer Verhinderung von Wettbewerbsauswüchsen.<sup>598</sup> Die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist entsprechend der im Rahmen der Prüfung von Art. 12 Abs. 1 GG angestellten Erwägungen zum Schutz dieser Belange geeignet und erforderlich. Es fragt sich, ob der erreichte Erfolg im angemessenen Verhältnis zu den Einbußen steht, die die Beschränkung der Meinungsfreiheit mit sich bringt.<sup>599</sup> Ein Werbungstreibender, der unaufgefordert E-mail-Werbung versendet, verfolgt damit in aller Regel das eigennützige Ziel einer Verbesserung seiner Wettbewerbsposition. Dem Schutz des Einzelnen vor belästigender Werbung und der Allgemeinheit vor einer Verwilderung des Wettbewerbs kommt daher größerer Bedeutung zu. Ferner wird die Meinungsfreiheit durch das Verbot der E-mail-Werbung nicht in schwerwiegender Weise beeinträchtigt. Dem Werbetreibenden wird die Äußerung seiner Meinung nur in einer bestimmten Form untersagt. Die Kundgabe in anderer Form, etwa durch einen Werbebrief, bleibt weiterhin möglich. Das durch § 1 UWG geschützte Interesse des Einzelnen vor belästi-

<sup>593</sup> BVerfG, NJW 1992, 1153, 1154; BGH, ZIP 1995, 1286, 1289 („Ölverschmutzte Ente“).

<sup>594</sup> BVerfG, ZIP 2001, 39, 43 („Benetton“).

<sup>595</sup> BVerfGE 62, 230, 245 („Markt-intern“); BVerfG, NJW 1992, 1153, 1154. Im Ergebnis wohl ebenso: BVerfG, ZIP 2001, 39, 43 („Benetton-Werbung“). Diese Differenzierung ablehnend: Volmer, ZIP 2001, 45, 46.

<sup>596</sup> V. Gamm, Einf. A, Rdn. 10; Baumbach/Hefermehl, Allg., Rdn. 63 a, 63 b; Köhler/Piper-Köhler, Einf., Rdn. 33.

<sup>597</sup> Vgl. Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 108.

<sup>598</sup> BGHZ 54, 189, 190 („Telefonwerbung I“).

<sup>599</sup> BVerfGE 71, 162, 181 („Berufswidrige Werbung durch Ärzte“).

gender E-mail-Werbung und der Allgemeinheit vor Wettbewerbsauswüchsen ist daher gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit des Werbenden als vorrangig anzusehen. Eine Verletzung des Grundrechts des Werbenden aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG scheidet aus.

### 3.5.3. Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG)

Teilweise wird im Hinblick auf das Verbot bestimmter Werbeformen - meist ohne Begründung - die Auffassung vertreten, dass sich aus Art. 14 Abs. 1 GG Rechte des Werbenden ergeben würden.<sup>600</sup> Diese Ansicht ist unzutreffend. Das grundsätzliche Verbot unaufgeforderter E-mail-Werbung mag zwar die Umsatz- und Gewinnchancen des Werbenden mindern, es berührt aber insoweit keine eigentumsrechtlich relevanten Rechte. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen.<sup>601</sup> Dabei kann vorliegend dahinstehen, inwieweit der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb Eigentumsschutz genießt. Jedenfalls werden nach allgemeiner Auffassung bloße Chancen und tatsächliche Gegebenheiten nicht dem geschützten Bestand zugerechnet.<sup>602</sup> Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist daher nicht eröffnet.

### 3.5.4. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die unternehmerische Dispositionsfreiheit.<sup>603</sup> Sofern die betreffende Tätigkeit dem Beruf zuzuordnen ist, wird Art. 2 Abs. 1 GG durch das speziellere Freiheitsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG verdrängt.<sup>604</sup> Das ist hier der Fall. Für eine Prüfung am Maßstab von Art. 2 Abs. 1 GG ist demzufolge kein Raum.

### 3.5.5. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Ein Gleichheitsverstoß liegt dann vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen.<sup>605</sup>

<sup>600</sup> BGH, NJW 1994, 1071, 1072 („Lexikothek“); Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 406 (hinsichtlich der Telefonwerbung); Horster/Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1, 17 (hinsichtlich der E-mail-Werbung).

<sup>601</sup> BVerfGE 95, 173, 187 f. („Tabakwerbung“).

<sup>602</sup> BVerfG, NJW 1993, 1969, 1971 („Verkauf an Letztverbraucher im SB-Großmarkt“); Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 178.

<sup>603</sup> BVerfGE 95, 173, 188 („Tabakwerbung“).

<sup>604</sup> BVerfG, NJW 1993, 1969, 1971 („Verkauf an Letztverbraucher im SB-Großmarkt“); v. Münch-Gubelt, Art. 12 GG, Rdn. 93, der allerdings selbst die Werbefreiheit als nicht von Art. 12 GG erfasst ansieht und daher Art. 2 GG für anwendbar hält.

<sup>605</sup> BVerfGE 55, 72, 88; BVerfG, NJW 1993, 1969, 1972 („Verkauf an Letztverbraucher im SB-Großmarkt“); Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 3 GG, Rdn. 35.

Als Vergleichsgruppen kommen Unternehmer, die Direktmarketing mittels Briefkastenwerbung und Unternehmer, die Direktmarketing mittels E-mail-Werbung betreiben, in Betracht. In beiden Fällen handelt es sich um Werbebotschaften in Schriftform. Hierzu zählen Formen der elektronischen Textübertragung dann, wenn sich die Information beim Empfänger in Schriftform darstellt.<sup>606</sup> In beiden Fällen werden Werbebotschaften in einen - realen bzw. elektronischen - Briefkasten eingebracht.

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, da Briefkastenwerbung grundsätzlich zulässig, E-mail-Werbung demgegenüber grundsätzlich unzulässig ist. Die Ungleichbehandlung ist aber durch sachliche Unterschiede gerechtfertigt.<sup>607</sup> Die herausgearbeiteten Gründe für die Unzulässigkeit der E-mail-Werbung verdeutlichen, dass diese Direktmarketingmethode den Umworbenen stärker belästigt als die Briefkastenwerbung. Bei der E-mail-Werbung besteht wegen ihrer außergewöhnlichen Wirtschaftlichkeit und ihrer gezielten Einsatzmöglichkeit in hohem Maße die Gefahr, dass sie ausufert. Diese Gefahr ist bei der Briefkastenwerbung nicht in diesem Umfang gegeben, da die Briefkastenwerbung sowohl kostenintensiv hergestellt als auch verteilt werden muss. Diese sachlichen Unterschiede rechtfertigen eine Verschiedenbehandlung. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG scheidet daher aus.

### **3.5.6. Ergebnis**

Das grundsätzliche Verbot der E-mail-Werbung verletzt keine Grundrechte des Werbenden.

## **4. Zusammenfassung und Ergebnis zur Wettbewerbswidrigkeit der E-mail-Werbung**

Die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung ist wegen unzumutbarer Belästigung als unlauter anzusehen; unter Umständen kommt auch eine Unlauterkeit wegen Rechtsbruchs unter dem Gesichtspunkt der Verletzung vertraglicher Bindungen in Betracht. Damit wird sowohl dem Interesse des Umworbenen, vor belästigender Werbung geschützt zu werden, als auch dem Interesse der Allgemeinheit an einer Lauterkeit des Wettbewerbs und an der Verhinderung von Wettbewerbsauswüchsen Vorrang vor dem Interesse des Werbenden eingeräumt. Für dieses Ergebnis sprechen die folgenden Erwägungen:

Die herausgearbeiteten Belästigungskriterien lassen die E-mail-Werbung unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr als eine für den Empfänger unzumutbare Werbemethode erscheinen. Der Empfang von E-mail-Werbung

<sup>606</sup> Vgl. Bonner Kommentar-Degenhart, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG, Rdn. 135.

<sup>607</sup> Vgl. hierzu: BVerfG, NJW 1993, 1969, 1972 („Verkauf an Letztverbraucher im SB-Großmarkt“).

verursacht bei dem Adressaten Kosten. Durch den massenhaften Versand von E-mail-Werbung besteht die Gefahr der Blockierung des dem Nutzer auf dem Server des Providers eingeräumten Speicherplatzes. Ferner wird dem Empfänger ein Aufwand an Zeit- und Mühe zum Aussortieren der Werbe-E-mails aufgezwungen. Bei einem beruflich tätigen Werbeadressaten kann darüber hinaus der Betriebsablauf empfindlich gestört werden. Durch eine Kennzeichnung der E-mail-Werbung lassen sich die eine Belästigung begründenden Umstände weder gänzlich vermeiden, noch auf ein hinnehmbares Maß reduzieren. Eine Belästigung durch E-mail-Werbung scheidet ausnahmsweise nur dann aus, wenn der Umworbene mit der E-mail-Werbung einverstanden oder sein Einverständnis zu vermuten ist.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist das Interesse des Werbenden an einer gezielten Individualwerbung nachrangig. Das Verbot der E-mail-Werbung verletzt seine Grundrechte nicht. Das Interesse der an einer Werbung per E-mail interessierten Kunden wird durch das Verbot nicht beeinträchtigt. Ihnen steht es frei, selbst an den Werbenden heranzutreten und um die Zusendung von E-mail-Werbung zu bitten, z.B. durch Eintragung in eine Mailing-Liste des Werbenden.

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass unaufgeforderte E-mail-Werbung wettbewerbswidrig ist, wenn nicht der private oder beruflich tätige Empfänger zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit dieser Form der Werbung erklärt hat oder sein Einverständnis vermutet werden kann.

#### **IV. Sonderfälle**

Unabhängig davon, dass bereits die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung unlauter ist, können sich weitere Unlauterkeitsmomente aus der Gestaltung der E-mail im Einzelfall ergeben. Wegen der Vielzahl inhaltlicher Gestaltungsmöglichkeiten sind die verschiedensten Wettbewerbsverstöße denkbar. Im Folgenden soll auf einige typische Probleme eingegangen werden, die im Fall der E-mail-Werbung aufgetreten sind.

##### **1. Getarnte Werbung**

Eher unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs durch Belästigung als unter dem des Kundenfangs durch Täuschung sind bislang getarnte Werbemaßnahmen im Hinblick auf den persönlichen Bereich beurteilt worden.<sup>608</sup> Der BGH hat in seiner „Briefwerbung“ - Entscheidung ausgeführt, dass Werbesendungen, die sich in ihrer äußeren Aufmachung völlig als Privatbrief tarnen und deren Werbecharakter erst nach näherem Befassen erkennbar ist, eine unzumutbare Belästigung des Adressaten darstellen

---

<sup>608</sup> Vgl. Henning-Bodewig, GRUR Int. 1991, 858, 860.

können. Das sei aber nicht der Fall, wenn der Beworbene spätestens nach Öffnen des ersten Werbebriefs erkennen könne, dass es sich um eine Werbesendung handele.<sup>609</sup>

Diese Erwägungen lassen sich auf den Fall einer getarnten E-mail-Werbung nur in modifizierter Weise übertragen. Sittenwidrig sind E-mail-Werbebotschaften, deren Betreffzeile („subject“) so gestaltet ist, dass der Empfänger den Eindruck gewinnt, es handele sich um eine lang erwartete Nachricht von einem Geschäftspartner oder Bekannten. Anders als im Fall von Werbebriefen reicht es bei einer E-mail nicht aus, wenn der Empfänger den werblichen Charakter sofort nach dem Öffnen erkennen kann. Bei einem Werbebrief ermöglichen in der Regel schon äußerliche Kennzeichen selbst bei aufwendiger Tarnung eine rasche Identifizierung. Demgegenüber verhindert das uniforme Erscheinungsbild eingehender E-mails im Mailclient des Empfängers bei getarnten E-mails eine Identifizierung. Insofern sind bei der E-mail schärfere Abgrenzungskriterien anzuwenden.<sup>610</sup> Der Werbende muss seine E-mail mit einer aussagekräftigen Betreffzeile versehen, damit der Empfänger den werblichen Charakter der E-mail bereits vor dem Öffnen erkennen kann.<sup>611</sup> Demgegenüber ist es nicht erforderlich, dass der Werbetreibende zur Kennzeichnung bestimmte Begriffe verwendet.<sup>612</sup> Die fehlende Kennzeichnung einer Werbe-E-mail mit bestimmten Schlüsselbegriffen und die bewusste Verschleierung ihres kommerziellen Charakters können rechtlich nicht gleich beurteilt werden. Gegen Werbende, die eine korrekte Absenderadresse angeben sowie in der Betreffzeile einen erklärenden Zusatz einfügen, kann nicht der Vorwurf der Versendung getarnter Werbe-E-mails erhoben werden.

Ein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten i.S.d. § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt einer unzumutbaren Belästigung des Adressaten liegt daher vor, wenn der Werbende den kommerziellen Charakter einer Werbe-E-mail bewusst verschleiert, weil der Empfänger hierdurch zu einer ungewollt langen Auseinandersetzung mit der Werbung gezwungen wird. Daneben ergibt sich die Unlauterkeit auch aus dem Gesichtspunkt einer Täuschung durch Tarnung von Werbemaßnahmen.<sup>613</sup> Denn solche Werbepraktiken sind auf das Hervorrufen einer falschen, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Vorstellung gerichtet und widersprechen dem prinzipiellen Verbot, eine Werbemaßnahme so zu tarnen, dass sie als solche dem Umworbenen nicht erkennbar ist.<sup>614</sup>

Nach der Auffassung von *Schrey* ziehe die Tarnung einer Werbe-E-mail auch Unterlassungsansprüche aus § 3 UWG nach sich.<sup>615</sup> Dem steht entgegen, dass das Vorliegen des Merkmals einer Irreführung über „geschäftliche Verhältnisse“ zweifelhaft

<sup>609</sup> BGHZ 60, 296, 299.

<sup>610</sup> In diesem Sinne auch Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1146.

<sup>611</sup> Vgl. z.B.: AG Kiel, MMR 2000, 51, der „Betreff“ lautete: „OnlineMarketing-Partnerschaft“.

<sup>612</sup> So aber Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1146, die aber die E-mail-Werbung auch für grundsätzlich zulässig halten; ähnlich auch Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 111.

<sup>613</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1144, 1146.

<sup>614</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 27 ff.; Alt, Briefkastenwerbung, S. 106.

<sup>615</sup> Schrey, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Btx, S. 218.

ist, wenn es um eine „bloße“ Tarnung der E-mail-Werbung geht. Als irreführend i.S.d. § 3 UWG kommen nur solche unrichtigen Angaben in Betracht, die eine Aussage über irgendwelche geschäftlichen Verhältnisse treffen. Dazu gehören alle geschäftlich-relevanten Gegebenheiten, die mit der gewerblichen Tätigkeit des Werbenden irgendwie in Beziehung stehen.<sup>616</sup> Ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 3 UWG liegt z.B. dann vor, wenn der Werbende den Empfänger durch die inhaltliche Abfassung der Werbe-E-mail nicht nur über den werblichen Charakter täuscht, sondern darüber hinaus durch Bezugnahme auf eine angeblich vorausgegangene Korrespondenz den Eindruck einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung erweckt.<sup>617</sup> Eine Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG wird dadurch nicht ausgeschlossen. Zwischen beiden Vorschriften besteht Anspruchskonkurrenz.<sup>618</sup>

## 2. Angabe eines fremden oder fiktiven Absenders

In der Praxis ist besonders häufig anzutreffen, dass der Werbende statt seiner korrekten Absenderadresse entweder einen fremden Absender oder eine fiktive E-mail-Adresse im Kopf der Nachricht platziert.<sup>619</sup>

Sofern sich der Werbetreibende der Adresse eines anderen Gewerbetreibenden bedient, kann diese Vorgehensweise als Irreführung über die betriebliche Herkunft gegen § 3 UWG verstoßen.<sup>620</sup> Betriebliche Herkunftsangaben weisen auf die Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Unternehmen hin. Die Gefahr einer Irreführung über die betriebliche Herkunft reicht für einen Verstoß gegen § 3 UWG nicht aus. Das Kennzeichenrecht gewährt dem Kennzeicheninhaber bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Individualrechtsschutz nach §§ 14, 15 MarkenG und nach § 12 BGB. Mit diesem in besonderer Weise ausgestalteten Individualschutz stünde ein uneingeschränkter kollektivrechtlicher Schutz durch § 3 UWG gegen eine betriebliche Herkunftstäuschung nicht in Einklang.<sup>621</sup> Eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse i.S.d. § 3 UWG liegt erst dann vor, wenn - über die Beeinträchtigung der Identifizierungsfunktion der Kennzeichnung hinaus - inhaltlich täuschende Angaben gemacht werden. Der Verkehr muss mit der betrieblichen Herkunftsangabe auch eine inhaltliche Aussage über geschäftliche Verhältnisse im Sinne von Gütevorstellungen (qualifizierte betriebliche Herkunftsangaben) verbinden, insbesondere über die Beschaffenheit der Ware oder über die Bedeutung des Unternehmens.<sup>622</sup>

<sup>616</sup> Köhler/Piper-Piper, § 3 UWG, Rdn. 110.

<sup>617</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 110.

<sup>618</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 9; Köhler/Piper-Piper, § 3 UWG, Rdn. 15.

<sup>619</sup> Vgl ausführlich zu dieser Vorgehensweise: Horster/Fox-Kelm, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23, 24; Wenz, Fight Spam, Internet World, Heft 10/2000, S. 68 ff.

<sup>620</sup> Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1147. Im Ergebnis ebenso: Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht, S. 203.

<sup>621</sup> Köhler/Piper-Piper, § 3 UWG, Rdn. 367.

<sup>622</sup> BGH, WRP 1997, 748, 749 („grau/magenta“); Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 261 ff.; Köhler/Piper-Piper, § 3 UWG, Rdn. 367; Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 1080.

Es hängt daher von den Umständen des Einzelfalles ab, ob im Fall der E-mail-Werbung ein Verstoß gegen § 3 UWG anzunehmen ist. Entsprechendes gilt für die Annahme eines Verstoßes gegen § 1 UWG. Ein ergänzender Schutz nach § 1 UWG kommt nicht in Betracht, soweit die Wettbewerbswidrigkeit sich gerade aus Handlungen ergibt, für die das Markengesetz spezielle Regelungen enthält.<sup>623</sup>

Benutzt der Werbende eine fiktive E-mail-Adresse, um die Herkunft der E-mail zu verschleiern, so liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG vor.<sup>624</sup> Es verstößt gegen den das Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz, wenn ein Wettbewerber besondere Machenschaften trifft, um etwas zu verschleiern.<sup>625</sup>

---

<sup>623</sup> Ingerl/Rohnke, Markengesetz, München 1998, § 2 MarkenG, Rdn. 1 f.; Köhler/Piper-Köhler, Einf., Rdn. 57, (str.).

<sup>624</sup> Leupold, WRP 1998, 270, 277.

<sup>625</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 25; Köhler/Piper-Köhler/Piper, § 1 UWG, Rdn. 12.

#### **4. Kapitel Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG**

Nachdem festgestellt worden ist, dass die Zusendung der unaufgeforderten E-mail-Werbung gegen § 1 UWG verstößt, soll auf den in der Praxis im Vordergrund stehenden, sich hieraus ergebenden Unterlassungsanspruch eingegangen werden.<sup>626</sup>

##### **I. Kenntnis der Tatumstände**

Für den Unterlassungsanspruch genügt das Vorliegen objektiver Sittenwidrigkeit. Ein Verschulden ist nicht erforderlich.<sup>627</sup> Entgegen einer teilweise im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>628</sup> nimmt die Rechtsprechung an, dass der Begriff der Sittenwidrigkeit einen persönlichen Einschlag besitzt. Der Täter muss bei Begehung der Handlung alle Umstände gekannt haben, aus denen die Sittenwidrigkeit seiner Handlung folgt.<sup>629</sup> Nicht erforderlich ist, dass sich der Verletzer des sittenwidrigen Handelns bewusst war.<sup>630</sup> Selbst wenn man mit der Rechtsprechung die Kenntnis aller Tatumstände verlangen sollte, ergeben sich keine nennenswerten Probleme. Für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch kommt es auf die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz an, so dass es genügt, wenn der Täter die erforderliche Kenntnis der Tatumstände wenigstens in diesem Augenblick hat. Hieran dürfte es aber mit Rücksicht auf die meistens vorausgegangene Abmahnung sowie den Prozessverlauf kaum jemals fehlen.<sup>631</sup>

##### **II. Wiederholungsgefahr**

Der Unterlassungsanspruch setzt eine Begehungsgefahr voraus. Eine solche liegt vor, wenn entweder die Gefahr eines erstmaligen Wettbewerbsverstößes drohend bevorsteht, sog. Erstbegehungsgefahr, oder der Beklagte sich bereits wettbewerbswidrig verhalten hat und Wiederholungsgefahr besteht.<sup>632</sup> Um die letztere Fallgestaltung wird es sich regelmäßig bei der E-mail-Werbung handeln, weil der Werbende gewöhnlich erstmalig durch den Versand von gewerblichen E-mails auf sein wettbewerbswidriges Verhalten aufmerksam gemacht wird. Die Wiederholung des wettbewerbswidrigen Verhaltens muss dann ernsthaft und greifbar zu besorgen sein.<sup>633</sup> Ist

<sup>626</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches, Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 23.

<sup>627</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 125, 128, 258, die für den Unterlassungsanspruch grds. allein einen objektiven Verstoß gegen die guten Sitten ausreichen lassen wollen. Zustimmend auch Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 5, S. 52.

<sup>628</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 128; Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 5, S. 52.

<sup>629</sup> St. Rspr. vgl. z.B.: BGHZ 8, 387, 393 („Fernsprechnummer“); BGHZ 23, 184, 194 („Spalttabletten“); BGHZ 117, 115, 117, 118 („Pullovermuster“).

<sup>630</sup> BGHZ 23, 184, 194 („Spalttabletten“); Gloy-Kreft, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 13, Rdn. 7; Piper, Aktuelle Rechtsprechung, Rdn. 24.

<sup>631</sup> Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, S. 324; Gloy-Kreft, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 13, Rdn. 7.

<sup>632</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 260; Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 539.

<sup>633</sup> Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 199; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 262.

das nicht der Fall, wird die Klage als unbegründet abgewiesen.<sup>634</sup> Die Beweislast für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr trägt grundsätzlich der Kläger. Allerdings besteht bei einem bereits begangenen Wettbewerbsverstoß eine tatsächliche Vermutung für ihr Vorliegen.<sup>635</sup> Der Beklagte muss die Vermutung widerlegen, wobei die Praxis strenge Anforderungen aufstellt.<sup>636</sup> Gewöhnlich wird sich die Vermutung nur dadurch ausräumen lassen, dass der Verletzer eine bedingungslose und unwiderrufliche Unterlassungserklärung unter Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung abgibt.<sup>637</sup> Es hängt daher von den Umständen des Einzelfalles ab, ob im Fall der E-mail-Werbung Wiederholungsgefahr besteht.<sup>638</sup>

### III. Passivlegitimation

Es fragt sich, wer bei der E-mail-Werbung für den Unterlassungsanspruch der richtige Beklagte ist. Grundsätzlich ist der „Störer“ passivlegitimiert. Die wettbewerbsrechtliche Störerhaftung ist außerordentlich weit. Dahinter steht die praktische Notwendigkeit, Wettbewerbsrechtsverletzungen in allen Stadien ihrer Verwirklichung wirksam bekämpfen zu können.<sup>639</sup> Als Passivlegitimierter kommt nicht nur der Verletzer im engeren Sinn, also der (Mit-) Täter, Anstifter oder Gehilfe, sondern auch der bloße Verursacher eines wettbewerbsrechtlichen Störungszustandes in Betracht.<sup>640</sup> Für den Verletzten besteht die Möglichkeit, unterschiedslos und in beliebiger Reihenfolge gegen jeden Verletzer vorzugehen.<sup>641</sup>

#### 1. Haftung des Werbetreibenden

##### 1.1. Haftung als Störer

Störer ist jeder, von dem ernstlich zu befürchten ist, dass er durch sein Tun oder Unterlassen einen Wettbewerbsverstoß begeht. Dies ist vor allem der Werbende, der den

<sup>634</sup> BGH, GRUR 1973, 208, 209 („Neues aus der Medizin“); Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 539.

<sup>635</sup> Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, S. 324; Gloy-Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 21, Rdn. 5; Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 543.

<sup>636</sup> BGH, GRUR 1973, 208, 210 („Neues aus der Medizin“); Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, S. 324.

<sup>637</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 263, 270; Gloy-Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 21, Rdn. 5.

<sup>638</sup> Vgl. zur Annahme fehlender Wiederholungsgefahr: OLG Hamburg, CR 2000, 183.

<sup>639</sup> Vgl. BGH, MDR 1976, 469, 470 („Rechenscheibe“). Vgl. zur Kritik der Literatur an der Störerhaftung der Rechtsprechung und alternativen Lösungsansätzen: Schönemann, Die wettbewerbsrechtliche „Störer“-Haftung, WRP 1998, 120 ff.; Köhler, Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen, WRP 1997, 897 ff.; von Gierke, Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung, WRP 1997, 892 ff.

<sup>640</sup> Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 1.

<sup>641</sup> Von Gierke, Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung, WRP 1997, 892.

Wettbewerbsverstoß selbst als „Täter“ verübt.<sup>642</sup> Da mit der richtigen Software ohne besondere technische Kenntnisse der weltweite Versand von E-mail-Werbung an unzählige Empfänger möglich ist, führen insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen ihre E-mail-Marketing-Kampagnen selbst durch.<sup>643</sup> Diese sind für den Unterlassungsanspruch passivlegitimiert.

## 1.2. Haftung für einen Dritten (§ 13 Abs. 4 UWG)

In vielen Fällen wird die Online-Werbung nicht von dem Werbetreibenden selbst „inhouse“ durchgeführt, sondern von externen Dienstleistern.<sup>644</sup> Mittlerweile haben sich auch spezialisierte Unternehmen etabliert, die E-mail-Marketing im Outsourcing-Verfahren anbieten und neben der Durchführung der gesamten E-mail-Marketing-Kampagne die Aufgaben der Kundenbetreuung sowie der fortlaufenden Pflege und Verwaltung der E-mail-Datenbanken übernehmen.

Unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 4 UWG haftet der Werbende, wenn er die wettbewerbswidrige E-mail-Werbeaktion durch eine Agentur hat durchführen lassen. Nach dieser Bestimmung muss ein Betriebsinhaber auch für die Wettbewerbsverstöße von Angestellten und Beauftragten eintreten, wobei eine Entlastung für deren Fehlverhalten nicht in Betracht kommt. § 13 Abs. 4 UWG begründet eine Erfolgshaftung des Betriebsinhabers für wettbewerbswidriges Verhalten Dritter.<sup>645</sup> Unter Betriebsinhaber versteht man denjenigen, unter dessen Namen der Betrieb geführt wird und der dadurch nach außen die Verantwortung für den Betrieb übernommen hat.<sup>646</sup> Die Vorschrift des § 13 Abs. 4 UWG soll verhindern, dass der Betriebsinhaber, dem die Wettbewerbshandlungen zugute kommen, sich bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken kann.<sup>647</sup> Die Haftung des Betriebsinhabers besteht daher ohne Rücksicht auf eigene Kenntnis und eigenen Willen.<sup>648</sup>

§ 13 Abs. 4 UWG setzt voraus, dass der Wettbewerbsverstoß in einem geschäftlichen Betrieb begangen worden ist. Das ist nicht räumlich zu verstehen. Gemeint ist vielmehr, dass die Handlung des Dritten in den gewerblichen Tätigkeitsbereich des Betriebsinhabers fallen muss und diesem deshalb zugute kommt.<sup>649</sup> Als Marketing-

<sup>642</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 113, 114; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 73 f. A.A.; Köhler/Piper-Piper, Einf., Rdn. 245 f., der zwischen dem „Störer“ und dem eigentlichen „Täter“ unterscheidet.

<sup>643</sup> Vgl. Leupold, WRP 1998, 270.

<sup>644</sup> Vgl. ausführlich hierzu: Dreyer/Summa-Pawlowitz, Internet Business, Band 2, Fach 9.2, S. 1, Fach 9.2.5, S. 1.

<sup>645</sup> Speckmann, Wettbewerbsrecht, Rdn. 105; Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, S. 333; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 78. A.A.: Schünemann, WRP 1998, 120 ff.

<sup>646</sup> Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 70.

<sup>647</sup> RGZ 151, 287, 292 („Alpina“); BGH, NJW 1990, 3204, 3205 („Anzeigenauftrag“); Köhler, GRUR 1991, 344, 345.

<sup>648</sup> Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, S. 336; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 78.

<sup>649</sup> Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 63; Köhler/Piper-Köhler, § 13 UWG, Rdn. 47.

Instrument zählt die Werbung zu den typischen Aufgaben des Betriebsinhabers. Werbeagenturen und Internet-Marketing-Agenturen nehmen daher eine ausgegliederte Unternehmensfunktion wahr.

Ferner muss der Wettbewerbsverstoß von einem Angestellten oder Beauftragten des Betriebsinhabers begangen worden sein. Beide Begriffe sind weit auszulegen.<sup>650</sup> Selbständige Gewerbetreibende kommen als „Angestellte“ i.S.d. § 13 Abs. 4 UWG nicht in Betracht. Sie können allerdings „Beauftragte“ sein.<sup>651</sup> Als Beauftragter ist jede Person anzusehen, deren Arbeitsergebnis auch dem Betriebsorganismus zugute kommt und auf deren Handeln dessen Leitung kraft eines die Zugehörigkeit der einzelnen Glieder zu dem Organismus begründenden Vertrages sowohl einen bestimmenden Einfluss als auch die Macht hat, ihren Willen und Einfluss durchzusetzen.<sup>652</sup> Eine selbständige Werbeagentur steht zum Werbetreibenden als ihrem Auftraggeber in einem Geschäftsbesorgungsverhältnis. Sie ist Beauftragte des Werbetreibenden.<sup>653</sup> Entsprechendes gilt für ein auf E-mail-Marketing spezialisiertes Unternehmen, dass die E-mail-Marketing-Kampagne im Auftrag des Werbenden selbständig durchführt. Der Werbetreibende ist gegenüber diesem Unternehmen in aller Regel weisungsbefugt. Er kann seinen Einfluss notfalls mit der Auftragsentziehung durchsetzen. Das Unternehmen nimmt auch eine Tätigkeit wahr, die üblicherweise von dem Werbetreibenden im Rahmen seiner Vertriebs- und Absatzbemühungen selbst vorgenommen würde.

Schließlich muss gegen die Beauftragten des Betriebsinhabers selbst ein Abwehranspruch bestehen, da der Betriebsinhaber nicht an die Stelle seiner Betriebsangehörigen tritt. Der Beauftragte muss bei einem Verstoß gegen § 1 UWG zu Zwecken des Wettbewerbs gehandelt haben, d.h. in der Absicht, den Wettbewerb des Betriebsinhabers zu fördern.<sup>654</sup>

Die Agenturen handeln bei der Durchführung einer E-mail-Werbekampagne im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs.<sup>655</sup> Die objektive Eignung ihrer Tätigkeit zur Förderung des fremden Wettbewerbs des Auftraggebers ist nicht fraglich. Werbung stellt eines der wichtigsten Marketing-Instrumente dar.<sup>656</sup> Ferner be-

<sup>650</sup> Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 64; Köhler, GRUR 1991, 344, 346.

<sup>651</sup> Köhler, GRUR 1991, 344, 346.

<sup>652</sup> Vgl. BGH, NJW 1990, 3204, 3205 („Anzeigenauftrag“); Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 66.

<sup>653</sup> BGH, GRUR 1973, 208, 209 („Neues aus der Medizin“); BGH, NJW 1990, 3204, 3205 („Anzeigenauftrag“); BGH, GRUR 1991, 772, 774 („Anzeigenrubrik I“); KG, GRUR 1995, 135 („Zigarettenwerbung“); Alt, Briefkastenwerbung, S. 114; Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 67; Bülow, BB 1975, 538; Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 21, Rdn. 335; Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 25; Köhler, GRUR 1991, 344, 350; Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 959.

<sup>654</sup> Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kapitel 14, Rdn. 20; Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 68.

<sup>655</sup> Vgl. Bülow, BB 1975, 538; Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 18.

<sup>656</sup> Bülow, BB 1975, 538; Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 18.

steht stets die Absicht der Agentur, fremden Wettbewerb zu fördern. Die gesamte Agenturtätigkeit ist auf die möglichst effektive Förderung des Wettbewerbs des Auftraggebers ausgerichtet. Dem steht nicht entgegen, dass daneben auch ein Interesse der Agentur auf Honorarerzielung besteht.<sup>657</sup> Die Wettbewerbsabsicht muss weder den alleinigen noch den wesentlichen Beweggrund darstellen. Es genügt, dass sie hinter anderen Beweggründen nicht völlig zurücktritt.<sup>658</sup>

Der Werbetreibende haftet daher auch für wettbewerbswidrige E-mail-Werbung, die von einer selbständigen Internet-Marketing-Agentur oder einer selbständigen Werbeagentur durchgeführt worden ist.

## 2. Haftung der Internet-Marketing-Agentur und der Werbeagentur

Nach dem Vorstehenden kommt auch ein Unterlassungsanspruch gegen die Agentur in Betracht.<sup>659</sup> Bei dem Anspruch gegen den Beauftragten handelt es sich um den primären Anspruch, dem der Anspruch gegen den Auftraggeber mittelbar über § 13 Abs. 4 UWG nachfolgt.<sup>660</sup> Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der Vorschrift, der von einem Unterlassungsanspruch „auch“ gegen den Betriebsinhaber spricht.

Da „Störer“ grundsätzlich derjenige ist, auf dessen Verhalten der Wettbewerbsverstoß unmittelbar zurückzuführen ist,<sup>661</sup> sind Werbeagenturen bzw. Internet-Marketing-Agenturen, die eine E-mail-Werbekampagne selbst durchführen, als Störer anzusehen. Da auch ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt, ist der materielle Anspruch gegen diese Agenturen aus § 1 UWG erfüllt.

Es fragt sich, ob eine Haftung unter dem Gesichtspunkt der Einengung der Passivlegitimation auf den „verantwortlichen“ Störer<sup>662</sup> ausscheidet. Teilweise wird die uneingeschränkte gerichtliche Inanspruchnahme weisungsgebundener, womöglich untergeordneter Hilfspersonen als unbillig angesehen. Arbeiter und Angestellte sollten nur auf Unterlassung haften, wenn ihr Wille mitbestimmend in Betracht kommt, nicht aber, wenn sie in untergeordneter Stellung nur fremde Anordnungen ausführen, ohne dass ihnen ein eigener Entscheidungsspielraum mit dem entsprechenden Verantwortungsbereich zusteht.<sup>663</sup> Maßgebend soll zum einen die Position der Hilfsperson sein und zum anderen die ihr im konkreten Fall zustehende Entscheidungsfreiheit. Es handelt sich bei dieser Argumentation um eine mehr oder minder offen zu-

<sup>657</sup> Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 18.

<sup>658</sup> St. Rspr., vgl. z.B.: BGH, GRUR 1990, 373, 374 („Schönheits-Chirurgie“); GRUR 1992, 450, 452 („Beitragsrechnung“); BGH, WRP 1996, 1099, 1100 („Testfotos II“).

<sup>659</sup> BGH, GRUR 1973, 208, 209 („Neues aus der Medizin“).

<sup>660</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 114; Bülow, BB 1975, 538.

<sup>661</sup> Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 19.

<sup>662</sup> Vgl. zu dieser Begriffsbildung: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 13.

<sup>663</sup> OLG Hamm, BB 1963, 328; OLG Nürnberg, WRP 1981, 166; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 327 b; wohlwollend: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 13.

gegebene Ergebnisbetrachtung. Das grundsätzliche Vorliegen des materiellen Anspruchs setzt diese Ansicht voraus.<sup>664</sup> Zum Teil wird daher versucht, das Rechtsschutzinteresse für die Verfolgung untergeordneter Hilfspersonen zu verneinen.<sup>665</sup>

Auf die Werbeagentur oder die Internet-Marketing-Agentur passt diese Argumentation nicht.<sup>666</sup> Eine untergeordnete Stellung kann bei solchen Agenturen nicht angenommen werden, weil sie auf dem Gebiet der Werbung als Fachmann gelten. Gerade wegen dieser Spezialistenstellung werden sie vom Werbungstreibenden eingeschaltet.<sup>667</sup> Die Agentur mag zwar aufgrund des Agenturvertrages, eines Geschäftsbesorgungsvertrages i.S.d. § 675 BGB,<sup>668</sup> bestimmten Weisungen des Auftraggebers unterworfen sein; innerhalb dieser Weisungen arbeitet sie jedoch durchaus selbständig.<sup>669</sup> Der Wille der Agenturen kommt stets zumindest „mitbestimmend“ in Betracht. In der Regel wird er sogar der ausschlaggebende sein.<sup>670</sup> Eine Einengung der Passivlegitimation auf den „verantwortlichen Störer“ kommt folglich bei einer Werbeagentur bzw. bei einer Internet-Marketing-Agentur nicht in Betracht.

### **3. Umfang der Störerhaftung und der Haftung für Dritte gem. § 13 Abs. 4 UWG**

Bei den auf die Vorschriften des UWG gestützten Unterlassungsansprüchen hat der Kläger selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche sowohl gegen den Werbungstreibenden als auch gegen die Agentur, ohne dass die Unterlassung durch den Werbungstreibenden die Unterlassungspflicht der Agentur zu beeinträchtigen geeignet wäre oder umgekehrt. Bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen ist eine gesamtschuldnerische Haftung nicht möglich.<sup>671</sup> Der gegen den Betriebsinhaber gerichtete Unterlassungsanspruch geht unmittelbar auf Unterlassung, nicht darauf, positiv dafür zu sorgen, dass seine Beauftragten in Zukunft keine Verstöße mehr begehen.<sup>672</sup>

<sup>664</sup> Vgl. Bülow, BB 1975, 538; Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung der Werbeagenturen, S. 21.

<sup>665</sup> So wohl Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 327 b, nach denen das Rechtsschutzbedürfnis dann fehlen kann, wenn der verantwortliche Hauptstörer unschwer gerichtlich in Anspruch genommen werden kann. Vgl. aber die ablehnenden Ausführungen bei BGH, GRUR 1973, 208, 209 („Neues aus der Medizin“).

<sup>666</sup> So auch Bülow, BB 1975, 538.

<sup>667</sup> Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 22.

<sup>668</sup> Vgl. BGH, GRUR 1973, 208, 209 („Neues aus der Medizin“); Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung der Werbeagenturen, S. 10.

<sup>669</sup> Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 21.

<sup>670</sup> Ähnlich, Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 21.

<sup>671</sup> Henning-Bodewig, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, S. 39 f.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 29.

<sup>672</sup> Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 21; Speckmann, Wettbewerbsrecht, 115.

#### **4. Haftung des Internet-Providers als Störer**

Es stellt sich die Frage, ob auch der Internet-Provider für die Zustellung wettbewerbswidriger E-mail-Werbung in Anspruch genommen werden kann. Indem er für die Zwecke der elektronischen Post Briefkästen und Absendemöglichkeiten für den Nutzer bereithält, leistet er einen ursächlichen Beitrag für die Versendung wettbewerbswidriger E-mail-Werbung. Die Inanspruchnahme des Providers ist für den Gläubiger eines Unterlassungsanspruchs vor allem dann von Bedeutung, wenn der Werbetreibende selbst nicht oder nur schwer greifbar ist, was vor allem dann der Fall ist, wenn dieser vom Ausland aus die E-mail-Werbekampagne durchführt. Die Inanspruchnahme eines im Inland niedergelassenen Internet-Providers erscheint auch deshalb vorzugswürdig, weil die Rechtsverfolgung im Inland naturgemäß leichter fällt.

##### **4.1. Störerhaftung des Internet-Providers nach allgemeinen Regeln**

Im Rahmen der nachfolgenden Prüfung soll zunächst der Frage einer Störerhaftung des Internet-Providers nach allgemeinen Regeln nachgegangen werden, bevor im Anschluss untersucht wird, ob und inwieweit die Vorschriften der speziellen Multimedia-Gesetze das gefundene Ergebnis zu beeinflussen vermögen.

###### **4.1.1. Grundsätze**

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH haftet auch derjenige in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB als „Mitstörer“, der auch ohne Wettbewerbsförderungsabsicht und ohne Verschulden an dem Wettbewerbsverstoß eines Dritten in der Form beteiligt ist, dass er in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt. Dabei kann als Mitwirkung auch die Unterstützung oder die Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlichen Dritten genügen, sofern der Inanspruchgenommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte.<sup>673</sup> Auch derjenige, der selbst keinen Wettbewerbsverstoß begeht, kann nach dieser Rechtsprechung somit als wettbewerbsrechtlicher Störer in Anspruch genommen werden. Die Störerhaftung setzt aber stets einen Wettbewerbsverstoß eines eigenverantwortlich handelnden Dritten voraus und stellt sich somit als eine akzessorische Haftung dar.<sup>674</sup>

<sup>673</sup> Vgl. z.B.: BGHZ 14, 163, 174 („Constanze II“); BGH, MDR 1976, 469, 470 („Rechenscheibe“); BGH, GRUR 1990, 373, 374 („Schönheits-Chirurgie“); BGH, WRP 1997, 325, 326 („Architektenwettbewerb“); Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kap. 14, Rdn. 4.

<sup>674</sup> Ausdrücklich BGH, WRP 1997, 325, 326 („Architektenwettbewerb“); BGH, WRP 1997, 1059, 1061 („Branchenbuch-Nomenklatur“); Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 327 mit ausführlichen Rechtsprechungsnachweisen; von Gierke, Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung, WRP 1997, 892, 894; Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 952.

Die Oberlandesgerichte folgen dem vom BGH eingeschlagenen Weg. So entschied das *OLG Frankfurt*,<sup>675</sup> dass der Inhaber eines Telefonanschlusses für alle Wettbewerbsverstöße einstehen müsse, die ein Dritter, dem er die Benutzung des Anschlusses für seine betrieblichen Zwecke überlassen habe, bei der Benutzung des Anschlusses begehe. Die Störereigenschaft setze nicht voraus, dass er Kenntnis von den Wettbewerbswidrigkeiten hatte. Auf der gleichen Linie liegen eine Entscheidung des *OLG Stuttgart* und des *KG Berlin*. Das *OLG Stuttgart*<sup>676</sup> entschied, dass Störer auch derjenige sei, der die unzulässige Wettbewerbshandlung eines aus eigenem Antrieb und selbstverantwortlich handelnden Dritten - sei es auch guten Glaubens - durch die sachlichen und persönlichen Mittel seines Betriebes unterstütze und die rechtliche Möglichkeit habe, den Dritten an der Störungshandlung zu hindern. Nach dem *KG Berlin*<sup>677</sup> hafte als Störer, wer einem anderen Unternehmer seinen Telefax-Anschluss zur Verfügung stelle und ihm so ermögliche, wettbewerbswidrige Mitteilungen zu versenden, sofern rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit bestehe, dies zu verhindern.

In der jüngeren Rechtsprechung des BGH sind Tendenzen einer Einschränkung der Mitstörerhaftung zu erkennen. So ist als zusätzliche Voraussetzung das Merkmal der Zumutbarkeit einer Prüfungspflicht hinzugekommen. Der BGH führte in seiner Entscheidung „Architektenwettbewerb“<sup>678</sup> aus, dass mit Hilfe der Störerhaftung die einen Normadressaten treffende Pflicht nicht über Gebühr auf unbeteiligte Dritte erstreckt werden dürfe. Denn bei einer Bejahung der Störerhaftung würden notgedrungen Prüfungspflichten vorausgesetzt, deren Einhaltung zur Vermeidung erneuter Inanspruchnahme geboten sei. Dem Störer als in Anspruch Genommenen müsse daher ausnahmsweise der Einwand offen stehen, dass ihm im konkreten Fall eine Prüfungspflicht, etwa weil der Störungszustand für ihn nicht ohne weiteres erkennbar war, entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nur eingeschränkt zuzumuten sei.<sup>679</sup>

---

<sup>675</sup> *OLG Frankfurt*, GRUR 1987, 380 („Dachdecker“). Ähnlich auch *OLG München*, BB 1994, 2233 („Mitwirkung an unzulässiger Telefonwerbung durch Zurverfügungstellen eines Telefonanschlusses“).

<sup>676</sup> *OLG Stuttgart*, ZIP 1993, 1494, 1495 („Wettbewerbswidrige Werbung eines Kreditvermittlers als „Finanz-Agentur“ unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGH, GRUR 1976, 256, 258 („Rechen-scheibe“); BGH, GRUR 1991, 769, 770 („Honoraranfrage“).

<sup>677</sup> *KG*, BB 1997, 2348 („Zurverfügungstellen eines Telefax-Anschlusses für wettbewerbswidrige Zwecke: Störerhaftung“)

<sup>678</sup> *BGH*, WRP 1997, 325 ff.

<sup>679</sup> *BGH*, WRP 1997, 325, 327 f. („Architektenwettbewerb“); *BGH*, WRP 1997, 1059, 1061 („Branchenbuch-Nomenklatur“). Dem BGH folgte jüngst z.B. das *LG München I*, CR 2001, 46, 47 („Suchmaschinenbetreiber kein Mitstörer“).

#### 4.1.2. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die Zusendung wettbewerbswidriger E-mail-Werbung

Eine Haftung des Providers als Störer für die Zustellung wettbewerbswidriger E-mail-Werbung wird überwiegend verneint.<sup>680</sup> Im Folgenden ist zu untersuchen, ob dem zu folgen ist.

Der Internet-Provider hält für die Zwecke der elektronischen Post Briefkästen und Absendemöglichkeiten für den Nutzer bereit und ermöglicht diesem hierdurch die Versendung unaufgeforderter E-mail-Werbung. Er unterstützt daher durch die sachlichen und ggf. persönlichen Mittel seines Betriebes die unzulässige Wettbewerbsbehandlung des Werbenden und wirkt willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mit.

Ferner muss für den Internet-Provider aber auch rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit bestehen, die wettbewerbswidrige Versendung von E-mail-Werbung zu verhindern. Am Vorliegen dieser Voraussetzungen bestehen Zweifel.

Das *OLG Frankfurt am Main* hat zwar die Deutsche Post AG als Störer zur Unterlassung von Postwurfsendungen mit Werbeinhalt verurteilt, wenn der Empfänger durch einen Aufkleber an seinem Briefkasten zu erkennen gegeben hat, dass er keine Werbung zu erhalten wünsche;<sup>681</sup> es ist jedoch fraglich, ob diese für die „herkömmliche Post“ aufgestellten Grundsätze auf die elektronischen Postdienste zu übertragen sind. Im Unterschied zu dem Fall der Briefkastenwerbung kann der Adressat einer Werbe-E-mail dem Zusteller nicht durch einen elektronischen Aufkleber „Keine Werbung“ kundgeben, dass bestimmte Sendungen von der Zusendung auszunehmen sind. Es fehlt daher die nach außen für den Zusteller wahrnehmbare Ausübung des Selbstbestimmungsrechts.<sup>682</sup> Gegen eine Übertragbarkeit der vom OLG Frankfurt aufgestellten Grundsätze auf elektronische Postdienste spricht weiter, dass E-mails im Unterschied zu Postwurfsendungen gezielt an den Adresseninhaber gerichtet sind, so dass den Provider grundsätzlich keine Pflicht zur Unterlassung der Übermittlung trifft.<sup>683</sup>

Selbst wenn der Empfänger dem Provider mitgeteilt haben sollte, dass er keine E-mail-Werbung wünscht, stellt sich die Frage, wie der Provider die Zustellung unerwünschter elektronischer Post zuverlässig verhindern soll, da er bei an den Nutzer adressierten E-mails nicht von außen erkennen kann, dass es sich um Werbung handelt. Es wurde bereits dargestellt, dass die verschiedenen Filtermöglichkeiten ein Empfangen von Werbe-E-mails zwar reduzieren, aber nicht zuverlässig unterbinden

---

<sup>680</sup> Köhler/Piper- Köhler/Piper, § 1 UWG, Rdn. 72; Spindler, K&R 1998, 177, 178; ders. in Hören/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Fach 29, Rdn. 386; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 327 c; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 109 f.

<sup>681</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW 1996, 934, 935 („Abwehrensanspruch gegen Postwurfsendung“).

<sup>682</sup> Spindler, ZUM 1996, 533, 542; Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 13.

<sup>683</sup> Vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 110.

können.<sup>684</sup> Einerseits besteht die Gefahr, dass ein eigentlich zu filternder Inhalt „durchs Netz“ geht, andererseits kann ein völlig unkritischer Inhalt falsch eingestuft und gefiltert werden.<sup>685</sup> E-mail-Werbung ist in der Regel nicht als solche gekennzeichnet. Viele „Spammer“ verfälschen auch den „Header“ der gesendeten E-mails oder geben falsche oder nicht existierende Absender an, so dass ein Herausfiltern noch zusätzlich erschwert bzw. unmöglich gemacht wird.<sup>686</sup> Es dürfte daher bereits schon an der tatsächlichen Möglichkeit der Verhinderung fehlen.

In Betracht käme jedoch eine gezielte Überwachung der E-mail-Kommunikation.<sup>687</sup> So ist es technisch ohne weiteres möglich, dass z.B. der Systemadministrator des Internet-Providers, bei dem der Empfänger seine Mailbox unterhält, auf die dort gespeicherten E-mails Zugriff nimmt. E-mails sind quasi „elektronische Postkarten“.<sup>688</sup> In diesem Fall fehlt es aber an dem Erfordernis der rechtlichen Möglichkeit des Internet-Providers. Für diesen folgt aus dem Telekommunikationsrecht die Pflicht, das Fernmeldegeheimnis zu beachten.<sup>689</sup> Gem. § 85 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes (TKG)<sup>690</sup> unterliegen der Inhalt der Telekommunikation, d.h. die kommunizierten Inhalte,<sup>691</sup> und ihre näheren Umstände dem Fernmeldegeheimnis. Gesetzlich geschützt ist jede Art der individuellen Nachrichtenübermittlung einschließlich der E-mail, ungeachtet des Umstandes, ob diese auch in den Geltungsbereich anderer Normen, etwa unter das Teledienstegesetz (TDG) fallen.<sup>692</sup> Geschützt sind auch die Verbindungsdaten eines Kommunikationsvorganges, insbesondere wer, wann, mit wem kommuniziert hat.<sup>693</sup> Folglich darf der Internet-Provider grundsätzlich vom Inhalt der übermittelten E-mails gar keine Kenntnis haben und daher nicht gezielt kontrollieren, ob es sich bei einer E-mail um einen Privatbrief oder um Werbung handelt. Die Preisgabe von dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Umständen ist zwar mit Einwilligung des betroffenen Nutzers stets möglich.<sup>694</sup> Es wäre jedoch lebensfremd anzunehmen, dass ein Nutzer, der gegenüber dem Internet-Provider zu erkennen gegeben hat, dass er keine E-mail-Werbung wünscht, damit gleichzeitig in die systematische Überwachung seines gesamten geschäftlichen und privaten E-mail-Verkehrs einwilligen wollte.

Eine Inanspruchnahme des Providers muss jedenfalls daran scheitern, dass ihm eine Prüfungspflicht nicht zuzumuten ist. Er kann bei einer E-mail von außen nicht erken-

<sup>684</sup> Vgl. Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343. Zu den mit Überwachungsmaßnahmen verbundenen technischen Problemen: Sieber, JZ 1996, 429, 431.

<sup>685</sup> Vgl. Federrath, ZUM 1999, 177, 178; Horster/Fox-Kelm, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23, 28.

<sup>686</sup> Vgl. hierzu: Wenz, Fight Spam, Internet World, Heft 10/2000, S. 68 ff.; Horster/Fox-Kelm, Datenschutz und Datensicherheit, S. 23 ff.

<sup>687</sup> So auch Federrath, ZUM 1999, 177, 178, der eine solche Möglichkeit aber ablehnt.

<sup>688</sup> Hobert, Datenschutz und Datensicherheit im Internet, 2. Auflage, Frankfurt u.a., 2000, S. 63, 65.

<sup>689</sup> Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 151.

<sup>690</sup> Telekommunikationsgesetz vom 25.07.1996, BGBl. I 1996, 1120.

<sup>691</sup> Vgl. Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 151.

<sup>692</sup> Beck'scher TKG-Kommentar-Büchner, § 85, Rdn. 2. TKG und TDG schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern knüpfen an unterschiedliche Momente an.

<sup>693</sup> Beck'scher TKG-Kommentar-Büchner, § 85, Rdn. 3.

<sup>694</sup> Beck'scher TKG-Kommentar-Büchner, § 85, Rdn. 19.

nen, dass es sich um eine Werbebotschaft handelt. Somit ist auch der Störungszustand für ihn nicht ohne weiteres erkennbar. *Spindler* geht daher richtigerweise davon aus, dass es dem Internet-Provider an einer Kontrollmöglichkeit fehle und ein Unterlassungsanspruch gegen ihn folglich aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten ausscheiden müsse.<sup>695</sup> Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass eine wettbewerbsrechtliche Haftung des Providers als Störer unter verschiedenen Gesichtspunkten ausscheidet.

#### 4.2. Störerhaftung unter Berücksichtigung von TDG bzw. MDStV

Das Teledienstegesetz (TDG) des Bundes und der Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) der Länder enthalten spezielle, auf den Online-Bereich zugeschnittene Haftungsregelungen. Bei der Frage einer Störerhaftung im Internet sind diese Vorschriften zu berücksichtigen.<sup>696</sup>

Die Aufteilung der Online-Dienste in sog. Teledienste und sog. Mediendienste geht auf einen Streit über die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern zurück, die sich jeweils von Verfassungs wegen zur Regelung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die neuen Medien und das Internet berufen fühlten.<sup>697</sup> Um die Entwicklung der Informationstechnik in Deutschland nicht durch schwierige Abgrenzungsprobleme aufgrund zweier unterschiedlicher Regelungswerke zu belasten, entschlossen sich Bund und Länder schließlich im Wege eines politischen Kompromisses, „im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes einen in der Sache einheitlichen Rechtsrahmen in Form eines Bundesgesetzes und eines Landesstaatsvertrages zu schaffen.“<sup>698</sup>

Im Bereich der allgemeinen Verantwortlichkeitsregeln wurde dieses Ziel durch eine weitgehende Parallelregelung von Bund und Ländern auch größtenteils erreicht.<sup>699</sup> Der Bund regelte die entsprechenden Fragen durch das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG) vom 22.07.1997,<sup>700</sup> das am 1.08.1997 in Kraft getreten ist. Das IuKDG ist ein Mantelgesetz<sup>701</sup> und beinhaltet in seinem Art. 1 das

<sup>695</sup> So *Spindler*, K&R 1998, 177, 181 f. Im Ergebnis ebenso: *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG, Rdn. 327 c.

<sup>696</sup> A.A.: OLG München, CR 1998, 300 ff., mit Anm. *Hackbarth*, S. 302 („Störer im Internet“), das seine Entscheidung zur Providerhaftung allein unter Berufung auf die Grundsätze der weiten wettbewerbsrechtlichen Störerhaftung getroffen hat. Ebenso LG München I, CR 2001, 46 („Suchmaschinenbetreiber kein Mitsörer“).

<sup>697</sup> Vgl. zu den Problemen der Gesetzgebungskompetenz: *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 223 ff.; *Freytag*, ZUM 1999, 185, 186; ders. ausführlich in: *Haftung im Netz*, S. 29 ff. Teile der Literatur halten § 5 MDStV für teilweise verfassungswidrig, so etwa *Koch*, CR 1997, 193, 198; *Spindler-Riehmer/Hessler*, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 166.

<sup>698</sup> Vgl. die gemeinsame Erklärung von Bund und Ländern vom 18.12.1996, abgedruckt bei *Engel-Flechsing*, Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienste-staatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, 231.

<sup>699</sup> *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 218.

<sup>700</sup> BGBl. I 1997, S. 1870.

<sup>701</sup> Zu diesem Begriff: *Engel-Flechsing/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2982.

TDG. Auf Länderebene wurden die entsprechenden Fragen im Mediendienste-Staatsvertrag geregelt, der ebenfalls seit dem 1.08.1997 Gültigkeit hat.<sup>702</sup> Der Mediendienste-Staatsvertrag trat hierbei an die Stelle des Btx-Staatsvertrages aus dem Jahre 1991, der gemäß § 23 Abs. 3 MDStV außer Kraft tritt.

Die Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet-Providern befinden sich nach geltendem Recht bislang noch in § 5 TDG für Teledienste<sup>703</sup> und in § 5 MDStV für Mediendienste.<sup>704</sup> Diese Bestimmungen enthalten in ihren Absätzen 1 bis 3 inhalts- und fast wortlautgleiche Regelungen.<sup>705</sup> Daneben enthält allein das bundesrechtliche Teledienstegesetz in § 5 Abs. 4 TDG eine für die Störerhaftung relevante Bestimmung.<sup>706</sup> In diesem Zusammenhang erlangen daher Abgrenzungsfragen zwischen Tele- und Mediendienste Bedeutung.<sup>707</sup>

Die rechtlichen Bestimmungen werden sich jedoch in naher Zukunft ändern. Der jüngst von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG)<sup>708</sup> sieht in seinem Art. 1 grundlegende Änderungen des Teledienstegesetzes vor (TDG n.F.). Mit dem EGG wird ein Großteil der Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie in Bundesrecht umgesetzt. Daneben bereiten die Länder zur Zeit einen Änderungsantrag zum MDStV vor, der mit den Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen des TDG n.F. wort- bzw. inhaltsgleich übereinstimmt und zeitgleich in Kraft treten soll. Damit soll eine einheitliche Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie auf der Grundlage des bestehenden Rechts sichergestellt werden.<sup>709</sup> Die Regelungen zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter werden im TDG n.F. im 3. Abschnitt in den §§ 8 – 12 TDG n.F. geregelt.

Im Folgenden soll der Frage der Verantwortlichkeit des Internet-Providers für die Zustellung von unerwünschter E-mail-Werbung sowohl nach geltendem als auch nach neuem Recht nachgegangen werden.

#### **4.2.1. Anwendbarkeit des Teledienstegesetzes auf den E-mail-Dienst**

Der Anwendungsbereich des Teledienstegesetzes ergibt sich aus § 2 TDG. Die Regelungen zur Abgrenzung der Teledienste von den Telekommunikationsdiensten, den

<sup>702</sup> Der Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) ist z.B. abgedruckt bei Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Anhang C.

<sup>703</sup> Vgl. § 2 TDG.

<sup>704</sup> Vgl. § 2 MDStV.

<sup>705</sup> Vgl. zu der vom Gesetzgeber intendierten Inhaltsgleichheit: Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 219, 222; Freytag, ZUM 1999, 185, 188.

<sup>706</sup> §§ 5 Abs. 3 S. 3, 18 Abs. 1 MDStV enthalten allein eine Regelung für hoheitliche Sperrungsverfügungen.

<sup>707</sup> Kröger/Gimmy-Müller-Terpitz, Handbuch zum Internet-Recht, S. 167, 202 (str.).

<sup>708</sup> Als PDF-Datei abrufbar unter <http://www.computerundrecht.de>.

<sup>709</sup> Vgl. die Begründung zum EGG, S. 21.

Rundfunk- und den Mediendiensten werden durch das EGG nicht geändert. Daher geltend die nachfolgenden Erörterungen entsprechend für § 2 TDG n.F.

Gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 TDG findet das Teledienstegesetz keine Anwendung auf Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG). In § 3 Nr. 18 TKG sind Telekommunikationsdienstleistungen legaldefiniert als das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte. Nach § 3 Nr. 16 TKG ist Telekommunikation der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen.

Es fragt sich, ob es sich bei dem E-mail-Dienst um einen Telekommunikationsdienst oder um einen Tele- bzw. Mediendienst handelt. Die Abgrenzung zwischen Telekommunikationsdiensten i.S.d. TKG und Telediensten i.S.d. TDG bzw. Mediendiensten i.S.d. MDStV ist funktionsbezogen vorzunehmen.<sup>710</sup> Bereits der Wortlaut des § 3 Nr. 16 TKG spricht dafür, dass der Begriff der Telekommunikation auf den „technischen Vorgang“ der Übertragung der Nachrichten zu begrenzen ist. Telekommunikation erfasst demnach nur die Funktion des Transports der Nachricht (Transportdienstleistung) und nicht deren inhaltliche Verarbeitung. Für den Funktionsbereich der Telekommunikation ist der Inhalt der Daten ebenso unbedeutend wie auch die Frage, welcher Anwendung die Daten dienen.<sup>711</sup> Demgegenüber ist die Nutzung oder Aufarbeitung der übertragenen Inhalte (Inhaltsleistung) den Telediensten bzw. je nach Inhalt auch den Medien- oder Rundfunkdiensten zuzuordnen. Der funktionale Bereich der Teledienste bzw. Mediendienste umfasst daher alle Vorgänge, die anwendungsspezifisch Darstellung, Inhalt oder Anwendung der übertragenen Daten regeln.<sup>712</sup> Teledienste bzw. Mediendienste lassen sich daher auch als Anwendungsdienste bezeichnen.<sup>713</sup> Der Vorgang der Übermittlung der Nachrichten wird von den Telediensten nicht erfasst, sondern vorausgesetzt.<sup>714</sup>

Ausgehend von dieser funktionalen Abgrenzung ist der Auffassung nicht zu folgen, die E-mail-Dienste als Telekommunikationsdienste ansieht und sie vollständig unter die Regelungen des TKG einordnet.<sup>715</sup> Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtungsweise geboten. Es ist funktional zwischen der technischen Übertragung der ein-

<sup>710</sup> Beck'scher TKG-Kommentar-Schütz, § 3 TKG, Rdn. 21 b; Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 8; Engel-Flechsing/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2983; Freytag, Haftung im Netz, S. 168.

<sup>711</sup> Telekommunikation erfolgt auf der Transportprotokollebene innerhalb des TCP/IP-Protokolls. Vgl. ausführlich zur Netzwerkarchitektur von Computernetzen: Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 15 ff.

<sup>712</sup> Es handelt sich um Dienste, die auf der Anwendungsschicht mit Hilfe von Anwendungsprotokollen ausgeführt werden. Die bekanntesten Dienste sind etwa der Newsdienst oder das World Wide Web.

<sup>713</sup> Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 15.

<sup>714</sup> Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 10 f.

<sup>715</sup> Kieper, Datenschutz für Telearbeitnehmer, DuD 1998, 583, 584 f.

zelen Datenpakete einer E-mail im Internet und dem mit dieser Technik ausgeführten Dienst (Anwendungsdienst) zu unterscheiden.<sup>716</sup> Das Anbieten von E-mail-Diensten ist nicht der technischen Funktion der Datenübertragung zuzuordnen. Diese ist Voraussetzung für den E-mail-Dienst. Es handelt sich bei dem E-mail-Dienst um einen Anwendungsdienst, der insbesondere die inhaltliche Darstellung einer E-mail und ihren Versand ermöglicht sowie die Speicherung der E-mail bis zum Abruf durch den Empfänger vornimmt.<sup>717</sup> Soweit Anwendungsdienste ausgeführt werden, liegt aber kein Telekommunikationsdienst, sondern ein Teledienst bzw. möglicherweise ein Mediendienst vor.

Im Folgenden ist daher zu klären, ob es sich bei dem E-mail-Dienst um einen Teledienst handelt. Durch die ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe „Teledienste“, § 2 TDG, und „Mediendienste“, § 2 MDStV, werden die Anwendungsbereiche des TDG und des MDStV gegeneinander abgegrenzt.<sup>718</sup> Unter den Begriff des Teledienstes fallen nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 TDG/TDG n.F. elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt. In Absatz 2 findet sich eine beispielhafte, nicht abschließende („insbesondere“) Auflistung von fünf wichtigen Anwendungsbereichen der Teledienste, die für die heutige Praxis besonders charakteristisch sind.<sup>719</sup> So sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TDG Angebote aus dem Bereich der Individualkommunikation als Teledienste zu qualifizieren. Hierzu gehört auch die elektronische Post. Sie erlaubt eine Punkt-zu-Punkt-Kommunikation zwischen Sender und Empfänger einer Nachricht.<sup>720</sup> Die Tatsache, dass im Fall der E-mail-Werbung eine Versendung an unzählige Empfänger möglich ist, steht dem nicht entgegen. Allein die Verbreitung an die „Allgemeinheit“ bzw. einen größeren Empfängerkreis genügt nicht für die Anwendung des MDStV.<sup>721</sup> Gleiches gilt auch dann, wenn der E-mail-Dienst über eine www-Oberfläche angeboten wird,<sup>722</sup> da sich an der individuellen Kommunikation zwischen Sender und Empfänger nichts ändert. Im Bereich der elektronischen Post ist die Zuordnung zum TDG daher gegeben. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass nicht das Versenden einer einzelnen E-mail als Teledienst anzusehen ist, sondern der Be-

<sup>716</sup> Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 35; Wuermeling/Felixberger, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz im Telekommunikationsgesetz, CR 1997, 230, 233.

<sup>717</sup> Hoeren/Sieber-Schmitz, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.4, Rdn. 36. Im Ergebnis ebenso: Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 28 ff., S. 37.

<sup>718</sup> Vgl. zu den in der Praxis bestehenden Abgrenzungsproblemen: Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 32.

<sup>719</sup> Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2982.

<sup>720</sup> Wimmer/Gerhard, Der Online-Provider, S. 37; Roßnagel-Meier, Recht der Multimedia Dienste, § 2 MDStV, Rdn. 66; Roßnagel-Spindler, a.a.O., § 2 TDG, Rdn. 58; Koch, CR 1997, 193, 198; Hoeren/Sieber-Holznapel, Handbuch Multimedia Recht, Fach 3.2, Rdn. 57.

<sup>721</sup> Roßnagel-Spindler, Recht der Multimedia Dienste, § 2 TDG, Rdn. 79. Anders aber bei E-mail-Listen, die einem unbegrenzten Teilnehmerkreis offen stehen und redaktionell gestaltete Nachrichten versenden. Diese sind den Mediendiensten zuzuordnen.

<sup>722</sup> Z.B. durch die beliebten Web-basierten E-mail-Diensten „Hotmail“ oder „GMX“.

trieb eines Mail-Servers, der die E-mails des Nutzers in das Internet weiterleitet und für diesen eingehende E-mails zwischenspeichert.<sup>723</sup>

#### **4.2.2. Verantwortlichkeitsregelungen im Fall wettbewerbswidriger E-mail-Werbung nach geltendem Recht**

##### **4.2.2.1. Überblick über die geltenden Vorschriften**

Für die Teledienste finden sich die Vorschriften zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter<sup>724</sup> in § 5 TDG. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen um Regelungen, die rechtsgebietsübergreifend gelten,<sup>725</sup> so dass sie auch im Wettbewerbsrecht Anwendung finden. Sie begründen keine originäre multimediarrechtliche Verantwortlichkeit, sondern setzen eine Verantwortlichkeit nach allgemeinen Gesetzen voraus. Ihre Zielsetzung liegt darin, die Verantwortlichkeit zu begrenzen, so dass sie grundsätzlich nicht zur Erweiterung der Verantwortlichkeit herangezogen werden können.<sup>726</sup> Mit dem Begriff der Verantwortlichkeit wurde wegen des horizontalen Charakters der Regelungen eine rechtsgebietsneutrale Formulierung gewählt.<sup>727</sup> Unter Verantwortlichkeit i.S.d. § 5 TDG ist daher nur allgemein das „Einstehenmüssen“ der Internet-Provider für Rechtsfolgen, die an bestimmte Sachverhalte geknüpft sind, zu verstehen.<sup>728</sup>

Die Frage der dogmatischen Einordnung der Regelungen des § 5 TDG in den jeweiligen Haftungstatbestand ist streitig. Nach einer Auffassung sind die Verantwortlichkeitsregeln im Wege einer sog. „Zwei-Stufen-Prüfung“ in das bestehende Haftungsrecht einzuordnen: Die Verantwortlichkeit nach dem TDG soll zunächst als „Filter“ losgelöst vom übrigen Haftungsrecht zu prüfen sein. Falls der Diensteanbieter danach verantwortlich ist, soll seine Haftung nach dem jeweils einschlägigen herkömmlichen Recht zu prüfen sein.<sup>729</sup>

Dieser Ansicht ist vor allem entgegenzuhalten, dass eine den allgemeinen Normen vorgelagerte Prüfung der Verantwortlichkeitsregelungen bei Irrtumsfragen zu

<sup>723</sup> Vgl. zu dieser Klarstellung auch Freytag, Haftung im Netz, S. 242.

<sup>724</sup> Der Begriff des „Diensteanbieters“ wird in § 3 Nr. 1 TDG legaldefiniert. Dieser Definition kommt für die Verantwortlichkeit außer der Klarstellung, dass dieser eine natürliche oder eine juristische Person sein kann, die nicht nur Nutzer ist, keine eigenständige Bedeutung zu, vgl. Freytag, ZUM 1999, 185, 191.

<sup>725</sup> Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 276; Freytag, Haftung im Netz, S. 130; Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 37 f.

<sup>726</sup> Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 230, 276; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 87.

<sup>727</sup> Freytag, ZUM 1999, 185, 189; Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 38.

<sup>728</sup> Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 277; Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 169; Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 38.

<sup>729</sup> Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2984. In diese Richtung deutet auch eine Stellungnahme des Bundesrates, vgl. BT-Drs. 13/385 v. 9.4.1997, S. 51.

Problemen führt,<sup>730</sup> die nur über die Schaffung einer neuen Rechtsfigur - „Irrtum über Filtermerkmale“ - lösbar erscheinen.<sup>731</sup> Mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist daher von einer einstufigen Prüfung auszugehen; die Bestimmungen des § 5 TDG sind in die Prüfung der jeweiligen Haftungsnorm einzubeziehen. Die Regelungen des § 5 TDG sind auf der Tatbestandsebene zu berücksichtigen,<sup>732</sup> und zwar als ausdrückliche gesetzliche Regelung des Zurechnungszusammenhangs zwischen kausaler Mitwirkungshandlung und Tatbestandsverwirklichung.<sup>733</sup>

Durch eine Abstufung der Verantwortlichkeit je nach Funktion des Internet-Providers tragen die Vorschriften des § 5 TDG den Besonderheiten der elektronischen Kommunikation Rechnung. Eine Verantwortlichkeit kommt nur bei einer gewissen Nähe zum Inhalt in Betracht. Sie ist beschränkt oder gar ausgeschlossen, wenn eine Kontrolle des zur Nutzung bereitgestellten oder zugänglich gemachten Inhalts dem Provider aufgrund seiner Tätigkeit nicht möglich ist. Dementsprechend bestimmt § 5 Abs. 1 TDG, dass der Diensteanbieter nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich ist, wenn er eigene Inhalte zur Nutzung bereithält.<sup>734</sup> Der Diensteanbieter, der fremde Inhalte zur Nutzung bereithält, ist gem. § 5 Abs. 2 TDG nur dann verantwortlich, wenn er von diesen Inhalten Kenntnis hat und es ihm technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern. Keine Verantwortlichkeit trifft demgegenüber nach § 5 Abs. 3 TDG denjenigen, der lediglich den Zugang zur Nutzung fremder Inhalte vermittelt. Absatz 1 regelt daher in der Regel die Verantwortlichkeit des Content-Providers, Absatz 2 die des Host-Service-Providers und Absatz 3 die des Access-Providers.<sup>735</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit ist die Frage der Störerhaftung des Internet-Providers von Bedeutung. Eine ausdrückliche, die Störerhaftung betreffende Regelung ist in § 5 Abs. 4 TDG enthalten. Hiernach bleibt die Verpflichtung zur Sperrung der Nutzung rechtswidriger Inhalte nach den allgemeinen Gesetzen unberührt, wenn der Diensteanbieter unter Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gem. § 85 des Telekommunikationsgesetzes von diesen Inhalten Kenntnis erlangt und eine Sperrung technisch möglich und zumutbar ist. Streitig ist, ob § 5 Abs. 4 TDG als eine umfassende Regelung der verschuldensunabhängigen Störerhaftung anzusehen ist, die auch entsprechende Ansprüche gegen die Anbieter eigener Inhalte und die Host-Service-Provider einschränkt,<sup>736</sup> oder ob § 5 Abs. 4 TDG lediglich eine Ausnahmeregelung zur Ver-

<sup>730</sup> Vgl. hierzu Roßnagel-Spindler, Recht der Multimedia-Dienste, § 5 TDG, Rdn. 40.

<sup>731</sup> Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 39.

<sup>732</sup> Roßnagel-Spindler, Recht der Multimedia Dienste, § 5 TDG, Rdn. 47; Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 169.

<sup>733</sup> Freytag, ZUM 1999, 185, 189; ders. Haftung im Netz, S. 139 ff.; Klein/Leistner, Anm. zu LG München I, CR 2001, 196; Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 249, der trotzdem von „Filter“ spricht.

<sup>734</sup> Es handelt sich insoweit um eine rein deklaratorische Regelung, vgl. Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 170.

<sup>735</sup> Vgl. Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 88; Schmoll, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 37.

<sup>736</sup> So Roßnagel-Spindler, Recht der Multimediadienste, § 5 TDG, Rdn. 141 ff., ders. in K&R 1998, 177; Hackbarth, Anm. zu OLG München („Störer im Internet“), CR 1998, 300, 303; Schmoll, Die

antwortlichkeitsfreistellung der Zugangsvermittlung in § 5 Abs. 3 TDG bildet. § 5 Abs. 4 TDG wäre dann systematisch als dritter Satz zu § 5 Abs. 3 TDG zu lesen.<sup>737</sup> Gegen die zuerst genannte Ansicht spricht, dass sie zu zahlreichen Wertungswidersprüchen führt,<sup>738</sup> von denen hier nur ein Beispiel genannt werden soll: Bei einer Verantwortlichkeit für eigene Inhalte führt diese Auffassung zu einer offensichtlich nicht gewollten Privilegierung der von einem Verschulden unabhängigen Haftung gegenüber der von einem Verschulden abhängigen Haftung. Für eigene Inhalte würde auf Schadensersatz gem. § 5 Abs. 1 TDG ungemildert gehaftet, auf Unterlassungs- und Beseitigung aber gem. Abs. 4 TDG privilegiert, obwohl es sich hierbei um die weniger einschneidende Rechtsfolge handelt.<sup>739</sup> Es ist daher mit der Gegenansicht davon auszugehen, dass § 5 Abs. 4 TDG eine auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie auf öffentlich-rechtliche Sperrverfügungen bezogene Ausnahmeregelung zum Grundsatz der Nichtverantwortlichkeit bei bloßer Zugangsvermittlung darstellt.

#### 4.2.2.2. Verantwortlichkeit im Fall wettbewerbswidriger E-mail-Werbung

Es ist ungeklärt, ob der E-mail-Dienst als Zugangsvermittlung zu fremden Inhalten nach § 5 Abs. 3 TDG<sup>740</sup> oder als Bereithalten fremder Inhalte zur Nutzung i.S.d. § 5 Abs. 2 TDG<sup>741</sup> zu qualifizieren ist.

Der Begriff der Zugangsvermittlung wird grundsätzlich im technischen Sinne verstanden. Zugangsvermittlung bedeutet, dass lediglich der Weg zu den fremden Inhalten geöffnet und der Inhalt durchgeleitet wird, ohne dass der Diensteanbieter auf den Inhalt Einfluss nimmt.<sup>742</sup> Gegen eine Zugangsvermittlung im Fall des E-mail-Dienstes spricht, dass in der Regel keine reine Durchleitung stattfindet, weil der Provider die E-mails in der Regel über einen längeren Zeitraum bis zur Abholung durch den Kunden zwischenspeichert. Unter Umständen bleiben die E-mails sogar permanent auf dem Mail-Server liegen, wo sie vom Anwender verwaltet werden. Für eine Zugangsvermittlung spricht dagegen, dass der Internet-Provider, der die E-mails für den Nutzer empfängt, diese nicht in dem Sinne „bereithält“, dass er selbst fremde

---

deliktsrechtliche Haftung der Internet-Service-Provider, S. 67; Holznagel/Holznagel, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider, K&R 1999, 103.

<sup>737</sup> So die wohl herrschende Meinung, vgl. z.B.: Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 382; Freytag, Haftung im Netz, S. 151 f.; ders. ZUM 1999, 185, 188; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2984; Spindler-Riemer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 176; Kröger/Gimmy-Müller-Terpitz, Handbuch Internet-Recht, S. 167, 201.

<sup>738</sup> Vgl. ausführlich zum Streitstand: Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 385 m.w.N.

<sup>739</sup> Freytag, Haftung im Netz, S. 148. Daneben spricht auch die Entstehungsgeschichte gegen einen umfassenden Anwendungsbereich von § 5 Abs. 4 TDG.

<sup>740</sup> So Roßnagel-Spindler, Recht der Multimedia Dienste, § 5 TDG, Rdn. 133; ders. in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Fach 29, Rdn. 332; Holznagel/Holznagel, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider, K&R 1999, 103; wohl auch Koch, CR 1997, 193, 198; Tettenborn, K&R 1999, 252, 258.

<sup>741</sup> So Federrath, ZUM 1999, 177, 178; wohl auch Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 74.

<sup>742</sup> Spindler-Riemer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 175; Freytag, Haftung im Netz, S. 162 ff., 171; Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 363.

Inhalte als Dienst für den Nutzer ausgewählt hätte. Es handelt sich vielmehr um eine automatische und technisch bedingte Zwischenspeicherung, die nicht auf eine Initiative des Anbieters zurückzuführen ist.<sup>743</sup> Dieser Gesichtspunkt spricht entscheidend gegen ein Bereithalten von fremden Inhalten i.S.d. § 5 Abs. 2 TDG. Darüber hinaus hält jedenfalls der Internet-Provider des Absenders, der die abgesandten E-mails automatisch weiterleitet, keine fremden Inhalte zur Nutzung bereit. Folglich ist der einen E-mail-Dienst anbietende Internet-Provider als Access-Provider i.S.d. § 5 Abs. 3 TDG zu qualifizieren.

Für die Störerhaftung kommt nun grundsätzlich § 5 Abs. 4 TDG in Betracht. Diese Bestimmung statuiert ebenfalls keine eigenständige Haftung des Störers, sondern verweist lediglich auf die allgemeinen Bestimmungen. Die Qualifizierung des Anbieters von Diensten im Internet als Störer hängt demnach von der jeweils einschlägigen Haftungsgrundlage ab.<sup>744</sup> Daher soll im Folgenden entgegen der hier vertretenen Auffassung unterstellt werden, dass gegen den Internet-Provider ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Übermittlung bzw. Zustellung unerwünschter E-mail-Werbung besteht.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung finden die Haftungsprivilegierungen des § 5 TDG von vornherein keine Anwendung auf die Fälle der Störerhaftung bei unerwünschter elektronischer Post, da schließlich nicht der *Inhalt* der Werbebotschaft inkriminiert werde, sondern allein die Tatsache der *unerwünschten Zustellung*.<sup>745</sup> Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Der Regelungszusammenhang in TDG und MDStV erfordert es, dass die Verantwortlichkeitsregelungen den gesamten Anwendungsbereich von TDG und MDStV erfassen. Rechtssicherheit für die Frage der Verantwortlichkeit zu schaffen, war eines der zentralen Anliegen, die überhaupt zur Verabschiedung der beiden Gesetzeswerke geführt haben.<sup>746</sup> Daher ist von einem weiten Begriffsverständnis des „Inhalts“ auszugehen: Inhalte sind alle Informationen, die in Tele- und Mediendiensten übermittelt bzw. verbreitet werden mit Ausnahme von telekommunikationstechnischen Daten, die für den Nutzer ohne jeden Sachgehalt sind.<sup>747</sup> Bei einer solchen Auslegung lassen sich in wettbewerbswidriger Weise zugesandte Werbe-E-mails unter den Begriff „Inhalt“ i.S.d. § 5 Abs. 4 TDG subsumieren.

§ 5 Abs. 4 TDG erfordert, dass der Diensteanbieter von den rechtswidrigen Inhalten Kenntnis erlangt. *Spindler* zufolge ist diese Voraussetzung unproblematisch gegeben. Widersprüche ein Nutzer dem Zugang unerbetener Werbe-E-mails, habe der Dien-

<sup>743</sup> So Roßnagel-Spindler, *Recht der Multimedia Dienste*, § 5 TDG, Rdn. 133, ders. in Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimedia Recht*, Fach 29, Rdn. 332.

<sup>744</sup> Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet*, Rdn. 389; Spindler, *K&R* 1998, 177; Hackbarth, *Anm. zu OLG München („Störer im Internet“)*, CR 1998, 300, 303.

<sup>745</sup> Spindler, *K&R* 1998, 177, 181.

<sup>746</sup> Freytag, *Haftung im Netz*, S. 159.

<sup>747</sup> Freytag, *Haftung im Netz*, S. 161 f. Die Streitfrage wird vor allem dann relevant, wenn es darum geht, ob nur „kommunikative“ Inhalte und nicht etwa Computerprogramme unter den Begriff des „Inhalts“ subsumiert werden können.

steanbieter grundsätzlich Kenntnis bezüglich konkreter Werbebotschaften.<sup>748</sup> Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Unter Kenntnis des Anbieters ist eine konkrete Kenntnis der fremden Inhalte und ihrer Gestaltung erforderlich; die Kenntnis muss sich also auf die Existenz von bestimmten Inhalten beziehen.<sup>749</sup> Ein „Kennenmüssen“ genügt nicht.<sup>750</sup> Eine Kenntnis auch der Rechtswidrigkeit ist demgegenüber nicht erforderlich.<sup>751</sup> Im Fall des E-mail-Dienstes hat der Anbieter aber grundsätzlich keine Kenntnis vom Inhalt der E-mails und darf diese wegen § 85 TKG auch gar nicht haben.<sup>752</sup> Teilt der Nutzer dem Internet-Provider mit, dass er keine Werbe-E-mails zu erhalten wünscht, ist dem Provider lediglich dieser Umstand bekannt. Damit hat er aber in der Regel noch keine positive Kenntnis darüber, in welchen E-mails Werbung enthalten ist. Folglich entfällt die Haftung in aller Regel bereits wegen fehlender Kenntnis vom Inhalt der elektronischen Post.

Ferner ist dem Internet-Provider die „Sperrung der Nutzung“, sofern man das Herausfiltern von Werbe-E-mails hierunter subsumiert,<sup>753</sup> technisch nicht möglich. Es wurde bereits dargestellt, dass nach dem derzeitigen Stand der Technik Werbe-E-mails durch Filtermaßnahmen auf Provider-Ebene zwar erheblich reduziert aber nicht komplett verhindert werden können.

Schließlich fehlt es auch an der Zumutbarkeit der Sperrung. Bei der Beurteilung, was zumutbar ist, handelt es sich um eine normativ wertende Fragestellung. In einer umfassenden Interessenabwägung sind die Interessen des Verletzten und die Interessen der Allgemeinheit an der Unzugänglichkeit der Inhalte gegen die Interessen des Anbieters abzuwägen.<sup>754</sup> Um Werbe-E-mail aus der persönlichen Korrespondenz des Nutzers herausfiltern zu können, müsste der Provider den gesamten E-mail-Verkehr eines Nutzers gezielt überwachen. Abgesehen davon, dass bereits schon aufgrund der Vielzahl der Nutzer und der Menge der täglich versandten E-mails eine solche Kontrolle als von vornherein aussichtslos erscheint und daher unzumutbar ist, würden dem Diensteanbieter hiermit auch Kontrollpflichten aufgebürdet, die wegen des Erfordernisses einer positiven Kenntnis für die Verantwortlichkeit grundsätzlich abzulehnen sind.<sup>755</sup> Darüber hinaus stünden sie auch nicht mit § 85 Abs. 1 TKG im Einklang. Im Falle der rechtlichen Unmöglichkeit ist eine Sperrung aber grundsätzlich unzumutbar.<sup>756</sup>

---

<sup>748</sup> Spindler, K&R 1998, 177, 181.

<sup>749</sup> Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 179; Freytag, ZUM 1999, 185, 192.

<sup>750</sup> Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2985.

<sup>751</sup> Freytag, Haftung im Netz, S. 181; Spindler-Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 179; Engels, AfP 2000, 524, 528.

<sup>752</sup> So auch Freytag, Haftung im Netz, S. 243.

<sup>753</sup> Ablehnend z.B.. Spindler, K&R 1998, 177, 181.

<sup>754</sup> Freytag, ZUM 1999, 185, 193. Vgl. ausführlich zur Methodik der Interessenabwägung: Freytag, Haftung im Netz, S. 190 ff.

<sup>755</sup> Spindler/Riehmer/Hessler, Vertragsrecht, Teil II, Rdn. 182.

<sup>756</sup> Freytag, Haftung im Netz, S. 200.

### 4.2.2.3. Ergebnis

Selbst in dem Fall, dass man entgegen der hier vertretenen Auffassung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung eine Haftung des Internet-Providers für die Zustellung wettbewerbswidriger Werbe-E-mails bejahen sollte, wäre eine solche infolge der Anwendung der haftungsbegrenzenden Regelung des § 5 Abs. 4 TDG ausgeschlossen.

## 4.2.3. Verantwortlichkeitsregelungen im Fall wettbewerbswidriger E-mail-Werbung nach der geplanten Neuregelung

### 4.2.3.1. Überblick über die geplante Neuregelung

Nach dem Gesetzentwurf sollen die Vorschriften zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nunmehr in den §§ 8 – 11 TDG n.F. im dritten Abschnitt des TDG n.F. enthalten sein. Mit diesen Bestimmungen werden die in Artt. 12 – 15 ECRL vorgesehenen Beschränkungen der „Verantwortlichkeit der Vermittler“ in innerstaatliches Recht umgesetzt. Die Regelungen zur Verantwortlichkeit in der E-Commerce-Richtlinie waren vom deutschen TDG inspiriert, folgen jedoch nicht dem schlanken Regelungsansatz des § 5 TDG, sondern der schwerfälligen und sehr detaillierten Kasuistik des Digital Millennium Copyright Act of 1998 der USA.<sup>757</sup> Mit Blick auf die von der E-Commerce-Richtlinie vorgenommene Vollharmonisierung der Verantwortlichkeit der Vermittler<sup>758</sup> erfolgt die Umsetzung eng am Wortlaut. Damit sollen Diskussionen in Bezug auf eine hinreichende Richtlinienkonformität vorbeugt werden.<sup>759</sup> Es ist zu bedauern, dass bei Abfassung der neuen Regelungen die bisherigen Erfahrungen in der Praxis bei der Anwendung des § 5 TDG weitgehend keine Berücksichtigung gefunden haben.<sup>760</sup>

Die geplanten Neuregelungen differenzieren wie der geltende § 5 TDG zwischen eigenen und fremden Informationen. Der Begriff der „Informationen“ ist dem Richtlinienentwurf entnommen und ist in einem weiten Sinne zu verstehen.<sup>761</sup> Er umfasst alle Angaben, die im Rahmen des jeweiligen Teledienstes übermittelt oder gespeichert werden.<sup>762</sup> Aus § 8 Abs. 1 TDG n.F. ergibt sich, dass es bei der bisherigen Regelung des § 5 Abs. 1 TDG bleibt, wonach der Diensteanbieter für eigene Informationen nach den allgemeinen Gesetzen haftet. In § 9 TDG n.F. werden Haftungsbeschrän-

<sup>757</sup> Tettenborn, K&R 1999, 252, 258; Bröhl, MMR 2001, 67, 71.

<sup>758</sup> Vgl. S. 48 des Gesetzentwurfes; Bröhl, MMR 2001, 67, 71; Härting, CR 2001, 271, 275; Tettenborn, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr – der 2. Versuch ..., K&R 1999, 442, 444 (zum 2. Richtlinienentwurf).

<sup>759</sup> Vgl. von Gerlach, Anhörung zum Referentenentwurf des Gesetzes für den elektronischen Geschäftsverkehr, GRUR 2001, 490, 491.

<sup>760</sup> Dies kritisiert vor allem Härting, CR 2001, 271, 275 f.

<sup>761</sup> Spindler, MMR 1999, 199, 201 (zum ersten Richtlinienentwurf); ders. MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 16.

<sup>762</sup> Begründung des Gesetzentwurfes, S. 50.

kungen für die Durchleitung von Informationen geregelt; § 10 TDG n.F. enthält Bestimmungen im Hinblick auf die Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen (sog. Caching) und § 11 TDG n.F. regelt Haftungsbeschränkungen bei der Speicherung von Informationen.<sup>763</sup> § 8 Abs. 2 S. 1 TDG n.F. legt fest, dass Diensteanbieter nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. beinhaltet schließlich Regelungen zur Störerhaftung, auf die weiter unten eingegangen wird.

Nach der Begründung zum Gesetzentwurf lasse sich die Wirkungsweise der §§ 9 bis 11 TDG n.F. wie bei den bisherigen verantwortlichkeitseinschränkenden Regelungen untechnisch mit der eines Filters vergleichen. Die Vorschriften könnten eine Verantwortlichkeit im zivil- und strafrechtlichen Bereich nicht begründen oder erweitern. Vielmehr müsse sich eine solche aus allgemeinen Vorschriften ergeben. Bevor ein Diensteanbieter auf deren Grundlage zur Verantwortung gezogen werden könne, müsse geprüft werden, ob die aus den allgemeinen Vorschriften folgende Verantwortlichkeit nicht durch die §§ 9 bis 11 ausgeschlossen sei. Seien daher im Einzelfall die Voraussetzungen der allgemeinen Vorschriften für eine Haftung erfüllt, so sei der Diensteanbieter für die Rechtsgutsverletzung gleichwohl nicht verantwortlich, wenn er sich auf das Eingreifen der §§ 9, 10 oder 11 TDG n.F. berufen könne.<sup>764</sup> Es ist zu bedauern, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat verstreichen lassen, zu der Frage der dogmatischen Einordnung der Verantwortlichkeitsregelungen in den jeweiligen Haftungstatbestand Stellung zu nehmen. Aus der gewählten Formulierung lassen sich sowohl Argumente für eine „Zwei-Stufen-Prüfung“ als auch für eine Einbeziehung der Verantwortlichkeitsregeln in die Prüfung des jeweiligen Haftungstatbestandes herleiten.

#### **4.2.3.2. Verantwortlichkeit im Fall wettbewerbswidriger E-mail-Werbung**

Für den E-mail-Dienst könnten die Haftungsbeschränkungen des § 9 TDG n.F. gelten. Diese Vorschrift entspricht vom grundsätzlichen Ansatz her dem bisherigen § 5 Abs. 3 TDG und setzt Art. 12 Abs. 1 und 2 ECRL in innerstaatliches Recht um.<sup>765</sup> § 9 Abs. 1 TDG n.F. nennt die einzelnen Voraussetzungen, unter denen ein Diensteanbieter, der fremde Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder zu denen er den Zugang zur Nutzung vermittelt, nicht verantwortlich ist. Um das Haftungsprivileg in Anspruch nehmen zu können, darf er die Übermittlung nicht veranlasst (Nummer 1), den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt (Nummer 2) und auch die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben (Nummer 3). Die Bestimmung entspricht der in Art. 12 Abs. 1

<sup>763</sup> Vgl. ausführlich zu den Neuregelungen, Härting, CR 2001, 271, 275 f.; ders. DB 2001, 80 (zum Arbeitspapier der Bundesministerien für Wirtschaft und Justiz).

<sup>764</sup> Begründung zum Gesetzentwurf, S. 49.

<sup>765</sup> Begründung zum Gesetzentwurf, S. 51.

ECRL enthaltenen Regelung, die nach Ansicht der Literatur auf den E-mail-Dienst Anwendung findet.<sup>766</sup> Diese Auffassung ist zutreffend. Die Haftungsfreistellung im Fall des Art. 12 Abs. 1 ECRL und dementsprechend auch des § 9 Abs. 1 TDG n.F. beruht darauf, dass die Tätigkeit des Diensteanbieters automatischer Art ist. Der Diensteanbieter, der in der Regel keine Kenntnis über die weitergeleitete Information hat und diese auch nicht kontrolliert, trifft im Hinblick auf die Informationen keine eigene Entscheidung.<sup>767</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 TDG n.F. entfällt daher seine Haftung.

Im Fall der Störerhaftung ist jedoch zu berücksichtigen, dass § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. eine spezielle Regelung enthält.<sup>768</sup> Nach dieser Bestimmung bleiben die Verpflichtung zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis nach § 85 TKG ist jedoch zu wahren. § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. entspricht dem bisherigen § 5 Abs. 4 TDG und setzt zugleich die Artt. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 3 ECRL in innerstaatliches Recht um.<sup>769</sup> Aus diesen Richtlinienbestimmungen ergibt sich, dass die Störerhaftung vom Regelungsbereich der Richtlinie ausgenommen sein soll.<sup>770</sup>

Entgegen der ersten Formulierung des § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. im Arbeitspapier der Bundesministerien für Wirtschaft und Justiz<sup>771</sup> enthält die Vorschrift in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung nicht die zusätzliche Voraussetzung, dass der Diensteanbieter von den Informationen Kenntnis erlangt haben muss. Die Bundesregierung scheint diesen Passus vergessen zu haben, denn in der Begründung zum Gesetzentwurf geht sie hiervon wie selbstverständlich aus.<sup>772</sup> Keine rechtliche Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass nach der neuen Formulierung nicht mehr ausdrücklich auf die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Sperrung abgestellt wird. Nach Auffassung der Bundesregierung ergeben sich diese Anforderungen bereits aus allgemeinen übergeordneten Grundsätzen, da das Recht technisch Unmögliches ebenso wenig verlangen dürfe wie Unzumutbares.<sup>773</sup> Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass die Ausführungen zu § 5 Abs. 4 TDG<sup>774</sup> sich auf die Neuregelung übertragen lassen.

<sup>766</sup> Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 17; ders. in MMR 1999, 199, 201; Tettenborn, K&R 1999, 252, 258; Engels, AfP 2000, 524, 529; Holznagel/Holznagel, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider, K&R 1999, 103, 104.

<sup>767</sup> Begründung zum Gesetzentwurf, S. 52.

<sup>768</sup> Härting, DB 2001, 80, 82.

<sup>769</sup> Begründung des Gesetzentwurfes, S. 50.

<sup>770</sup> So ausdrücklich: Spindler, MMR 1999, 199, 204 (zum 1. Richtlinienvorschlag); ders. MMR-Beilage, 7/2000, S. 4, 20 (zur endgültigen Fassung).

<sup>771</sup> Vgl. zum Arbeitspapier: Härting, DB 2001, 80, 81; Bröhl, MMR 2001, 67, 71.

<sup>772</sup> Begründung zum Gesetzentwurf, S. 50 f.

<sup>773</sup> Begründung zum Gesetzentwurf, S. 51.

<sup>774</sup> Vgl. 4. Kapitel, III., 4.2.2.2.

### 4.2.3.3. Ergebnis

Selbst für den Fall, dass man entgegen der hier vertretenen Auffassung unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung eine Haftung des Internet-Providers für die Zustellung wettbewerbswidriger Werbe-E-mails bejahen sollte, wäre eine solche infolge der Anwendung von § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. ausgeschlossen.

### 4.3. Ergebnis zur Haftung des Providers

Eine Haftung des Internet-Providers als Störer scheidet bereits unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung aus. Das gleiche Ergebnis wird bei Anwendung der speziellen Bestimmung des noch geltenden § 5 Abs. 4 TDG erzielt. Hieran vermag in Zukunft die in § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F. enthaltene Neuregelung nichts zu ändern.

## IV. Aktivlegitimation

### 1. Der unmittelbar Verletzte

Gläubiger des Abwehranspruchs ist in erster Linie der unmittelbar Verletzte, d.h. derjenige, in dessen geschützte Rechtsposition die Verletzungshandlung eingreift oder einzugreifen droht. Dies folgt bereits aus § 1 oder § 3 UWG.<sup>775</sup> Als unmittelbar verletzter Mitbewerber ist derjenige anzusehen, der zu dem Verletzer oder zu dem von diesem Geförderten in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht,<sup>776</sup> so dass eine Aktivlegitimation des Internet-Providers, dessen Mail-Server durch Werbe-E-mails belastet wird, unmittelbar aus § 1 UWG in der Regel ausscheiden dürfte.<sup>777</sup>

### 2. Der private E-mail-Empfänger

Nach ganz herrschender Meinung scheidet Unterlassungsansprüche des einzelnen Verbrauchers aus, die unmittelbar auf die Anspruchsnormen des UWG gestützt werden.<sup>778</sup> Der private E-mail-Empfänger ist daher für die Geltendmachung eines Un-

<sup>775</sup> H.M und st. Rspr. des BGH: BGH, GRUR 1960, 144, 146 („Bambi“); GRUR 1966, 445, 446 („Glutamal“); BGH, WRP 1998, 973 („Fotovergrößerungen“); Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 741.

<sup>776</sup> BGHZ 93, 96 f. („DIMPLE“); Lambsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 742.

<sup>777</sup> Bei entsprechender Vertragsgestaltung stehen dem Provider aber Rechte gegen den Werbetreibenden aus dem Provider-Vertrag zu, i.d.R. Kündigung des Vertrages nach erfolgloser Abmahnung. Vgl. hierzu: Koch, Internet-Recht, S. 44; Spindler-Spindler, Vertragsrecht, Rdn. 158 f.

<sup>778</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 112 f.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, § 22, S. 339; Köhler/Piper-Piper, Einf., Rdn. 241.

terlassungsanspruchs aus § 1 UWG oder § 3 UWG nicht aktivlegitimiert. Sein Schutz bestimmt sich nach dem Bürgerlichen Recht.

### **3. Aktivlegitimation gem. § 13 Abs. 2 UWG**

In der Praxis gewinnt die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gegen die §§ 1 und 3 UWG durch die qualifizierten Einrichtungen i.S.d. § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG an Bedeutung.<sup>779</sup> Zu diesen qualifizierten Einrichtungen gehören insbesondere die Verbraucherzentralen und mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände, vgl. § 22 a Abs. 2 S. 2 AGBG. Durch die Vorschrift des § 13 Abs. 2 UWG findet eine Erweiterung der Aktivlegitimation statt. Die genannten Mitbewerber, Verbände, qualifizierten Einrichtungen und Kammern haben materiellrechtliche Ansprüche, die sie aus eigenem Recht unabhängig vom Willen des unmittelbar verletzten Mitbewerbers geltend machen.<sup>780</sup> Allerdings ist die Aktivlegitimation der qualifizierten Einrichtungen bei Verstößen gegen § 1 UWG nur dann gegeben, wenn „wesentliche Belange der Verbraucher“ berührt werden. Es handelt sich um eine materielle Anspruchsvoraussetzung, bei deren Fehlen die Klage durch Sachurteil abzuweisen ist. Sie ist regelmäßig dann als erfüllt anzusehen, wenn es sich bei der in Frage stehenden Unlauterkeit um eine unzumutbare Belästigung oder eine Irreführung der Verbraucher handelt.<sup>781</sup> Im Falle der unerwünschten E-mail-Werbung gegenüber Privatpersonen sind daher „wesentliche Belange der Verbraucher berührt“.<sup>782</sup>

---

<sup>779</sup> So schon Alt, Briefkastenwerbung, S. 113 hinsichtlich der damaligen Verbraucherverbände.

<sup>780</sup> H.M., vgl. Baumbach/Hefermehl, § 13 UWG, Rdn. 5; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, Rdn. 62; Lamsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 832.

<sup>781</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 113; Lamsdorff, Wettbewerbsverfahrensrecht, Rdn. 857.

<sup>782</sup> Vgl. BGH, GRUR 1988, 614 („Btx-Werbung“); NJW 1992, 2235 („Btx-Werbung II). Bei dem Kläger hatte es sich um einen Verbraucherschutzverein i.S.d. § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. gehandelt.

## 5. Kapitel *Der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch gegen die Zusendung von E-mail-Werbung*

### I. Konkurrenzverhältnis UWG – BGB

Ein- und dieselbe Handlung kann den Tatbestand sowohl wettbewerbsrechtlicher als auch bürgerlichrechtlicher Abwehrensprüche erfüllen. Der Letztverbraucher, der nicht zum Kreis der nach UWG Anspruchsberechtigten gehört, kann bürgerlichrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn die tatbestandsmäßige Handlung zugleich einen Wettbewerbsverstoß darstellt.<sup>783</sup> Die Konkurrenzproblematik ergibt sich nur im Hinblick auf Personen, die nach dem UWG anspruchsberechtigt sind. Die Frage, ob bürgerlichrechtliche Ansprüche vom Wettbewerbsrecht verdrängt werden, muss dann für jeden einzelnen Anspruch gesondert beurteilt werden.<sup>784</sup>

### II. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob dem Empfänger der E-mail-Werbung ein individueller Unterlassungsanspruch gegen den Werbenden zusteht.<sup>785</sup> Eine eingehende Analyse der verschiedenen Rechtsauffassungen soll anhand einer Prüfung der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen erfolgen. Es wird darauf hingewiesen, dass im Rahmen dieser wettbewerbsrechtlichen Arbeit die Frage nicht

<sup>783</sup> H.M. z.B.: Alt, Briefkastenwerbung, S. 113; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 323.

<sup>784</sup> Köhler/Piper-Köhler, Einf., Rdn. 40.

<sup>785</sup> Einen individuellen Anspruch bejahen z.B.: AG Brakel, Urteil vom 11.02.1998 – 7 C 748/97, NJW 1998, 3209 = MMR 1998, 492 = NJW-CoR 1998, 431 (LS) = AfP 1999, 663; LG Berlin, Beschluss vom 2.04.1998 – 16 O 201/98, NJW-CoR 1998, 431 = NJWE-WettbR 2000, 91 = CR 1998, 623 mit Anm. *Moritz* = JurPC Web-Dok. 90/1998, Abs. 1-4; LG Berlin, Beschluss vom 14.05.1998 – 16/O 301, 98, NJW 1998, 3208 = CR 1998, 499, mit Anm. *Schmittmann* = RDV 1998, 220 = NJW-CoR 1998, 431 (LS) = MMR 1998, 491 = K&R 1998, 304; LG Berlin, Urteil vom 13.10.1998 – 16 O 320/98, MMR 1999, 43, mit Anm. *Westerwelle*, S. 45 = CR 1999, 187 = ZAP 1998, 1253, Nr. 23, Fach 16, S. 171 (*Schmittmann*) = NJW-CoR 1999, 52 (LS) = RDV 1999, 79 (LS) = ZUM-RD 1999, 288 = K&R 1999, 524 (LS); LG Augsburg, Beschluss vom 19.10.1998 – 2 O 34416/98, NJW-CoR 99, 52 (LS); LG Berlin, Beschluss vom 30.12.1999 – 15 O 396/99, MMR 2000, 571; LG Berlin, Urteil vom 7.01.2000 – 15 O 495/99, MMR 2000, 441 = CR 2000, 622 = NJW-RR 2000, 1229; AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 21.03.2000 – 4 C 382/99, CR 2001, 197; LG Berlin, Urteil vom 23.06.2000 – 16 O 115/00, K&R 2000, 517 = CR 2000, 854 (LS); LG Berlin, Beschluss vom 30.06.2000 – 16 O 421/00, MMR 2000, 704; AG Essen-Borbeck, Urteil vom 16.01.2001 – 6 C 658/00, JurPCWeb-Dok. 62/2001, Abs. 1–14; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343; wohl auch Hoeren/Sieber-Spindler, Handbuch Multimedia Recht, Fach 29, Rdn. 385; Hoeren/Sieber-Waldenberger, a.a.O., Fach 13.4, Rdn. 82; Härtig, Internetrecht, Rdn. 268, Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371, 381; Vahrenwald, Recht in Online und Multimedia, Fach 10.1, S. 7; Vehslage, DUD 1999, 22, 24; Strömer, Online-Recht, S. 143.

Einen individuellen Anspruch verneinen z.B.: AG Kiel, Urteil vom 30.09.1999 – 110 C 243/99, MMR 2000, 51 = K&R 2000, 201, mit Anm. *Vehslage*, S. 203; LG Kiel, Urteil vom 20.06.2000 – 8 S 263/99, K&R 2000, 514 = MMR 2000, 704 = CR 2000, 848 mit Anm. *Schmittmann*, S. 851. Vgl. auch LG Augsburg, Urteil vom 4.05.1999 – 2 O 4416/98, K&R 2000, 518 (LS) = NJW 2000, 593. Für den Fall der unverlangten Zusendung an einen privaten Anschluss auch: *Schmittmann*, MMR 1998, 53, 55.

erörtert wird, ob sich für den Empfänger aufgrund datenschutzrechtlicher Vorschriften Unterlassungsansprüche ergeben können.

### III. Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1, S. 2 BGB

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Zusendung einer unaufgeforderten Werbe-E-mail eine Eigentums- und Besitzstörung<sup>786</sup> darstelle, so dass dem Umworbenen ein präventiver Unterlassungsanspruch zustehe.<sup>787</sup> *Vehslage*<sup>788</sup> fordert unter Zugrundelegung der zur Briefkastenwerbung entwickelten Grundsätze zusätzlich, dass der Postfachinhaber zuvor seine Ablehnung erklärt haben müsse. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Der Empfang von unerwünschten E-mails verursacht hinsichtlich des Herunterladens, Lesens und Löschens einen Kosten-, Zeit- und Arbeitsaufwand, der dem Vermögen zuzurechnen ist.<sup>789</sup>

Eine Eigentums- bzw. Besitzbeeinträchtigung liegt auch nicht in der Beeinträchtigung der Festplatte, wenn die Nachricht „heruntergeladen“ wird, bzw. in der Beeinträchtigung von Hauptspeicher oder Bildschirm, wenn die E-mail „online“ betrachtet wird.<sup>790</sup> Zwar kann die Verletzung des Eigentums an einer Sache nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen;<sup>791</sup> eine solche liegt jedoch im Fall der E-mail-Werbung nicht vor. Eine E-mail belegt bis zum Löschen durch den Empfänger eine schwer messbare Speicherbelegung.<sup>792</sup> Durch eine Werbe-E-mail wird wegen seines erheblichen Fassungsvermögens<sup>793</sup> weder der Datenträger noch die auf diesem gespeicherten Sachdaten<sup>794</sup> in einer Weise beeinträchtigt, die den Eigentümer daran hindern würde, mit seiner Computeranlage bestimmungsgemäß zu verfahren.

Es besteht allerdings die Gefahr, dass die Mailbox auf dem Mail-Server durch den Empfang großer Mengen von Werbe-E-mails überläuft. Der Mail-Server steht aber nicht im Eigentum und Besitz des Nutzers, sondern in dem des Internet-Providers. Eine Beeinträchtigung des Eigentums des Empfängers scheidet unter diesem Gesichtspunkt aus, weil nicht auf eine in seinem Eigentum stehende Sache eingewirkt und deren bestimmungsgemäßer Gebrauch beeinträchtigt wird. Mangels einer Ei-

<sup>786</sup> Hinsichtlich Besitzstörung: LG Berlin, MMR 2000, 571; Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 11.

<sup>787</sup> Palandt-Bassenge, § 1004 BGB, Rdn. 7; AG Essen-Borbeck, JurPC Web-Dok. 62/2001, Abs. 1-14; Horster/Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, 1, 11.

<sup>788</sup> DuD 1999, 22, 24; ders. K&R 2000, 203, 205.

<sup>789</sup> AG Kiel, MMR 2000, 51, 52; LG Berlin, MMR 1999, 43; LG Berlin, MMR 2000, 441, 442; Ayad, CR 2001, 533, 538.

<sup>790</sup> So aber Vehslage, K&R 2000, 203, 205.

<sup>791</sup> BGHZ 55, 153, 159 („Fleetfall“).

<sup>792</sup> So auch Jankowski, K&R 2000, 499, 502. A.A.: Hoeren, Web-Cookies und das römische Recht, DuD 1998, 455, der in dem Fall, dass eine Cookie-Datei auf der Festplatte abgelegt wird, eine Besitzstörung annimmt.

<sup>793</sup> Eine Festplatte hat etwa ein Volumen von 1 Gigabyte (1 Mrd Zeichen).

<sup>794</sup> Vgl. zur Frage, ob auf Datenträger gespeicherte Sachdaten ein eigentumsähnliches Recht darstellen: Bejahend: OLG Karlsruhe, NJW 1996, 201 („Haftung für Zerstörung von Computerdaten“); Spindler, ZUM 1996, 533, 547; Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 11.

gentums- bzw. Besitzbeeinträchtigung des Empfängers scheidet ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB aus.

#### **IV. Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog**

Die Rechtsprechung stellt in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 1004 BGB alle durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter oder Rechte unter den Schutz des § 1004 BGB. Voraussetzung für einen Unterlassungsanspruch ist ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut oder Recht sowie das Vorliegen von Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr.<sup>795</sup>

##### **1. Verletzung eines sonstigen Rechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB**

Ein Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung eines sonstigen Rechts kann nicht mit der Begründung angenommen werden, dass dem Empfänger durch das Herunterladen, Lesen und Löschen von Werbe-E-mails ein Kosten-, Zeit- und Arbeitsaufwand entsteht.<sup>796</sup> Dies sind Beeinträchtigungen des Vermögens, das als solches kein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ist.<sup>797</sup>

##### **1.1. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

In der Rechtsprechung herrscht keine Einigkeit über die Frage, ob die unerwünschte Zusendung von E-mail-Werbung das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers verletzt.<sup>798</sup> Das Schrifttum nimmt vielfach, teilweise aber ohne Begründung, eine Verletzung an.<sup>799</sup> Im Folgenden soll die Frage erörtert werden, ob dieser Auffassung zu folgen ist.

Gegen Beeinträchtigungen der Persönlichkeit bietet das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht Schutz, das seit der „Leserbriefentscheidung“ des BGH<sup>800</sup> als ein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1

<sup>795</sup> Palandt-Bassenge, § 1004 BGB, Rdn. 2, 29; Palandt-Thomas, Einf. v. § 823 BGB, Rdn. 16-25.

<sup>796</sup> A.A.: LG Berlin im Verfahren der einstweiligen Verfügung, CR 1998, 499, mit ablehnender Anm. Schmittmann = NJW 1998, 3208. Das LG hat diese Ansicht im Hauptsacheverfahren aufgegeben. Vgl. LG Berlin, MMR 1999, 43 = CR 1999, 187. Siehe aber dann wieder LG Berlin, MMR 2000, 571.

<sup>797</sup> Vgl. statt aller, Palandt-Thomas, § 823, Rdn. 31; so auch AG Kiel, MMR 2000, 51, 52.

<sup>798</sup> Bejahend: AG Brakel, NJW 1998, 3209; LG Berlin, MMR 2000, 704; wohl auch LG Berlin, MMR 2000, 571; AG Essen-Borbeck, JurPC Web-Dok. 62/2001, Abs. 1-14. Verneinend für den Fall, dass der Empfänger dem Empfang zuvor nicht ausdrücklich widersprochen hat: AG Kiel, MMR 2000, 51, 52, wohl auch LG Augsburg, K&R 2000, 518. Offengelassen: LG Berlin, MMR 1999, 43; LG Kiel, K&R 2000, 515, 516.

<sup>799</sup> Westerwelle, MMR 1999, 45; Härting, Internetrecht, Rdn. 268; Hoeren/Oberscheidt, VuR 1999, 371, 381, Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 166. Ausführlich: Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 13.

<sup>800</sup> BGHZ 13, 334, 338.

BGB<sup>801</sup> anerkannt wird. Grund für die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als ein durch § 823 Abs. 1 BGB absolut geschütztes Recht war die Erkenntnis, dass der vom BGB gewährte Schutz von Persönlichkeitsrechten in Anbetracht der zunehmenden technischen Möglichkeiten in den persönlichen Bereich einer Person einzudringen, nicht ausreichend ist.<sup>802</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht mit dem erst später vom BVerfG<sup>803</sup> entwickelten Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts identisch. Vielmehr handelt es sich bei dem privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht um ein Institut des einfachen Rechts.<sup>804</sup> Sein Schutz umfasst die Persönlichkeit in doppelter Hinsicht: einmal in statischer Sicht in ihrem Recht, in Ruhe gelassen zu werden, zum anderen in dynamischer Sicht in ihrem Selbstbestimmungsrecht auf freie Entfaltungsmöglichkeit und aktive Entschließungs- und Handlungsfreiheit.<sup>805</sup>

### 1.1.1. Tatbestand

Personen, die nicht zum Kreis der nach dem UWG Anspruchsberechtigten gehören, können den bürgerlichrechtlichen Unterlassungsanspruch unter Berufung auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht auch dann geltend machen, wenn in der Zusendung von E-mail-Werbung zugleich ein Wettbewerbsverstoß liegt.<sup>806</sup> Daher könnten dem privaten E-mail-Empfänger und einem Gewerbetreibenden, der zu dem Werbenden nicht in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, ein Unterlassungsanspruch zustehen. Die Zusendung einer Werbe-E-mail müsste einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Werbeadressaten darstellen.<sup>807</sup> Hierbei sind verschiedene Fallgestaltungen zu unterscheiden.

#### 1.1.1.1. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor nicht ausdrücklich widersprochen

Es fragt sich, ob in der Übersendung einer Werbe-E-mail ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt. Das *AG Kiel*<sup>808</sup> verneint dies. Ein Eingriff könne nur dann vorliegen, wenn der Umworbene zuvor offensichtlich die Ablehnung unverlangter E-mail-Werbung erklärt habe.<sup>809</sup> Diese Auffassung vermag nicht zu über-

<sup>801</sup> BGHZ 24, 72, 77 („Krankenpapiere“); BGHZ 26, 349, 354 („Herrenreiter“); BGHZ 30, 7, 11 („Caterina Valente“); Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 176; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 1, Rdn. 1216.

<sup>802</sup> Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1225.

<sup>803</sup> BVerfGE 27, 1, 6 („Mikrozensus“). Vgl. zur Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das BVerfG: Wanckel, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, S. 95 ff.

<sup>804</sup> Jarass, NJW 1989, 857, 858; Erman-Ehmann, Anh. § 12 BGB, Rdn. 91 f.

<sup>805</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 177.

<sup>806</sup> Vgl. Köhler/Piper, Einf., Rdn. 40.

<sup>807</sup> Vgl. zum Prüfungsaufbau: Freund, BB 1986, 409, 413; ders. Das Persönlichkeitsrecht des Umworbene, S. 141.

<sup>808</sup> AG Kiel, MMR 2000, 51, 52.

<sup>809</sup> AG Kiel, MMR 2000, 51, 53.

zeugen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst auch den Schutz vor Belästigungen.<sup>810</sup> Indem der Werbende dem Umworbenen unverlangt eine E-mail zusendet, veranlasst er diesen, sich mit einer Werbebotschaft zu befassen. Ein E-mail-Nutzer, der Werbung nicht empfangen möchte, kann sich hierdurch belästigt fühlen. Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt vor.

Diese persönlichkeitsrechtliche Beurteilung der elektronischen Post findet Rückhalt in der BGH-Rechtsprechung zur „normalen“ Post. Der BGH verneinte in seiner „Briefwerbung“-Entscheidung<sup>811</sup> nicht das Vorliegen einer Beeinträchtigung, sondern nur einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, wenn er ausführt, ein Werbebrief stelle grundsätzlich keinen *unzulässigen*<sup>812</sup> Eingriff in Rechte des Umworbenen dar.<sup>813</sup> Die Problematik konzentriert sich daher auf die Abwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung bei der Frage der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>814</sup>

Es fragt sich, ob der Auffassung des *LG Kiel*,<sup>815</sup> zu folgen ist, dass die für Werbung geltenden Überlegungen nicht anwenden will, wenn es sich bei der E-mail um keine Werbung sondern um ein Vertragsangebot i.S.d. § 145 BGB handelt. Die Versendung von Werbematerial stellt nur eine *invitatio ad offerendum* dar. Der Werbende will selbst noch kein Angebot abgeben, sondern den Empfänger zur Abgabe eines Angebots auffordern. Es fehlt an dem für ein Angebot nötigen Rechtsbindungswillen.<sup>816</sup> Das *LG Kiel* begründet seine Differenzierung damit, dass unverbindliche werbliche Aufforderungen um ein Vielfaches häufiger ausgesprochen würden als Vertragsangebote, bei denen die erzeugte rechtliche Bindung eine ausreichende Schranke darstelle.<sup>817</sup> Die vom *LG Kiel* vorgenommene Unterscheidung überzeugt nicht. Die mit dem Empfang einer E-mail verbundene Belästigung des Adressaten tritt unabhängig vom Inhalt der E-mail ein. Dieser muss in beiden Fällen die gleichen Handlungen vornehmen, um sich der E-mail zu entledigen.

Bei der Frage eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dem Empfänger der Werbe-E-mail um eine Geschäfts- oder um eine Privatperson handelt. In den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallen auch Werbemaßnahmen gegenüber geschäftlich tätigen Personen. Rechtsträger ist jede natürliche Person.<sup>818</sup> Bei der erforderlichen Güter- und Interes-

<sup>810</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht, § 80 II 7 a, S. 516; Erman-Ehmann, Anhang zu § 12 BGB, Rdn. 374; Staudinger-Hager, § 823 BGB, C 232.

<sup>811</sup> BGHZ 60, 296 ff.

<sup>812</sup> Hervorhebung durch Verfasserin.

<sup>813</sup> BGHZ 60, 296, 299. So auch OLG Stuttgart, WRP 1988, 199, 200.

<sup>814</sup> So auch Freund, BB 1986, 409, 414 f.; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. C 233, der erst die Rechtswidrigkeit der Briefkastenwerbung verneint. A.A: Larenz/Canaris, Schuldrecht, § 80 II 7a, S. 516: „Es fehle schon tatbestandlich an einer Persönlichkeitsverletzung, da jeder Ansatz für ein rechtliches Unwerturteil fehle“; Alt, Briefkastenwerbung, S. 87 f.

<sup>815</sup> *LG Kiel*, CR 2000, 848, 850 f.

<sup>816</sup> Staudinger-Bork, Allg. Teil, 13. Bearb., Berlin 1996, § 145, Rdn. 3 ff.

<sup>817</sup> *LG Kiel*, CR 2000, 848, 850 f.

<sup>818</sup> Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. C 17.

senabwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung ist zu beachten, dass der Persönlichkeitsschutz im geschäftlichen Bereich grundsätzlich schwächer ist als im privaten Bereich.<sup>819</sup> Darüber hinaus kann bei Gewerbetreibenden auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht kommen, der dann als vorrangig anzusehen ist, wenn der Eingriff negative Auswirkungen gerade auf die Berufsausübung des Umworbene(n) zur Folge hat.<sup>820</sup>

Ein Eingriff in persönlichkeitsrechtlich geschützte Rechtspositionen einer juristischen Person<sup>821</sup> scheidet durch die Zusendung einer E-mail-Werbung aus. Faktische Behinderungen in der Gewerbeausübung, wie sie im Rahmen des Direktmarketing auftreten können, unterfallen dem Regelungsbereich des Rechts am Unternehmen.<sup>822</sup> Für eine juristische Person kommt dann eine Berufung auf das Recht ihres eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in Betracht.<sup>823</sup>

### **1.1.1.2. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor ausdrücklich widersprochen**

Erst recht stellt der Versand einer werbenden E-mail einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, wenn der Umworbene dem Erhalt derartiger Nachrichten zuvor ausdrücklich widersprochen hat. Der Wille des Bürgers, seinen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, ist als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig.<sup>824</sup>

### **1.1.1.3. Sozialadäquanz**

Im Zusammenhang mit der Briefkastenwerbung wurde verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass diese selbst bei einem ausdrücklichen Widerspruch des Umworbene(n) bereits nicht den Tatbestand<sup>825</sup> des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfüllen könne, da sie unter den heutigen Lebensumständen durch den Grundsatz der Sozialadäquanz gedeckt sei.<sup>826</sup>

<sup>819</sup> BGHZ 36, 77, 80 („Waffenhändler“); Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. D 24; Larenz/Canaris, Schuldrecht, § 80 II, 5 g, S. 512, § 81 III, 1 a, S. 547.

<sup>820</sup> So das LG Berlin, MMR 1999, 43; ähnlich: Freund, BB 1986, 409, 413.

<sup>821</sup> Vgl. zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen und nichtrechtsfähiger Personenvereinigungen ausführlich: Münchener Kommentar-Rixecker, § 12 Anh., Rdn. 18 ff.

<sup>822</sup> So Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbene(n), S. 154. Im Ergebnis ebenso: Alt, Briefkastenwerbung, S. 93.

<sup>823</sup> OLG Karlsruhe, AfP 1983, 399, 400 („Persönlichkeitsverletzung durch Direktwerbung“).

<sup>824</sup> BGHZ 106, 229, 233 f. („Handzettel-Wurfsendung“).

<sup>825</sup> Zum Verständnis als tatbestandsausschließendes Merkmal: Hey, Direktmarketing, S. 26 f.; Freund, BB 1986, 409, 413; ders., Das Persönlichkeitsrecht des Umworbene(n), S. 147, die aber beide im Ergebnis eine Sozialadäquanz ablehnen.

<sup>826</sup> So früher Münchener Kommentar-Schwerdtner, § 12 BGB, Rdn. 245, Band 1, 2. Auflage, München 1984. In der 3. Auflage des Münchener Kommentars vertritt Schwerdtner diese Ansicht nicht mehr: vgl. dort § 12 BGB, Rdn. 234. Zweifelnd auch BVerwG, GRUR 1990, 710 („Werbung in Post-Kontoauszugsbriefen“).

Die Heranziehung und die Anwendung des Begriffs der Sozialadäquanz sind umstritten.<sup>827</sup> Ursprünglich aus dem Strafrecht kommend, wurde der Begriff der Sozialadäquanz für das Zivilrecht fruchtbar gemacht, und zwar für den Bereich der Rechtswidrigkeit.<sup>828</sup> Selbst wenn man das Argument der Sozialadäquanz als tragfähig ansehen sollte,<sup>829</sup> kann eine Beeinträchtigung des Umworbenen durch unverlangt zugesandte Werbe-E-mails nicht mit dieser Begründung verneint werden. Unterhalb der Schwelle der Sozialadäquanz bleiben Werbemaßnahmen nur dann, wenn die mit ihnen verbundene Beeinträchtigung derart geringfügig ist, dass zumindest kein vernünftiger Zweifel an der Zulässigkeit des beanstandeten Vorgangs bestehen kann.<sup>830</sup> Davon kann im Falle der E-mail-Werbung nicht die Rede sein. Aufgrund der zunehmenden Werbeflut und der hiermit verbundenen Gefahr des Überquellens des elektronischen Briefkastens stehen die Mehrzahl der Internet-Nutzer der E-mail-Werbung ablehnend gegenüber. Darüber hinaus mehren sich die instanzgerichtlichen Entscheidungen, die die E-mail-Werbung für unzulässig halten.

#### 1.1.1.4. Zwischenergebnis

Die unerwünschte Zusendung einer werbenden E-mail stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Umworbenen dar, unabhängig davon, ob der Umworbene dem Erhalt derartiger Nachrichten zuvor ausdrücklich widersprochen hat oder nicht.

#### 1.1.2. Rechtswidrigkeit

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist von generalklauselartiger Weite und Unbestimmtheit.<sup>831</sup> Wegen seiner Qualifizierung als sog. „Rahmenrecht“<sup>832</sup> oder als sog. „offener Tatbestand“<sup>833</sup> wird die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nicht indiziert, sondern muss positiv festgestellt werden. Nicht jede Beeinträchtigung verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern nur die rechtswidrige Beeinträchtigung. Die Rechtswidrigkeitsprüfung vollzieht sich im Wege einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung,<sup>834</sup> wobei vorab Rechtfertigungsgründe, wie etwa die Einwilligung

<sup>827</sup> Vgl. Scherer, Verbraucherwerbung, S. 97 f. m.w.N.

<sup>828</sup> Vgl. Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 40 zum verkehrsrichtigen (sozialadäquaten) Verhalten im Straßenverkehr.

<sup>829</sup> Verneinend: Scherer, Verbraucherwerbung, S. 98; Hey, Direktmarketing, S. 26 f.; Weise, GRUR 1989, 653, 655.

<sup>830</sup> Freund, BB 1986, 409, 413 f.; Scherer, Verbraucherwerbung, S. 98.

<sup>831</sup> So BGHZ 24, 72, 78 („Krankenkassenpapiere“); BGHZ 30, 7, 11 („Caterina Valente“).

<sup>832</sup> Dieser Begriff geht auf Fikentscher zurück, vgl. Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 1, Rdn. 1216, 1225.

<sup>833</sup> Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 137.

<sup>834</sup> Palandt-Thomas, § 823, Rdn. 184; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1216. A.A.: Lorenz/Canaris, Schuldrecht, § 80 II, S. 498 ff., die Schutzbereiche des Persönlichkeitsrechts herausarbeiten und annehmen, dass die Tatbestandsmäßigkeit dann weitgehend die Rechtswidrigkeit indiziert; ähnlich Erman-Ehmann, Anhang zu § 12 BGB, Rdn. 58 ff. Die Rechtsprechung lässt teilweise die

des Umworbenen, geprüft werden müssen.<sup>835</sup> Bei einer tatsächlich vorliegenden Einwilligung wird es kaum zu einem Rechtsstreit kommen, so dass vor allem die Frage der mutmaßlichen Einwilligung relevant wird. Insoweit kann auf die im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der E-mail-Werbung entwickelten Grundsätze<sup>836</sup> verwiesen werden.

Bei der Abgrenzung, ob der Eingriff befugt war oder nicht, sind unter sorgsamer Würdigung der gesamten Umstände die gegenüberstehenden Rechtspositionen miteinander zu vergleichen und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist auf Seiten des Verletzten insbesondere auch zu berücksichtigen, in welche Sphäre der Persönlichkeit eingegriffen wurde.<sup>837</sup> Nach der sog. „Sphärentheorie“ wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in einzelne Sphären mit unterschiedlicher Schutzintensität aufgeteilt. Als geschützte Sphären sind die Individualsphäre, die Privatsphäre und die Intimsphäre zu nennen.<sup>838</sup> Die Individualsphäre schützt das Selbstbestimmungsrecht und bewahrt die persönliche Eigenart des Menschen in seinen Beziehungen zur Umwelt, seinem öffentlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Wirken.<sup>839</sup> Die Privatsphäre umfasst das Leben im häuslichen Bereich oder im Familienkreis und das sonstige Privatleben, und zwar nicht nur im eigenen häuslichen Bereich, sondern je nach den Umständen auch außerhalb.<sup>840</sup> Die Intimsphäre umfasst die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen.<sup>841</sup> Sinn dieser Aufteilung ist es, unterschiedliche Grade der Schutzintensität feststellen zu können. Die Intimsphäre genießt als Kern den stärksten, die - einem Teil der Außenwelt immerhin schon beschränkt zugängliche - Privatsphäre schon einen geringeren, und die Individualsphäre schließlich als am weitesten in die Außenwelt herausragenden Persönlichkeitsbereich den geringsten Schutz.<sup>842</sup> Auch wenn die sog. Sphärentheorie wiederholt kritisiert worden ist,<sup>843</sup> wurde hinsichtlich des Schutzes des Umworbenen gegen Werbung in der Fallgruppe der Briefkastenwerbung auf sie zurückgegriffen.<sup>844</sup> Trotz aller Unschärfen ist die „Sphärentheorie“ jedenfalls für die Erkenntnis brauch-

---

Frage der Prüfungsebene für die Güter- und Interessenabwägung offen: etwa BGHZ 13, 334, 338 („Leserbrief-Entscheidung“); BGHZ 30, 7, 11 („Caterina Valente“).

<sup>835</sup> Freund, BB 1986, 409, 413; Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 184.

<sup>836</sup> Vgl. 3. Kapitel, III., 3.1.5.

<sup>837</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 185 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1225; Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 173 ff., ders. BB 1986, 409, 413; LG München I, ZUM-RD 2000, 549, 552.

<sup>838</sup> LG Kiel, CR 2000, 848, 850; Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 178; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1225; Alt, Briefkastenwerbung, S. 80 ff.; Ehlers, WRP 1983, 187 f.; Paefgen, MDR 1992, 112, 114. Eine andere Aufteilung nehmen z.B. vor: Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 174 ff. (fünf Sphären); Scherer, Verbraucherwerbung, S. 256 f. (zwei Schutzsphären).

<sup>839</sup> LG Kiel, CR 2000, 848, 850; Alt, Briefkastenwerbung, S. 80; Ehlers, WRP 1983, 187, 188.

<sup>840</sup> BGH, NJW 1996, 1128 („Caroline von Monaco II“); BGHZ 131, 332 („Caroline von Monaco IV“).

<sup>841</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 178; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1225.

<sup>842</sup> Ehlers, WRP 1983, 187, 188.

<sup>843</sup> So z.B. Ehmman, Zur Struktur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193, 197, der sie als „praktisch unbrauchbar“ bezeichnet.

<sup>844</sup> BGHZ 106, 229 ff. („Handzettel-Wurfsendung“); OVG Lüneburg, NJW 1988, 1867, 1869 („Werbebeilagen in Postgirobrieffen“). Dort wirkte sich die Heranziehung der besagten Schutzsphären als entscheidungserheblich aus.

bar, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in den persönlichen Bereich desto höher sind, je tiefer der Eingriff geht.<sup>845</sup>

In die Abwägung einzustellen sind auf Seiten des Verletzten ferner die Art der Rechtsverletzung, die Schwere der Beeinträchtigung, ihr Anlass und sein Verhalten vor der Verletzung. Auf Seiten des Verletzers sind Mittel und Zweck des Eingriffs, die ihm zur Seite stehenden Grundrechte sowie Art und Dauer des Eingriffs zu berücksichtigen.<sup>846</sup> In die Abwägung ist daher die durch die Artt. 12 Abs. 1 und 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte „Werbefreiheit“ des Werbenden einzubeziehen. Demgegenüber können im allgemeinen Zivilrecht, anders als im Wettbewerbsrecht, nicht Interessen der Allgemeinheit im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden.<sup>847</sup> Insbesondere kommt die Einbeziehung von allgemeinen Präventionsüberlegungen nicht in Betracht. Im Deliktsrecht ist nur auf die Rechtswidrigkeit einer konkreten Maßnahme abzustellen, nicht auf entsprechende Auswirkungen bei Dritten und mögliche Nachahmungseffekte.<sup>848</sup> Die Interessenabwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung und im Rahmen des § 1 UWG müssen daher nicht notwendigerweise zu dem gleichen Ergebnis kommen.

Unter Zugrundelegung der Abwägungskriterien ist zu untersuchen, in welchen Fällen der durch die Zusendung von E-mail-Werbung erfolgte Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Umworbene(n) rechtswidrig ist.

#### **1.1.2.1. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor nicht ausdrücklich widersprochen**

Durch die bloße Zusendung einer Werbe-E-mail wird nicht in rechtswidriger Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Es gelten insofern dieselben Erwägungen, wie sie bereits bei der Frage einer wettbewerbswidrigen Belästigung des Umworbene(n) angestellt wurden. Ein unzulässiges Eindringen in die Privat- bzw. Individualsphäre kann nicht angenommen werden. Bei der E-mail-Werbung fehlt es ebenso wie im Falle der Telex-, Telefax- und Btx-Werbung an einem unmittelbaren Kontakt zwischen dem Werbenden und dem Adressaten, so dass eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht in gleichem Maße wie bei der Telefonwerbung zu befürchten ist.<sup>849</sup> Der Umworbene mag sich zwar durch die E-mail-

<sup>845</sup> Dies erkennt auch Ehmann an, Zur Struktur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193, 197; ders. in Erman, Anhang zu § 12 BGB, Rdn. 25.

<sup>846</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 185 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 2, Rdn. 1225; Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbene(n), S. 180 f..

<sup>847</sup> Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 108; Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 13, Ayad, CR 2001, 533, 540.

<sup>848</sup> Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 13. Die Autoren wollen allerdings im Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Ausnahme machen und Präventionsüberlegungen mit einbeziehen.

<sup>849</sup> Vgl. hierzu auch Freund, BB 1986, 409, 410, der eine Zurückhaltung bei der persönlichkeitsrechtlichen Beurteilung der Btx-Werbung beobachtet; ähnlich Steckler, GRUR 1993, 865, 870. A.A.: Gloy-Strothmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 53, Rdn. 8.

Werbung belästigt fühlen, dies rechtfertigt es aber nicht, das allgemeine Persönlichkeitsrecht zur „kleinen Münze“ zu machen<sup>850</sup> und es zum Schutz gegen jede Art von Belästigungen heranzuziehen.<sup>851</sup> Die Zusendung einer Werbe-E-mail stellt keinen so schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, dass demgegenüber das Interesse des Werbetreibenden an einer gezielten Individualwerbung zurücktreten müsste. Eine andere Beurteilung ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn angesichts der Fülle der Werbezusendungen eines Werbetreibenden die Belästigung des E-mail-Adressaten ein unzumutbares Maß an Intensität erreicht, etwa wenn der Werbetreibende im Abstand von wenigen Tagen immer wieder E-mail-Werbung an einen bestimmten Adressaten verschickt.

Der gegenteiligen Ansicht des *AG Brakel*<sup>852</sup> ist nicht zu folgen. Das Gericht nimmt ausdrücklich auf die „Handzettel-Wurfsendung“-Entscheidung<sup>853</sup> des BGH Bezug. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Empfänger durch einen Aufkleber an seinem Briefkasten zuvor zum Ausdruck gebracht, dass er kein Werbematerial wünscht. Dies erkennt auch das *AG Brakel*. Es überträgt dann aber die vom BGH zur Briefkastenwerbung entwickelten Grundsätze auf das E-Mail-System in einer anderen Weise, indem es ein fehlendes Einverständnis rechtlich wie einen ausdrücklich erklärten Widerspruch behandelt.<sup>854</sup>

Dem *AG Brakel* ist insoweit darin zuzustimmen, dass das Anbringen eines Aufklebers „Keine Werbung“ an den „elektronischen“ Briefkasten derzeit technisch nicht möglich ist.<sup>855</sup> Richtig ist auch, dass es noch kein Register gibt, in das sich alle, die die Zusendung von E-mail-Werbung nicht wünschen, eintragen können (sog. opt-out-Register) und dessen Beachtung dem Werbenden gesetzlich aufgegeben ist. Diese Überlegungen vermögen entgegen der Ansicht des *AG Brakel* keine rechtliche Gleichstellung eines fehlenden Einverständnisses mit einem ausdrücklich erklärten Widerspruch zu rechtfertigen. Erfolgt die Zusendung von Werbematerial gegen den erklärten Willen des Betroffenen, entartet sie zu einem reinen Zwang und stellt daher eine schwere Persönlichkeitsverletzung dar.<sup>856</sup> Der die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Umworbenen begründende Vorwurf liegt dabei in der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts und nicht in einer mit der E-mail-Werbung verbundenen Belästigung. Es wird daher ein anderer Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als in den Fällen der reinen Belästigung tangiert, für den auch andere rechtliche Bewertungsgrundsätze gelten müssen. Die bloße Zusendung von E-mail-Werbung verletzt daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht.

<sup>850</sup> So Erman-Ehmann, Anhang zu § 12 BGB, Rdn. 374.

<sup>851</sup> A.A.: Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 13, die ein Recht auf Freihaltung der Kommunikationskanäle als Ausgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkennen.

<sup>852</sup> *AG Brakel*, NJW 1998, 3209; wohlwollend LG Kiel, K&R 2000, 514, 516.

<sup>853</sup> BGHZ 106, 229, 233 ff.

<sup>854</sup> Vgl. *AG Brakel*, NJW 1998, 3209. Zustimmend: LG Kiel, CR 2000, 848, 850.

<sup>855</sup> *AG Brakel*, NJW 1998, 3209; Härting, Internetrecht, Rdn. 269.

<sup>856</sup> So auch v. Olenhusen, FuR 1973, 417, 424.

### 1.1.2.2. Ausnahme: Die getarnte Werbung

Ausnahmsweise kann allein in der Zusendung einer werbenden E-mail ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegen, wenn der kommerzielle Charakter der E-mail bewusst verschleiert wird. Entsprechend der im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung angestellten Erwägungen<sup>857</sup> muss der Umworbene schon aus der Betreffzeile und der Absenderangabe im elektronischen Inhaltsverzeichnis erkennen können, dass er umworben wird. Ist dies nicht der Fall, liegt ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Maßgebend ist der Aspekt der Schwere und Intensität des Eingriffs. Für die Frage, wie intensiv eine Werbemaßnahme den Umworbenen berührt, kommt es darauf an, ob der Werbende dem Umworbenen eine zumutbare und nicht allzu schwierige Maßnahme offen gelassen hat, sich sofort dem werblichen Einfluss wieder zu entziehen.<sup>858</sup> Durch die Verschleierung zwingt der Werbende den Umworbenen aber gerade, eine Werbung zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihrer Suggestivwirkung auseinander zu setzen. Ein derart intensiver Eingriff in das Persönlichkeitsrecht lässt das Interesse des Werbenden als nachrangig zurücktreten.

### 1.1.2.3. Der Umworbene hat der Zusendung zuvor ausdrücklich widersprochen

Überwiegend wird angenommen, dass es als eine schwere Persönlichkeitsverletzung anzusehen ist, wenn sich ein Werbungstreibender über den erklärten Willen eines Einzelnen, sich bestimmten werbemäßigen Beeinflussungen zu entziehen, vorsätzlich hinwegsetzt.<sup>859</sup> Nun hat aber der BGH in seiner Entscheidung „Handzettel-Wurfsendung“ den Schutz des personalen Selbstbestimmungsrechts des Umworbenen von der jeweiligen „Sphäre“ abhängig gemacht, in der die Werbung den Umworbenen antrifft.<sup>860</sup> Der BGH führte aus: „Jedenfalls für den Bereich der Privatsphäre setzt sich das Recht des einzelnen, Aktivitäten entgegenzutreten, die unter gegenständlichem Eindringen in seine Privatsphäre Einfluss auf seine Konsumententscheidung zu gewinnen suchen, angesichts des Stellenwertes dieses Bereichs für eine individuelle Lebensgestaltung ohne Fremddiktat gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Werbewirtschaft grundsätzlich durch.“<sup>861</sup>

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll nicht entschieden werden, ob der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Umworbenen im Falle der Briefkastenwerbung dann schwächer ist, wenn die Werbemaßnahme ihn in seinem beruflichen oder geschäftlichen Leben betrifft, also in einer Sphäre, in der das allgemeine Persönlichkeitsrecht

<sup>857</sup> Vgl. 3. Kapitel, IV., 1.

<sup>858</sup> Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 181.

<sup>859</sup> V. Olenhusen, FuR 1973, 417, 424; ähnlich: Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 181; ders. BB 1986, 409, 415.

<sup>860</sup> Vgl. Scherer, Verbraucherwerbung, S. 258; OVG Lüneburg, NJW 1988, 1867, 1869 („Werbebeilagen in Postgirobriefen“).

<sup>861</sup> BGHZ 106, 229, 234.

unter Zugrundelegung der Sphärentheorie geringeren Schutz genießt.<sup>862</sup> Jedenfalls für den Fall der E-mail-Werbung sollte der Schutz des Selbstbestimmungsrechts nicht durch die Anwendung der Sphärentheorie wieder relativiert werden. Im Zeitalter des Internet ist zu berücksichtigen, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Sphären zunehmend verwischt werden. Zwischen Privatleben und öffentlichem, insbesondere beruflichem Wirken, kann nicht mehr trennscharf unterschieden werden. So bietet das Internet Beschäftigten die Möglichkeit, im Rahmen von Telearbeit nicht nur an ihrem regulären Arbeitsplatz, sondern auch zu Hause zu arbeiten.<sup>863</sup> Wenn bestimmte technische Voraussetzungen geschaffen werden, können E-mails überall in der Welt und zu jeder Zeit gelesen und bearbeitet werden. Hinzu kommt, dass über die geschäftliche E-mail-Adresse in der Regel auch private Mitteilungen empfangen werden, so dass Privat- und Geschäftspost nicht strikt getrennt werden können. Oft ist der E-mail-Adresse auch nicht anzusehen, ob es sich bei ihr um eine geschäftliche oder eine Privatadresse handelt.

Für die Beurteilung muss daher allein entscheidend sein, dass die bewusste Missachtung eines der Werbung entgegenstehenden Willens einen intensiven Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt. Daher hat der Werbende den Widerspruch des Umworbenen zu respektieren.<sup>864</sup> Dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Umworbenen ist gegenüber dem Interesse des Werbenden der Vorrang einzuräumen.

Der Werbende kann sich schließlich nicht darauf berufen, dass die Unterlassung der Werbung deshalb nicht verlangt werden könne, weil eine Beachtung des Widerspruchs für ihn mit Mühen und Kosten verbunden sei, die in keinem angemessenen Verhältnis zu der Verärgerung und Belästigung des Umworbenen stünde.<sup>865</sup> Der BGH selbst hat diesen Aspekt in seinen späteren Entscheidungen nicht wiederholt.<sup>866</sup> Außerdem ist dieser Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes aus den bereits genannten Erwägungen<sup>867</sup> schon generell nicht zu folgen. Selbst wenn der Versender auf Widersprüche der Beworbenen aufgrund mangelnder Systemressourcen nicht reagieren kann, muss er mit wirksamen rechtlichen Schritten gegen sich rechnen. Beim massenhaften Versand von Werbe-E-mails muss auch für den Empfang von Widersprüchen entsprechend vorgesorgt werden.<sup>868</sup>

<sup>862</sup> Vgl. OVG Lüneburg, NJW 1988, 1867, 1869: „Werbemaßnahmen im beruflichen und geschäftlichen Wirken unterliegen deshalb weniger strengen Maßstäben als im eigentlichen privaten Bereich“.

<sup>863</sup> Vgl. Kieper, Datenschutz für Telearbeiter, DuD 1998, 583.

<sup>864</sup> So auch OLG München, NJW 1984, 2422 („Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Briefwerbung“), das die berufliche Belästigung des klagenden Rechtsanwalts sogar als zusätzlichen negativen Faktor zu Lasten des werbenden Beklagten aufführte; Larenz/Canaris, Schuldrecht, § 80 II 7 a, S. 516.

<sup>865</sup> Vgl zu diesem sog. „Mühe- und Kostenvorbehalt“: BGHZ 60, 296, 299, 300 („Briefwerbung“).

<sup>866</sup> Vgl. BGHZ 106, 229 („Handzettelfurfsendung“).

<sup>867</sup> Vgl. 2. Kapitel, II., 5.3.

<sup>868</sup> Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 133.

### 1.1.3. Ergebnis

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Werbeadressaten wird bei der Zusendung getarnter E-mail-Werbung verletzt. Des weiteren ist eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dann anzunehmen, wenn der Empfänger dem Erhalt von E-mail-Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen hat.

## 1.2. Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

### 1.2.1. Auffassung von Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung nimmt an, dass die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstelle.<sup>869</sup> Soweit in der Literatur diese Frage angesprochen wird, referiert sie lediglich die Rechtsprechung.<sup>870</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob dieser Auffassung zu folgen ist.

### 1.2.2. Die Subsidiarität des Schutzes des Gewerbebetriebes

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Recht am Gewerbebetrieb subsidiär und greift nur ein, wenn das geschriebene Recht eine Lückenfüllung zulässt.<sup>871</sup> Das ist der Fall, wenn kein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs vorliegt. Dann können rechtswidrige Eingriffe in den Bestand oder den Tätigkeitsbereich eines Unternehmens nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB abgewehrt werden.<sup>872</sup> Das *LG Berlin*<sup>873</sup> hat zutreffend ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem beklagten Herausgeber von Druckschriften und dem klagenden Empfänger, einem Rechtsanwalt, verneint und § 823 Abs. 1 BGB angewandt.

<sup>869</sup> LG Berlin, Urteil vom 13.10.1998 - 16 O 320/98, MMR 1999, 43 mit Anm. *Westerwelle*, S. 45 = CR 1999, 187 = NJW-CoR 1/99, 52 = Jur-PC Web-Dok. 187/1998 als Hauptsacheverfahren zu LG Berlin, Beschluss vom 14.05.1998 - 16 O 301/98, NJW 1998, 3208; LG Berlin, Urteil vom 7.01.2000 - 15 O 495/99, CR 2000, 622 = MMR 2000, 441; LG Berlin, Urteil vom 23.06.2000 - 16 O 115/00, K&R 2000, 517; AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 21.03.2000 - 4 C 382/99, CR 2001, 197.

<sup>870</sup> Vgl. z.B.: Härting, Internetrecht, Rdn. 269; Hoffmann, NJW 2001, Beilage zu Heft 14, 5, 36; Horster/Fox-Schmittmann, Datenschutz und Datensicherheit, S. 1, 11; Schwerdtfeger-Peschel-Mehner, Cyberlaw, S. 136; Vahrenwald, Recht in Online und Multimedia, Fach 10.1, S. 7.

<sup>871</sup> BGHZ 36, 252, 257; BGH, NJW 1998, 2141, 2142; LG Berlin, CR 2000, 622; Staudinger-Hager, § 823 BGB, D 20.

<sup>872</sup> Baumbach/Hefermehl, Allg., Rdn. 130 f.; Einl. UWG, Rdn. 341.

<sup>873</sup> CR 2000, 622. Vgl. auch LG Berlin, MMR 1999, 43: keine Konkurrenzsituation zwischen dem Vermieter von Jahrmarktgeräten und einem Rechtsanwalt.

### 1.2.3. Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch Zusendung von E-mail-Werbung

In ständiger Rechtsprechung haben das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof ein „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als „sonstiges Recht“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.<sup>874</sup> Nachdem die Rechtsprechung anfänglich dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB nur dann gewährte, wenn ein Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebes vorlag,<sup>875</sup> rückte die Rechtsprechung hiervon später ab und vertritt nun die Auffassung, dass auch die ungestörte unternehmerische Betätigung innerhalb des bestehenden Unternehmens deliktischen Schutzes bedürfe.<sup>876</sup> Der Schutz umfasst alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebes ausmacht, also insbesondere Bestand, Erscheinungsform, Tätigkeitskreis, Kundenstamm, Betriebsgeheimnisse und Geschäftsverbindungen.<sup>877</sup> Nach wohl überwiegender Auffassung ist auch die wirtschaftliche Betätigung der freien Berufe geschützt.<sup>878</sup> Hierfür spricht, dass der freiberuflich Tätige ebenso wie ein Gewerbetreibender eine sachliche und organisatorische Grundlage für seinen Beruf benötigt und dieser Wert daher auch ebenso zu schützen ist.<sup>879</sup> Macht daher ein Rechtsanwalt geltend, dass die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung ihn in der Ausübung seines Berufes in seinem Kanzleibetrieb beeinträchtigt, kommt ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>880</sup>

Angesichts der generalklauselartigen Weite des Schutzzumfanges muss die Eingriffshandlung in sachgerechter Weise beschränkt werden. Dies geschieht durch das Erfordernis einer „Unmittelbarkeit“ bzw. „Betriebsbezogenheit“ des Eingriffs. Unmittelbare Eingriffe in das Recht am bestehenden Gewerbebetrieb sollen nur diejenigen sein, die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind, und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen.<sup>881</sup>

Es fragt sich, ob die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung einen unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriff darstellt. Das *LG Berlin* hat zur Beurteilung die Kriterien für die Wettbewerbswidrigkeit von E-mail-Werbung im Rahmen des

<sup>874</sup> RGZ 58, 24, 29; BGHZ 29, 65, 69, BGHZ 69, 118, 138.

<sup>875</sup> Vgl. zur Entwicklung: BGHZ 29, 65, 67 („Unterbrechung der Stromzufuhr durch Beschädigung eines Stromkabels“) m.w.N.

<sup>876</sup> BGHZ 29, 65, 69.

<sup>877</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 20; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. D 9.

<sup>878</sup> So z.B.: LG Berlin, MMR 1999, 43; LG Berlin, CR 2000, 622; LG Berlin, K&R 2000, 517; Baumbach/Hefermehl, Allg., Rdn. 116; Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 21; Soergel-Zeuner, § 823 BGB, Rdn. 150; Schmidt, Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB - Zum „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“, JuS 1993, 985, 988; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. D 6.

<sup>879</sup> So Soergel-Hager, § 823 BGB, Rdn. D 7.

<sup>880</sup> So z.B. in dem vom LG Berlin zu entscheidenden Fall, vgl. LG Berlin, CR 2000, 622.

<sup>881</sup> BGHZ 29, 65, 74; BGHZ 69, 118, 139; LG Berlin, CR 2000, 622.

§ 1 UWG herangezogen.<sup>882</sup> Es hat dabei auf den mit dem Empfang verbundenen Kosten- und Zeitaufwand sowie vor allem auf die Gefahr eines „Überlaufens“ der Mailbox durch die Zusendung vieler E-mails abgestellt. Das Gericht sah es als unerheblich an, dass der Beklagte im konkreten Fall unstreitig nur eine einzige E-mail an den Kläger gesandt hatte. Das Gericht führte aus, dass eine E-mail für sich allein nicht geeignet sei, in erheblichem Umfang nachteilige Folgen für den Empfänger zu verursachen. Da aber eine Gefahr der Ausuferung der Werbeform drohe, müsse jeder einzelne Mitverursacher für die Gesamtwirkung verantwortlich gemacht werden. Ansonsten bestünde keine Handhabe gegen diese Art der Belästigung.<sup>883</sup>

Dem Landgericht Berlin ist entgegenzuhalten, dass es die Reichweite des bürgerlich-rechtlichen Rechtsschutzes zu weit ausdehnt. Es begründet die rein zivilrechtliche Grundlage der §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB ausschließlich mit wettbewerbsrechtlichen Beurteilungskriterien, vor allem unter Heranziehung des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr. Beim bürgerlichen Rechtsschutz handelt es sich um einen reinen Individualschutz, der im Rahmen der §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB nur demjenigen zugute kommt, dessen Rechtsgut oder Recht verletzt ist. Die bürgerlich-rechtlichen Verbotsnormen sind dazu bestimmt, widerstreitende Individualinteressen auszugleichen. Wettbewerbsrechtliche Verhaltensnormen dienen dagegen auch dem Schutz öffentlicher Interessen, ohne dass eine Verletzung individueller Interessenbereiche vorzuliegen braucht.<sup>884</sup> Da § 1 UWG auch dem Schutz der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs dient, spielt in der Rechtsprechung des BGH die Befürchtung der Nachahmung durch andere Wettbewerber eine Rolle. Um diesen Nachahmungseffekt von vornherein auszuschließen, beurteilt der BGH Belästigungsfälle, die - blieben sie vereinzelt - gerade noch hingenommen werden können, als wettbewerbswidrig.<sup>885</sup> Um die Verhinderung möglicher negativer Auswirkungen eines bestimmten Wettbewerbsverhaltens auf den Wettbewerb insgesamt und für die Allgemeinheit geht es beim Individualschutz nach § 823 Abs. 1 BGB aber gerade nicht. Daher hat die Nachahmungsgefahr hier unberücksichtigt zu bleiben.

Es kommt folglich allein darauf an, ob die Zusendung einer einzigen E-mail einen unmittelbaren bzw. betriebsbezogenen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Diese Frage ist zu verneinen. Als „betriebsbezogen“ im Sinne der BGH-Rechtsprechung kommen nur solche Beeinträchtigungen in Betracht, die die Grundlagen des Betriebes bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder seine Tätigkeit als solche in Frage stellen.<sup>886</sup> Die durch den Versand einer einzigen E-mail eintretenden

<sup>882</sup> LG Berlin, MMR 1999, 43; LG Berlin, MMR 2000, 441, 442.

<sup>883</sup> LG Berlin, MMR 1999, 43, 44. Im Ergebnis ebenso: AG Berlin-Charlottenburg, CR 2001, 197.

<sup>884</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 59.

<sup>885</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 123; v. Gamm, Einf. A, Rdn. 16; Gloy/Jacobs-Hasselblatt, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 50, Rdn. 35.

<sup>886</sup> BGH, NJW 1983, 812, 813 („Schadensersatzansprüche gegen Hersteller“); ähnlich BGH, NJW 1985, 1620 („Unzulässiger Aufruf zum Mietboykott“); BGH, NJW 1998, 2141, 2143 („Vorbeugender Unterlassungsanspruch gegen Berichterstattung über gewerbliche Leistungen“); Schrickler, GRUR Int. 1998, 541, 549; Staudinger-Hager, § 823 BGB, Rdn. D 11; RGRK-Steffen, § 823 BGB, Rdn. 43.

negativen Folgen sind aber gering. Der dem Empfänger aufgezwungene Aufwand an Kosten, Zeit- und Mühe fällt bei einer einzigen E-mail kaum ins Gewicht. Entsprechendes gilt für die Störung des Betriebsablaufs durch die mit dem Empfang der E-mail verbundene Arbeitsunterbrechung und durch ihr Eindringen in die Betriebsorganisation. Durch eine einzige E-mail kann auch nicht die Mailbox überlaufen. Diese Effekte treten erst beim Zusenden einer größeren Menge von E-mails auf.

Die Störung durch die Zusendung einer einzigen unerbetenen E-mail liegt daher deutlich unter der Eingriffsschwelle, insbesondere wird die Tätigkeit des Betriebes als solche durch sie nicht in Frage gestellt. Mit den Fällen, in denen eine Unternehmensbeeinträchtigung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB von der Rechtsprechung angenommen wurde, ist sie bei weitem nicht vergleichbar.<sup>887</sup>

Selbst wenn man den Aufwand an Kosten, Zeit und Arbeitskraft extensiv berechnet, kann nach Art und Dauer zumindest von einem rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb nicht gesprochen werden. Bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb handelt es sich wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht um ein Rahmenrecht.<sup>888</sup> Die Rechtswidrigkeit wird nicht durch den Eingriff indiziert, sondern ist durch eine Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Würdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles festzustellen.<sup>889</sup> Unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Werbefreiheit des Werbetreibenden scheidet aufgrund der geringen Belästigung durch eine einzelne E-mail zumindest die Rechtswidrigkeit des Verhaltens aus. Allenfalls könnte dann von einer Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB die Rede sein, wenn durch wiederholte und nachhaltige Zusendung von E-mails eines Werbetreibenden der Betrieb des Adressaten nachhaltig und einschneidend gestört würde.

#### **1.2.4. Ergebnis**

In der Zusendung einer unaufgeforderten E-mail-Werbebotschaft liegt kein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB scheidet aus.

---

<sup>887</sup> Siehe zur Kasuistik die Übersicht bei Schmidt, Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB - Zum „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“, JuS 1993, 985, 989 ff. A.A.: OLG München, NJW-RR 1994, 1054, das ein subjektives Recht auf störungsfreie gewerbliche Betätigung im gesamten Bereich der unternehmerischen Tätigkeit anerkennt.

<sup>888</sup> Zu dem Begriff: Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II 1, Rdn. 1216.

<sup>889</sup> BGHZ 29, 65, 74; Soergel-Zeuner, § 823 BGB, Rdn. 115.

## **2. Ergebnis hinsichtlich des Bestehens eines Unterlassungsanspruchs aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog**

Dem einzelnen Werbeadressaten steht ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog gegen die Zusendung von E-mail-Werbung wegen einer Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu, wenn die E-mail-Werbung getarnt ist oder wenn er der Zusendung zuvor ausdrücklich widersprochen hat. Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen von Wiederholungsgefahr.<sup>890</sup> Insoweit gelten im wesentlichen die gleichen Anforderungen wie im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs.<sup>891</sup> Eine vorangegangene Verletzung begründet meist eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr.<sup>892</sup>

## **V. Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz**

Da die Rechtsprechung auch bloße Rechtsgüter und rechtlich geschützte Interessen unter den Schutz des § 1004 BGB stellt,<sup>893</sup> könnte sich unter diesem Gesichtspunkt ein Unterlassungsanspruch des Umworbenen ergeben. Voraussetzung hierfür ist die Verletzung eines Schutzgesetzes. Darunter ist eine Rechtsnorm im materiellen Sinne zu verstehen, die - sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit - gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Die Schaffung eines individuellen Schadensersatz- oder sonstigen Anspruchs muss erkennbar vom Gesetz erstrebt sein oder zumindest im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen.<sup>894</sup>

### **1. Schutzgesetzcharakter von § 1 UWG**

Es ist umstritten, ob § 1 UWG den Schutz des einzelnen Verbrauchers vor unlaute-rem Wettbewerb bezweckt und demzufolge als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden kann. Der BGH hat in seiner sog. „Prüfzeichen“-Entscheidung<sup>895</sup> den Schutzgesetzcharakter des § 3 UWG ausdrücklich verneint. Die herrschende Meinung folgt dieser Rechtsprechung und wendet sie entsprechend auf § 1 UWG an.<sup>896</sup>

<sup>890</sup> Eine erstmals drohende Beeinträchtigung genügt. Im Fall der E-mail-Werbung dürfte regelmäßig bereits eine vorangegangene Verletzung vorliegen.

<sup>891</sup> Vgl. 4. Kapitel, II.

<sup>892</sup> Vgl. Palandt-Bassenge, § 1004 BGB, Rdn. 29; Palandt-Thomas, Einf. v. § 823 BGB, Rdn. 24.

<sup>893</sup> Palandt-Bassenge, § 1004 BGB, Rdn. 2; Palandt-Thomas, Einf. v. § 823 BGB, Rdn. 18; LG Kiel, K&R 2000, 514, 515.

<sup>894</sup> Palandt-Thomas, § 823 BGB, Rdn. 140 f.

<sup>895</sup> BGH, NJW 1974, 1503, 1505.

<sup>896</sup> Bereits den Schutzgesetzcharakter verneinen z.B.: LG Frankfurt, NJW 1964, 501; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 358; Soergel-Zeuner, § 823 BGB, Rdn. 306; Schmittmann,

Demgegenüber bejahen Teile der Literatur unter Hinweis auf den Funktionswandel des UWG zum „auch“-Verbraucherschutzgesetz den Schutzgesetzcharakter der UWG-Normen für den Verbraucher.<sup>897</sup> Im Mittelpunkt steht die Anerkennung individueller Schadensersatzansprüche. Zum Teil wird danach differenziert, ob die konkret in Frage stehende Wettbewerbshandlung einen wettbewerbsrechtlichen Tatbestand verwirklicht, der den Schutz von Verbrauchern bezweckt oder aber primär die Benachteiligung von Mitbewerbern verhindern soll. Nur im ersten Fall wird ein Anspruch des Verbrauchers bejaht.<sup>898</sup> Individualansprüche der Verbraucher auf Unterlassung werden ebenfalls angenommen.<sup>899</sup>

Dieser Auffassung steht entgegen, dass die Gewährung von Individualansprüchen für den Verbraucher aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 3 UWG nicht zu dem Anspruchssystem des UWG „passt“.<sup>900</sup> Dritte werden nur in den Fällen des § 13 Abs. 2 UWG einbezogen. Diese Ausnahmeregelung kann nicht erweiternd ausgelegt werden. Das Klagerecht der Verbraucherschutzorganisationen wurde nicht zum Schutz des einzelnen Verbrauchers, sondern allein deshalb eingeführt, um eine umfassende Verfolgung von Wettbewerbsverstößen zu erreichen.<sup>901</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers, der über § 13 a UWG hinausgehende Individualansprüche betroffener Verbraucher nicht gewähren will, ist zu respektieren.<sup>902</sup> Folglich ist der herrschenden Meinung zu folgen, die Ansprüche der Verbraucher aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 oder § 3 UWG ablehnt.

## 2. Schutzgesetzcharakter von Art. 10 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie

Das *AG Kiel*<sup>903</sup> und das *LG Kiel*<sup>904</sup> haben erwogen, ob sich ein Unterlassungsanspruch gegen die unaufgeforderte Zusendung von E-mail-Werbung aus § 823 Abs. 2

---

Telefaxübermittlung im Zivilrecht, S. 207; Scherer, WRP 1992, 607, 611. Eine Verdrängung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 gegenüber der UWG-Regelung nehmen z. B. an: Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rdn. 440; Erman-Schiemann, § 823 BGB, Rdn. 162; v. Gamm, Einf. A, Rdn. 37.

<sup>897</sup> Vgl. z.B.: Alt, Briefkastenwerbung, S. 111 f.; Fricke, Verbraucherschutz-Klagerecht des Verbrauchers und der Verbraucherverbände aus UWG und BGB, GRUR 1976, 680, 683; Lindacher, Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1311, 1312; Lehmann, Die bürgerlichrechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 1981, 1233, 1238; Sack, Deliktsrechtlicher Verbraucherschutz gegen unlauteren Wettbewerb, NJW 1975, 1303, 1305; Schrickler, Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579, 580; ders., Schadensersatzansprüche der Abnehmer wegen täuschender Werbung, GRUR 1975, 111, 119.

<sup>898</sup> Alt, Briefkastenwerbung, S. 11 f.; Teske, Anm. zu OLG Stuttgart, WRP 1988, 200, 203; Fricke, GRUR 1976, 680, 683.

<sup>899</sup> Vgl. z.B.: Fricke, GRUR 1976, 680, 683; Freund, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen, S. 123; Teske, Anm. zu OLG Stuttgart, WRP 1988, 200, 203; Alt, Briefkastenwerbung, S. 111 f.

<sup>900</sup> Scherer, WRP 1992, 607, 611.

<sup>901</sup> Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 358.

<sup>902</sup> Scherer, WRP 1992, 607, 611.

<sup>903</sup> MMR 2000, 51 = NJW-CoR 2000, 49 = K&R 2000, 201 mit Anm. *Vehslage*.

<sup>904</sup> K&R 2000, 514 = CR 2000, 848 mit Anm. *Schmittmann*.

BGB i.V.m. Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie (FARL)<sup>905</sup> herleiten lässt, einen solchen aber im Ergebnis zutreffend verneint.

Aus Art. 249 Abs. 3 EGV ergibt sich, dass die Richtlinie im Gegensatz zur Verordnung als ein zweistufiger Rechtsakt konzipiert ist. Die Regelungen der Richtlinie treten nicht an die Stelle der nationalen Rechtsvorschriften, vielmehr müssen die Mitgliedstaaten die Richtlinie in das nationale Recht umsetzen.<sup>906</sup> Dies wird in Art. 19 FARL noch einmal ausdrücklich klargestellt. Die Fernabsatzrichtlinie war von den Mitgliedstaaten bis zum 5.06.2000 umzusetzen.<sup>907</sup> Das am 30.06.2000 in Deutschland in Kraft getretene Fernabsatzgesetz (FernAbsG)<sup>908</sup> beinhaltet aber keine Art. 10 FARL entsprechende Regelung. Nach der Rechtsprechung des EuGH können nach Ablauf der Umsetzungsfrist einzelne Bestimmungen einer Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar anwendbar sein, wenn die Richtlinie nicht oder unzulänglich umgesetzt wurde. Die Folge dieser sog. vertikalen Direktwirkung ist aber, dass sich der einzelne EU-Bürger vor den innerstaatlichen Behörden und Gerichten auf die Richtlinienbestimmungen berufen kann.<sup>909</sup> Rechtsbeziehungen zwischen den Unionsbürgern, sog. horizontale Direktwirkung, vermag die Richtlinie aber nicht zu entfalten.<sup>910</sup> Mangels Umsetzung des Art. 10 FARL in nationales Recht kann diese Vorschrift daher kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sein.

### 3. Ergebnis

Ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz besteht nicht.

<sup>905</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 vom 4.06.1997, S. 19, abgedruckt in NJW 1998, 212 ff.

<sup>906</sup> Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 4. Auflage, Baden-Baden 1993, S. 195; Oppermann, Europarecht, Rdn. 550, 555.

<sup>907</sup> Die Umsetzungsfrist betrug drei Jahre gemessen vom Zeitpunkt der Veröffentlichung im Amtsblatt Nr. L 144 vom 4. Juni 1997.

<sup>908</sup> BGBl. I S. 897.

<sup>909</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urteil vom 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1137, 1348, Rdn. 15 („Yvonne van Duyn gegen Home Office“); vgl auch EuGH, Urteil vom 22.06.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839, 1840 („Fratelli Constanzo SpA gegen Stadt Mailand“).

<sup>910</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, 749, Rdn. 48 („M.H. Marshall gegen Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)“). Siehe auch EuGH, Urteil vom 14.07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994 I, 3325 („Paola Faccini Dori gegen Recrb Srl.“); EuGH, Urteil vom 16.07.1998, Rs. C-355/95, GRUR Int. 1998, 695, 697 („Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG ./ Hartlauer Handelsgesellschaft mbH“).

## 6. Kapitel Internationales Deliktsrecht

Aufgrund der Internationalität von Internet-Sachverhalten darf die deliktsrechtliche Analyse der Haftung des Werbenden für persönlichkeitsrechtsverletzende E-mail-Werbung nicht bei einer rein nationalen Betrachtungsweise verharren. In aller Regel ist ein Sachverhalt mit Auslandsbezug gegeben. Die E-mail-Werbung stammt oftmals aus dem Ausland und auch die Mail-Server der meisten internationalen Online-Dienste stehen in den USA. Im Folgenden ist die Frage zu erörtern, wann im Fall einer Persönlichkeitsverletzung durch E-mail-Werbung deutsches materielles Deliktsrecht Anwendung findet.

Da Persönlichkeitsrechtsverletzungen deliktsrechtlich qualifiziert werden,<sup>911</sup> finden die Artt. 40 ff. EGBGB Anwendung. Sofern eine nachträgliche Rechtswahl der Parteien fehlt und Schädiger und Geschädigter auch nicht über einen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt verfügen, greift die Regelanknüpfung an den Tatort nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB ein.

### I. Tatortregel (Art. 40 Abs. 1 EGBGB)

Unter Tatort i.S.d. Art. 40 Abs. 1 EGBGB wird sowohl der Handlungsort als auch der Erfolgsort eines Delikts verstanden. Handlungsort ist der Ort, an dem die für den Eintritt der Rechtsgutsverletzung maßgebliche Ursache gesetzt wurde. Ohne Bedeutung sind bloße Vorbereitungshandlungen. Erfolgsort ist der Ort, an dem die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung eintritt. Wo die endgültigen Schadensfolgen bzw. weitere Verletzungsfolgen eintreten, ist hingegen ohne Belang.<sup>912</sup> Delikte im Internet stellen typischerweise sog. Distanzdelikte dar, bei denen Handlungs- und Erfolgsort in verschiedenen Ländern liegen.<sup>913</sup> Ansprüche aus unerlaubter Handlung, einschließlich der Unterlassungsansprüche,<sup>914</sup> unterliegen gem. Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB primär dem Recht des Handlungsortes. Das Recht des Erfolgsortes wird nicht von Amts wegen, sondern nur noch auf Antrag des Verletzten angewandt (Art. 40 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB). Dieses Optionsrecht kann auch außerhalb des Prozesses ausgeübt werden.<sup>915</sup>

Bei den mittels des Internets verbreiteten Persönlichkeitsverletzungen besteht grundsätzlich die besondere Problematik in der Vielfältigkeit der möglichen Hand-

<sup>911</sup> BGHZ 131, 332, 335 („Caroline von Monaco IV“); Loewenheim/Koch-Hoeren-Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 459; Schack, MMR 2000, 59, 61. Vgl. zu der in Deutschland herrschenden Qualifikation nach der lex fori: v. Hoffmann, IPR, § 6, Rdn. 12 ff.

<sup>912</sup> Loewenheim/Koch-Hoeren-Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 457; Palandt-Heldrich, Art. 40 EGBGB, Rdn. 3 f., v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 27, 30.

<sup>913</sup> Spindler, ZUM 1996, 533, 555; v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 23.

<sup>914</sup> Loewenheim/Koch-Hoeren-Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 456.

<sup>915</sup> V. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 25.

lungs- und Erfolgsorte, sog. Multistate-Delikt.<sup>916</sup> Bei der E-mail ist das aber nicht der Fall, da es sich bei ihr um eine individuelle Punkt-zu-Punkt-Kommunikation handelt, deren Versendung an die altbekannte Post erinnert.

## 1. Handlungsort

Bei der Bestimmung des Handlungsortes i.S.d. Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB im Internet wird teilweise auf den Belegenheitsort (Standort) des Servers abgestellt.<sup>917</sup> Gegen diese Auffassung spricht, dass sie die Gefahr von Anknüpfungsmanipulationen durch potentielle Schädiger in sich birgt, da für diese bei der Auswahl des Servers im Internet keine geographischen Grenzen gesetzt sind. Dadurch wird die Flucht in „Haftungsoasen“ erleichtert.<sup>918</sup> Richtigerweise ist daher bei Delikten im Internet, insbesondere bei Persönlichkeitsverletzungen, der Handlungsort dort zu lokalisieren, wo die betreffende Information in das Netz eingespeist wird.<sup>919</sup> Im Falle der E-mail-Werbung also an dem Ort, wo die E-mail abgesendet wird.<sup>920</sup> Gibt der Werbende daher über die Tastatur seines Computers den Absendebefehl im Inland ein, liegt der Handlungsort in Deutschland.

Ebenfalls kollisionsrechtlich unberücksichtigt zu bleiben haben die Standorte der zahlreichen Durchleitungs- und Vermittlungsrechner, die die einzelnen Datenpakete einer E-mail auf ihrem Weg zum Empfänger passieren. Der reine Durchleitungsweg ist zufällig und beliebig und kann daher wegen mangelnder Beeinflussbarkeit und Steuerbarkeit keine deliktiskollisionsrechtliche Relevanz besitzen.<sup>921</sup>

## 2. Erfolgsort

Es fragt sich, wo bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Zusendung von E-mail-Werbung der Erfolgsort ist. Hierfür ist zunächst die allgemeine Frage zu klären, ob es bei Persönlichkeitsverletzungen überhaupt einen Erfolgsort geben kann.<sup>922</sup>

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass es sich um ein „erfolgsortloses“ Delikt handle und nur eine Anknüpfung an den Handlungsort in Be-

<sup>916</sup> Loewenheim/Koch-Hoeren/Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 459; Spindler, ZUM 1996, 533, 555 ff.

<sup>917</sup> LG Düsseldorf, WM 1997, 1444 (zur örtlichen Zuständigkeit); Dieselhorst, ZUM 1998, 293; Loewenheim/Koch-Hoeren/Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 461.

<sup>918</sup> Ablehnend auch Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 257.

<sup>919</sup> Palandt-Heldrich, Art. 40 EGBGB, Rdn. 12; v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 27; ders. in Staudinger, Art. 38 EGBGB, Rdn. 116, 482; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 257.

<sup>920</sup> Koch, CR 1999, 121, 122.

<sup>921</sup> Allgemeine Meinung, vgl. z.B.: v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 67; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 267; Bachmann, IPRax 1998, 179, 183; Kuner, CR 1996, 453, 458.

<sup>922</sup> Bejahend z.B.: BGH, NJW 1996, 1128 („Caroline von Monaco II“); BGHZ 131, 332, 335 („Caroline von Monaco IV“); v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 84; Spindler, ZUM 1996, 533, 557 f.; v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 32.

tracht komme. Unkörperliche Rechtsgüter wie das Persönlichkeitsrecht ließen sich im Gegensatz zu gegenständlich verkörperten Rechtspositionen nicht an einem bestimmten Ort lokalisieren, sondern seien überall und nirgends belegen.<sup>923</sup>

Zutreffend ist, dass die rechtlichen Aspekte der Persönlichkeit abstrakt, d.h. losgelöst von einer konkreten Konfliktsituation, nicht lokalisiert werden können. So ist beispielsweise das durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Recht auf Achtung der persönlichen Ehre einer Person<sup>924</sup> nicht auf einen bestimmten Staat beschränkt. Gegen die Annahme eines erfolgsortlosen Delikts spricht aber, dass sich Persönlichkeitsinteressen zumindest im Verletzungsfall aktualisieren und damit zugleich lokalisieren lassen.<sup>925</sup> Es ist daher mit der herrschenden Meinung von der Existenz eines Erfolgsortes auszugehen. Überall dort, wo die Persönlichkeitssphäre des jeweiligen Rechtsgutsträgers von der streitigen Handlung tatsächlich betroffen wird, liegen grundsätzlich anknüpfungsrelevante Erfolgsorte.

Um die tatsächliche Betroffenheit zu lokalisieren ist danach zu differenzieren, ob es um Verletzungen der individuellen Privatsphäre als das Recht darauf, von anderen in Ruhe gelassen zu werden („personale Identität), geht oder ob das Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung über das eigene Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit („soziale Identität“) betroffen wird. Durch die Zusendung unaufgeforderter E-mail-Werbung wird die personale Identität des Umworbenen beeinträchtigt. Es handelt sich um eine unerwünschte Störung seiner privaten Lebensgestaltung. Bei Verletzungen der personalen Identität ist die Betroffenheit des Rechtsgutsträgers grundsätzlich an dessen jeweiligen Aufenthaltsort zu lokalisieren.<sup>926</sup> Es gilt jedoch eine Einschränkung. Im Lichte der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte,<sup>927</sup> insbesondere der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG, sind für den Verletzer von Persönlichkeitsrechten unvorhersehbare Erfolgsorte kollisionsrechtlich unbeachtlich. Eine Anknüpfung kann allein an solche Tatorte erfolgen, die innerhalb der Einflussphäre des potentiell Haftpflichtigen liegen.<sup>928</sup>

Es fragt sich, wo bei Anwendung dieser Grundsätze im Fall der unerwünscht zugesandten E-mail-Werbung der Erfolgsort liegt. Die E-mail ähnelt dem herkömmlichen Brief, da in beiden Fällen Nachrichten vom jeweiligen Absender an einen konkreten Adressaten übermittelt werden. Daher liegt es aus kollisionsrechtlicher Sicht nahe, auf die zu den Briefdelikten entwickelten Erkenntnisse zurückzugreifen. Hiernach

<sup>923</sup> V. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 664; Schack, Die grenzüberschreitende Verletzung allgemeiner und Urheberpersönlichkeitsrechte, UFITA, Band 108, 1988, 51, 64; Loewenheim/Koch-Hoeren/Pichler, Praxis des Online-Rechts, S. 461.

<sup>924</sup> BGHZ 31, 308, 311; BGHZ 35, 363, 365 („Ginseng-Wurzel“).

<sup>925</sup> V. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 80 f.

<sup>926</sup> V. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 82 f.

<sup>927</sup> Vgl. zum Einfluss der Wertentscheidungen des Verfassungsrechts auf Kollisionsnormen: BVerfGE 31, 58, 72 f. („Spanier-Beschluss“).

<sup>928</sup> Schack, Die grenzüberschreitende Verletzung allgemeiner und Urheberpersönlichkeitsrechte, UFITA, Band 108, 1988, 51, 63; v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 94 ff.

tritt der Erfolg grundsätzlich dort ein, wo der fragliche Brief gelesen wird.<sup>929</sup> Im Falle von persönlichkeitsverletzenden Äußerungen, die durch E-mail verbreitet werden, tritt der Erfolg dort ein, wo der Empfänger die jeweilige Nachricht zum Zwecke der Kenntnisnahme von seinem elektronischen Postfach auf seinen Rechner lädt (Empfangsort).<sup>930</sup> Der Erfolgsort liegt damit in der Regel am Wohnsitz bzw. am gewöhnlichen Aufenthalt des Adressaten.<sup>931</sup> Nichts anderes kann dann gelten, wenn nicht der Inhalt der E-mail das Persönlichkeitsrecht des Adressaten verletzt, sondern die Zusendung einer getarnten Werbe-E-mail bzw. die Zusendung einer Werbe-E-mail trotz ausdrücklichen Widerspruchs des Empfängers; auch in diesem Fall tritt die Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Adressaten dort ein, wo er mit der Werbebotschaft konfrontiert wird. Hat der Empfänger demnach die Werbe-E-mail an seinem Wohnsitz oder seinem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland empfangen, liegt der Erfolgsort im Inland.

Der kollisionsrechtlichen Zurechnung steht nicht entgegen, dass die E-mail-Adresse des Empfängers womöglich eine Top-Level-Domain mit internationaler Endung, wie z.B. „com“, enthält und der Absender demnach die „reale“ Adresse des Empfängers nicht kennt. Es handelt sich hier nicht um einen Fall der fehlenden Vorhersehbarkeit des Erfolgsortes. Wer sich bewusst und gezielt an eine bestimmte Person richtet, muss sich nach den rechtlichen Maßstäben des Ortes richten, an dem diese Person die Nachricht gewöhnlich zur Kenntnis nimmt.<sup>932</sup> Für den Absender ist es durchaus zumutbar, diesen Ort zu ermitteln, bevor er wahllos Werbe-E-mails versendet. Insofern gelten ähnliche Erwägungen wie sie im Rahmen des Internationalen Wettbewerbsrechts angestellt wurden.

Demgegenüber ist der Leseort der E-mail-Werbung dem Werbenden dann nicht zuzurechnen, wenn der Adressat während einer unerwarteten Auslandsreise auf sein elektronisches Postfach zugreift. In diesem Fall ist der Erfolgsort für den Werbenden unvorhersehbar und liegt außerhalb seiner Einflussphäre. Er kann dem Werbenden daher kollisionsrechtlich nicht zugerechnet werden.<sup>933</sup> In einem solchen Fall ist auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Empfängers der E-mail abzustellen, weil dieser von dort aus normalerweise Zugriff auf das elektronische Postfach nimmt. Es wird damit an den Ort angeknüpft, an dem die E-mail bestimmungsgemäß empfangen werden sollte und insoweit an ein Kriterium, das aus dem Bereich der Pressedelikte bekannt ist („bestimmungsgemäßes Verbreitungsgebiet“).<sup>934</sup>

<sup>929</sup> V. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 112 f. Vgl. auch BGHZ 40 391, 394 („Stahlexport“): der Erfolgsort liegt dort, wo die Äußerung den Empfänger erreicht; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung-Patzina, § 32 ZPO, Rdn. 18 (zur Zuständigkeit).

<sup>930</sup> Koch, CR 1999, 121, 122. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Absender in der E-mail ehrenrührig über den Empfänger selbst oder über einen Dritten äußert.

<sup>931</sup> V. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 117.

<sup>932</sup> So auch v. Hinden, Persönlichkeitsverletzungen, S. 114. Vgl. für das Internationale Wettbewerbsrecht: Mankowski, GRUR Int. 1999, 995, 1001; Staudinger-Fezer, Int. WirtschaftsR, Rdn. 516.

<sup>933</sup> Im Ergebnis ebenso für den Fall, dass ein Brief zwar am vorgesehenen Ort in Empfang genommen, aber an einem anderen Ort gelesen wird: v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 31.

<sup>934</sup> Vgl. Spindler, ZUM 1996, 533, 557. LG Berlin, MMR 1999, 43 zu § 32 ZPO.

## II. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich feststellen, dass der Handlungsort i.S.d. Art. 40 Abs. 1 S. 1 EGBGB in Deutschland liegt, wenn die E-mail-Werbung hier abgeschickt wurde. Der Erfolgsort ist in Deutschland zu lokalisieren, wenn die E-mail-Werbung hier empfangen worden ist, also in der Regel dann, wenn der Umworbene seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. Bei dem Verweis auf deutsches Recht handelt es sich um eine Sachnormverweisung.<sup>935</sup> Sollte eine Anknüpfung an den Handlungsort noch nicht bereits zur Anwendung deutschen Rechts führen, besteht für den Umworbene die Möglichkeit der Wahl des Rechts des Erfolgsortes. Für E-mail-Empfänger in Deutschland dürfte daher in aller Regel deutsches materielles Deliktsrecht anwendbar sein.

---

<sup>935</sup> Vgl. Palandt-Heldrich, Art. 4 EGBGB, Rdn. 5. Vgl zu der umstrittenen Frage einer Beachtung von Rück- und Weiterverweisungen im Internationalen Deliktsrecht: v. Hoffmann, IPR, § 11, Rdn. 60 ff.

## 7. Kapitel *Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte*

Die wettbewerbsrechtliche und zivilrechtliche Beurteilung der unaufgeforderten E-mail-Werbung hat ergeben, dass unter Zugrundelegung deutschen materiellen Rechts wettbewerbsrechtliche und zivilrechtliche Unterlassungsansprüche gegen ihre Zusendung bestehen können. Doch selbst wenn man weiß, dass einem unter Zugrundelegung einer bestimmten Rechtsordnung Abwehransprüche zustehen, muss man sein Recht erst einmal vor dem richtigen Gericht einklagen. Es stellt sich daher die Frage, wann ein deutsches Gericht für die Entscheidung<sup>936</sup> international zuständig ist. Von der internationalen Zuständigkeit hängen nicht nur das anwendbare Verfahrensrecht, sondern letztlich auch das anwendbare materielle Recht ab, da das mit der Klage angerufene Gericht sein nationales Kollisionsrecht, die *lex fori*, anwendet. Die Frage nach dem internationalen Gerichtsstand beantwortet ein deutsches Gericht nach den deutschen Regeln zur internationalen Zuständigkeit.<sup>937</sup>

### I. Maßgebliche Regelungen

#### 1. Zuständigkeit nach dem EuGVÜ / Luganer Übereinkommen

Da die Regeln über die internationale Zuständigkeit in internationalen Abkommen den Zuständigkeitsvorschriften der ZPO und dem UWG vorgehen,<sup>938</sup> gilt im Verhältnis zu den meisten europäischen Staaten das Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968,<sup>939</sup> nachfolgend EuGVÜ,<sup>940</sup> oder das weitgehend inhaltsgleiche Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988,<sup>941</sup> nachfolgend Luganer Übereinkommen.

Neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ / Luganer Übereinkommen am Wohnsitz des Beklagten, vgl. Artt. 52, 53 EuGVÜ, ist vor allem der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ / Luganer Übereinkommen von Bedeutung. Nach der in beiden Abkommen gleichlautenden Vorschrift kann „eine Person, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines

<sup>936</sup> Bei der internationalen Zuständigkeit unterscheidet man zwischen der Entscheidungs- und der Anerkennungszuständigkeit, vgl. v. Hoffmann, IPR, § 3, Rdn. 30 f.

<sup>937</sup> Schack, MMR 2000, 135, 136; Rüßmann, K&R 1998, 422; Dethloff, NJW 1998, 1596, 1599.

<sup>938</sup> V. Hoffmann, IPR, § 3, Rdn. 34. Baumbach/Hefermehl, § 24 UWG, Rdn. 9.

<sup>939</sup> BGBl. 1972 II, S. 774 idF des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29.11.1996 (BGBl. 1998 II, S. 1412).

<sup>940</sup> Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 12 vom 16.01.2001 wird nach ihrem Art. 68 an die Stelle des EuGVÜ treten. Gem. Art. 76 tritt sie am 1. März 2002 in Kraft.

<sup>941</sup> BGBl. 1994 II, S. 2660.

Vertragsstaates hat, in einem anderen Vertragsstaat verklagt werden,“ und zwar, „wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“. Wegen des Ausnahmecharakters der Regelung liegt darin zugleich eine örtliche Zuständigkeit.<sup>942</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>943</sup> ist der Begriff der „unerlaubten Handlung“ i.S. von Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ als autonomer Begriff anzusehen, der sich auf alle Klagen bezieht, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag i.S. von Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ anknüpfen.<sup>944</sup> Unter den weiten Anwendungsbereich der Vorschrift fallen auch Abwehrensprüche wegen unlauteren Wettbewerbs<sup>945</sup> sowie Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>946</sup> Nach dem EuGH ist der Begriff „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“ autonom, d.h. im Sinne des Abkommens und nicht nach der *lex fori*, auszulegen und umfasst sowohl den Ort des „ursächlichen Geschehens“ als auch den „Ort der Verwirklichung des Schadenserfolges“. Der EuGH räumt dem Kläger eine Wahlmöglichkeit zwischen diesen beiden Anknüpfungspunkten ein.<sup>947</sup> Der Ort eines weiteren Schadenseintritts begründet demgegenüber keine Zuständigkeit.<sup>948</sup> Die durch den EuGH vorgenommene Auslegung des Begriffs des Ortes, „an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, erlangt auch für das Luganer Übereinkommen Bedeutung<sup>949</sup> und entspricht im wesentlichen der Handlungs- und Erfolgsortanbindung des autonomen deutschen Rechts.<sup>950</sup>

<sup>942</sup> Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung-Patzina, § 32 ZPO, Rdn. 29; Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 22, Rdn. 33. Dies gilt nicht im Fall des Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ / Luganer Übereinkommen, so dass in Deutschland die §§ 12, 13 ZPO bzw. §§ 12, 17 ZPO und in Wettbewerbs-sachen § 24 UWG das örtlich zuständige Gericht bestimmen.

<sup>943</sup> Die Auslegungskompetenz des EuGH für das EuGVÜ ergibt sich aus Art. 1 des Luxemburger Auslegungsprotokolls vom 3. Juni 1971 (BGBl. 1972 II, S. 846) idF des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29. November 1996 (BGBl. 1998 II, 1412).

<sup>944</sup> EuGH, NJW 1988, 3088 („Kalfelis“) mit Anm. Geimer, S. 3089 f.

<sup>945</sup> BGH, GRUR 1988, 483, 485 („AGIAV“); GRUR 1994, 530 („Beta“); Schlosser, Art. 5 EuGVÜ, Rdn. 16; Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 22, Rdn. 33.

<sup>946</sup> Schlosser, Art. 5 EuGVÜ, Rdn. 16.

<sup>947</sup> Grundlegend: EuGH, NJW 1977, 493 („Mines de potasse d`Alsace“).

<sup>948</sup> Schlosser, Art. 5 EuGVÜ, Rdn. 19, 20; Stein/Jonas, § 32 ZPO, Rdn. 7 a.

<sup>949</sup> Art. 1 zu Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens vom 16. September 1988 (BGBl. 1994 II, S. 2697).

<sup>950</sup> Schack, MMR 2000, 135, 137. Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 22, Rdn. 33; Schlosser, Art. 5 EuGVÜ, Rdn. 18; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 132.

## 2. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im autonomen deutschen Recht<sup>951</sup>

Im autonomen deutschen Recht eröffnen § 32 ZPO, und speziell für Wettbewerbsverletzungen, § 24 Abs. 2 S. 1 UWG,<sup>952</sup> den Gerichtsstand des Tatortes. Dieser wird als Ort bezeichnet, an dem „die Handlung begangen ist“, sog. *forum delicti commissi*.<sup>953</sup> Die Vorschriften unterscheiden sich in dem Nebenaspekt, dass § 32 ZPO eine konkurrierende,<sup>954</sup> § 24 UWG hingegen eine ausschließliche Zuständigkeit begründet.<sup>955</sup> Der wettbewerbsrechtliche Gerichtsstand gilt für Ansprüche aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, der allgemeine verfahrensrechtliche für diejenigen aus dem Bürgerlichen Recht. Lässt sich der Anspruch auf beide Anspruchsgrundlagen stützen, so ist das Gericht aufgrund beider Normen entscheidungsbefugt.<sup>956</sup>

Die Vorschriften des § 24 Abs. 2 S. 1 UWG sowie des § 32 ZPO regeln zwar ausdrücklich nur die örtliche Zuständigkeit, jedoch bestimmt die ganz herrschende Meinung die internationale Zuständigkeit in analoger Anwendung der Regeln über die örtliche Zuständigkeit. Die Regeln über die örtliche Zuständigkeit sind „doppelfunktional“.<sup>957</sup> Da deutsches Prozessrecht auch in Fällen mit Auslandsbezug maßgeblich ist, unterliegt der Begriff des Begehungsortes als Bestandteil deutschen Prozessrechts der *lex fori*.<sup>958</sup>

Im Rahmen des § 32 ZPO versteht man unter dem Begehungsort sowohl den Ort, an dem der Täter gehandelt hat (Handlungsort) als auch den Ort, an dem in das geschützte Rechtsgut eingegriffen wurde (Erfolgort). Der Ort bloßer Vorbereitungs-handlungen ist zuständigkeitsrechtlich nicht relevant, ebenso wenig der Ort von Schadensfolgen. Bei Distanz- und Streudelikten, bei denen Handlungs- und Erfolgort auseinanderfallen, sind sämtliche Orte gleichberechtigte Tatorte (Ubiquitätsprinzip), unter denen der Kläger gem. § 35 ZPO frei wählen kann.<sup>959</sup>

Die Auslegung des § 24 Abs. 2 S. 1 UWG ist umstritten. Nach wohl überwiegender Auffassung ist internationalkompetenzrechtlich an einem Nebeneinander von Hand-

<sup>951</sup> Beachte auch den allgemeinen Gerichtsstand der §§ 12, 13 ZPO bzw. §§ 12, 17 ZPO sowie den ausschließlichen Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung gem. § 24 Abs. 1 UWG.

<sup>952</sup> Die Einschränkung in § 24 Abs. 2 S. 2 UWG gilt nicht für Klagen des unmittelbar Verletzten, Baumbach/Hefermehl, § 24, Rdn. 6; Bachmann, IPRax 1998, 179, 181, Fn. 28.

<sup>953</sup> Vgl. Stein/Jonas-Schumann, § 32 ZPO, Rdn. 1; Bachmann, IPRax 1998, 179, 181.

<sup>954</sup> Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung-Patzina, § 32 ZPO, Rdn. 1; Stein/Jonas, § 32 ZPO, Rdn. 2.

<sup>955</sup> Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Erdmann, Großkommentar zum UWG, § 24, Rdn. 10, 26.

<sup>956</sup> Bachmann, IPRax 1998, 179, 181; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 32 ZPO, Rdn. 2 f., 18. Vgl. zum Verhältnis des § 24 UWG zu § 32 ZPO: Zöller-Vollkommer, § 32 ZPO, Rdn. 10; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung-Patzina, § 32 ZPO, Rdn. 9.

<sup>957</sup> BGH, NJW 1997, 2245 (zu § 893 Abs. 2 ZPO) m.w.N.; KG, NJW 1997, 3321 (hinsichtlich domain names); Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 128; Stein/Jonas-Schumann, § 32 ZPO, Rdn. 4.

<sup>958</sup> Bachmann, IPRax 1998, 179, 181.

<sup>959</sup> v. Hoffmann, IPR, § 3, Rdn. 54; Zöller-Vollkommer, § 32, Rdn. 16, 18.

lungs- und Erfolgsortzuständigkeit festzuhalten.<sup>960</sup> Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen, d.h. irgendein Tatbestandsmerkmal verwirklicht ist.<sup>961</sup> Aufgrund dieser Regelung hat sich der sog. „fliegende Gerichtsstand“ entwickelt. Danach ist insbesondere bei Wettbewerbsverstößen in bundes- oder weltweit vertriebenen Printmedien die örtliche bzw. internationale Zuständigkeit sämtlicher Gerichte begründet und dem klagenden Wettbewerber ein unbeschränktes Wahlrecht eingeräumt.<sup>962</sup> Auch für die Werbung im Internet haben Rechtsprechung<sup>963</sup> und Literatur<sup>964</sup> vielfach einen „fliegenden Gerichtsstand“ angenommen und aufgrund der Verbreitung einer Nachricht im Internet eine Zuständigkeit an jedem Gerichtsort als gegeben erachtet, an dem die Nachricht abgerufen werden konnte.

Demgegenüber interpretiert die Gegenansicht § 24 Abs. 2 S. 1 UWG einschränkend dahingehend, dass ein Begehungsort nur dort liegen kann, wo die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber aufeinandertreffen.<sup>965</sup>

Der letztgenannten Auffassung, die im Ergebnis zu einem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Wettbewerbsrecht führt, steht die unterschiedliche Zielsetzung bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit auf der einen und des anwendbaren Sachrechts auf der anderen Seite entgegen.<sup>966</sup> Für die Festlegung des internationalen Gerichtsstandes spielen vor allem Zweckmäßigkeit- und Zumutbarkeitserwägungen eine Rolle. Der Wahlgerichtsstand der unerlaubten Handlung soll es dem Kläger ermöglichen, flexibel auf die geschehene bzw. drohende Interessenverletzung zu reagieren und die Sach- und Beweisnähe zu nutzen.<sup>967</sup> Demgegenüber müssen für die Entscheidung über das anwendbare Sachrecht die in der betreffenden Materie angelegten Schutzaspekte leitend wirken.<sup>968</sup> Lauterkeitsrecht dient nach gewandeltem Verständnis - gleichrangig - dem Schutz der Konkurrenten, der Marktgegenseite, insbesondere der Verbraucher, sowie der Funktionsfähigkeit des Wettbe-

<sup>960</sup> Engels, AfP 2000, 524; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, Rdn. 131; Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Erdmann, Großkommentar zum UWG, § 24, Rdn. 28; Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 22, Rdn. 36; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rdn. 1517 a.

<sup>961</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, § 24 UWG, Rdn. 6; Spindler, ZUM 1996, 533, 562.

<sup>962</sup> Vgl. zur Problematik des sog. „fliegenden Gerichtsstand“ im Printbereich: Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Erdmann, Großkommentar zum UWG, § 24, Rdn. 30 ff.

<sup>963</sup> Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, vgl.: LG München I, CR 1997, 155 („Schmähekritik via Internet“), mit Besprechung von Bachmann, IPRax 1998, 179 ff.; LG Nürnberg-Fürth, NJW-CoR 1997, 229 („Steuerberater im Internet“); LG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 979 ff. („epson.de“); LG Berlin, MMR 1999, 43.

<sup>964</sup> Loewenheim/Koch-Niebler, Praxis des Online-Rechts, 243, 250; Schwerdtfeger-Peschel-Mehner, Cyberlaw, S. 164. Kritisch: Kuner, CR 1996, 453, 457.

<sup>965</sup> So Jacobs/Lindacher/Teplitzky-Erdmann, Großkommentar zum UWG, § 24, Rdn. 28; Bachmann, IPRax 1998, 179, 181; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, München 1996, Rdn. 300. In diese Richtung tendiert auch Koch, CR 1999, 121, 125. Differenzierend: Lindacher, in Festschrift für Nakamura, S. 321, 339.

<sup>966</sup> Rüßmann, K&R 1998, 422; im Ergebnis ebenso: Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, Rdn. 1517 a, 1527.

<sup>967</sup> Lindacher, in Festschrift für Nakamura, S. 321, 339; nur auf den Gesichtspunkt der Sachnähe stellen ab: Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, Kap. 22, Rdn. 36.

<sup>968</sup> Rüßmann, K&R 1998, 422; Staudinger-v. Hoffmann, Art. 38 EGBGB, Rdn. 509.

werbs als Institution.<sup>969</sup> Hinzu kommt aber noch ein weiterer Gesichtspunkt: Dass das Internationale Lauterkeitsrecht in Ablehnung der Ubiquitätsregel nur einem Tatort kollisionsrechtliche Relevanz beimisst, rechtfertigt sich vor allem aus dem Bestreben, kollisionsrechtlich bedingte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Es gilt zu verhindern, dass ein inländisches Unternehmen im Wettbewerb mit ausländischen Konkurrenten auf dem Auslandsmarkt nur deshalb strengeren Verhaltensanforderungen unterliegt, weil Steuerungs- oder sonstige Initiativakte im Inland gesetzt wurden. Für die sachgerechte Bestimmung der internationalen Zuständigkeit spielt dieser Gesichtspunkt ersichtlich keine Rolle.<sup>970</sup>

Daher ist mit der wohl herrschenden Meinung daran festzuhalten, dass als Begehungsort i.S.d. § 24 Abs. 2 S. 1 internationalkompetenzrechtlich sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort zu verstehen sind. Dessen ungeachtet sind für das Internet spezifische Kriterien zu entwickeln, die die unüberschaubare Zahl der Gerichtsstände sinnvoll zu begrenzen vermögen.

## **II. Internationale Zuständigkeit im Fall der E-mail-Werbung**

Im Gegensatz zu der an die Allgemeinheit der Nutzer gerichteten Werbung im World Wide Web sind die Fälle der Werbung durch E-mail auch bei der Frage der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte einfacher gelagert, weil die Werbung an bestimmte individualisierte Nutzer gerichtet ist.

Nach dem Vorstehenden besteht sowohl nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ / Luganer-Übereinkommen als auch nach §§ 32 ZPO, 24 Abs. 2 S. 1 UWG ein Gerichtsstand sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort. Bereits im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren deutschen Deliktsrechts sind Kriterien zur Ermittlung von Handlungs- und Erfolgsort entwickelt worden.<sup>971</sup> Diese Grundsätze lassen sich auf die Ermittlung des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung übertragen. Als Handlungsort ist folglich der Ort anzusehen, an dem die E-mail von dem Werbenden abgesendet wird, so dass bei einem inländischen Absendeort die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte begründet ist. Dies entspricht auch der allgemeinen Auffassung bei der Versendung von „herkömmlichen“ Briefen.<sup>972</sup>

In praktischer Hinsicht relevanter dürfte der Gerichtsstand am Erfolgsort sein. Der Erfolgsort ist entsprechend der zum internationalen Deliktsrecht entwickelten Grundsätze an dem Ort zu lokalisieren, an dem die E-mail empfangen worden ist, also in der Regel am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Adressaten. Liegt die-

<sup>969</sup> Lindacher, WRP 1996, 645, 646.

<sup>970</sup> Lindacher, in Festschrift für Nakamura, S. 321, 325 f.

<sup>971</sup> Vgl. 6. Kapitel, II., 1., 2.

<sup>972</sup> Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann-Hartmann, § 32 ZPO, Rdn. 18; Zöller-Vollkommer, § 32 ZPO, Rdn. 17; BGHZ 40, 391, 394 („Stahlexport“) für die Frage des anwendbaren Sachrechts.

ser in Deutschland, ist die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte begründet. Auf den Standort des Mail-Servers des Providers kommt es nicht an.<sup>973</sup>

Demgegenüber sollte nicht generell auf den Standort des Empfänger-Computers abgestellt werden,<sup>974</sup> da dieser verändert werden kann, etwa bei Verwendung eines Laptops. Auch im Rahmen der internationalen Zuständigkeit ist einschränkend zu fordern, dass der Adressat am tatsächlichen Empfangsort der E-mail auch gewöhnlich auf seine elektronische Post Zugriff nehmen muss, weil nur in diesem Fall die E-mail-Werbung bestimmungsgemäß an diesen Ort gelangt ist.<sup>975</sup> Im Ergebnis setzen sich damit ausländische Anbieter der Gefahr aus, in Deutschland als Ort der unerlaubten Handlung verklagt und auch nach deutschem Wettbewerbs- oder Zivilrecht behandelt zu werden, wenn die E-mail-Werbung gezielt in den Geltungsbereich des deutschen Rechts gesendet wurde.

### III. Ergebnis

Deutsche Gerichte sind international zuständig, wenn der Werbende die Werbe-E-mail im Inland abgesendet hat. Des weiteren ist die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gegeben, wenn der Umworbene die Werbe-E-mail in Deutschland empfangen hat, sofern er im Inland auch gewöhnlich auf seine elektronische Post Zugriff nimmt.

---

<sup>973</sup> So auch Bachmann, IPRax 1998, 179, 183; Rüßmann, K&R 1998, 422, 423.

<sup>974</sup> So aber Baumbach/Hefermehl, § 24 UWG, Rdn. 6; Köhler/Piper-Köhler, § 24 UWG, Rdn. 17; LG Berlin, MMR 1999, 43.

<sup>975</sup> Im Ergebnis wohl auch das LG Berlin, MMR 1999, 43.

## 2. Teil: Die europarechtliche Beurteilung des Direktmarketing

### *Einleitung*

Die bisherigen Ausführungen ließen die Einflüsse außer Betracht, die sich aus dem Recht der Europäischen Union auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Direktmarketing ergeben können. Vor allem in der Literatur wird die Frage kontrovers behandelt, ob die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung von Telefon- und E-mail zu Zwecken des Direktmarketing nach europäischem Recht zulässig sind.<sup>976</sup> Grenzen für mitgliedstaatliche Werbeverbote können sich sowohl aus europäischem Sekundärrecht als auch aus Primärrecht, insbesondere den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, ergeben.

Da das primäre Gemeinschaftsrecht keine ausdrücklichen Regelungen des Rechts des unlauteren Wettbewerbs enthält, gewinnt die Frage an Bedeutung, inwieweit durch sekundäres Gemeinschaftsrecht eine Rechtsangleichung bewirkt worden ist. Die EG hat bereits eine Reihe von Richtlinien erlassen, die die inhaltlichen Anforderungen an die Werbetätigkeit in Europa konkretisieren. Zu nennen sind insbesondere die Richtlinie über irreführende Werbung<sup>977</sup> sowie die Richtlinie über vergleichende Werbung.<sup>978</sup> Von einem einheitlichen europäischen Werberecht kann allerdings bislang noch nicht gesprochen werden. Der rechtliche Ordnungsrahmen für Werbung ist vorwiegend national.<sup>979</sup> Dies ist vor allem für die Unternehmen von Nachteil, die das globale Medium Internet zu Zwecken der Werbung nutzen wollen. Unterschiedliche Rechtsordnungen behindern die Durchführung einheitlicher grenzüberschreitender Marketing-Kampagnen. Dies wirkt sich nachteilig auf den zwischenstaatlichen Handel im Binnenmarkt aus. Es ist gerade die grenzüberschreitende Werbung, die Verbraucher über Produkte und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten informiert, Nachfrage erzeugt und grenzüberschreitende Güterströme erst ermöglicht.<sup>980</sup>

Im Folgenden soll die Frage erörtert werden, ob die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung von Telefon, Telefax und E-mail zu Zwecken

<sup>976</sup> Vgl. z.B. die folgenden Abhandlungen: Leible/Sosnitza, Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie, K&R 1998, 283 ff.; Glöckner, „Cold Calling“ und europäische Richtlinie zum Fernabsatz – ein trojanisches Pferd im deutschen Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2000, 29 ff.; Vehslage, Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, GRUR 1999, 656 ff.; Schmitz, Ende des Verbotes der Telefonwerbung – Wann kippen EU-Fernabsatzrichtlinie und Rechtsprechung die „Altlasten“ zu § 1 UWG?, AfP 1998, 485 ff.

<sup>977</sup> Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG Nr. L 250 vom 19.09.1984, S. 17 ff.

<sup>978</sup> Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG Nr. L 290 vom 23.10.1997, S. 18.

<sup>979</sup> Vgl. Boehme-Neßler, EWS 2001, 149, 154; Schwarze-Schwarze, Werbung und Werbeverbote, S. 9, 20; Schotthöfer, Handbuch des Werberechts in den EU-Staaten, 2. Auflage, Köln 1997, S. 6.

<sup>980</sup> Vgl. zur Bedeutung der Werbung für den europäischen Binnenmarkt: Schwarze-Schwarze, Werbung und Werbeverbote, S. 7, 11 ff.

des Direktmarketing durch die deutsche Rechtsprechung mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar sind.

### *1. Kapitel Sekundärrechtliche Regelungen*

In den letzten Jahren sind eine Reihe von Richtlinien in Kraft getreten, die zwar nicht primär die Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zum Gegenstand haben, jedoch Regelungen über die Werbung, insbesondere die Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung, enthalten.

#### **I. Die Fernabsatzrichtlinie<sup>981</sup>**

Die Fernabsatzrichtlinie ist am 4.06.1997 in Kraft getreten und war vom deutschen Gesetzgeber bis zum 4.06.2000 umzusetzen.<sup>982</sup> Hintergrund ihres Erlasses waren die in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehenden erheblichen Unterschiede in der rechtlichen Behandlung von Vertragsschlüssen im sog. Fernabsatz,<sup>983</sup> aus denen sich nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers sowohl Wettbewerbsnachteile für die Anbieter als auch Schutzdifferenzen für die Verbraucher ergaben.<sup>984</sup>

Die Fernabsatzrichtlinie soll den grenzüberschreitenden Absatz von Waren und Dienstleistungen mittels des traditionellen Versandhandels und des Katalogverkaufs sowie mittels moderner Techniken im Binnenmarkt fördern.<sup>985</sup> Sie bezweckt aber auch den Schutz des Verbrauchers. Dieser soll vor den mit Vertragsabschlüssen im Fernabsatz typischerweise verbundenen Risiken bewahrt werden. Dem besonderen Schutzbedürfnis des Verbrauchers will die Richtlinie vor allem durch Informationspflichten und ein Widerrufsrecht Rechnung tragen.<sup>986</sup> Es sollen allerdings nicht alle, den Fernabsatz betreffenden verbraucherschützenden Bestimmungen innerhalb der Gemeinschaft vereinheitlicht werden. Vielmehr bezweckt die Richtlinie die Einführung eines Mindeststandards des Verbraucherschutzes, der in allen Mitgliedstaaten einzuhalten ist.<sup>987</sup>

Die Fernabsatzrichtlinie enthält auch lauterkeitsrechtliche Regelungen, deren Ziel es ist, den Verbraucher vor irreführenden und allzu aggressiven Verkaufsmethoden im

<sup>981</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 vom 4.06.1997, S. 19.

<sup>982</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 FARL.

<sup>983</sup> Vgl. zu den verschiedenen Regelungen in den Mitgliedstaaten: Willingmann, VuR 1998, 395 m.w.N; Reich, EuZW 1997, 581. Bei dem Begriff Fernabsatz handelt es sich um eine Wortschöpfung der Kommission, vgl. Hoppmann, VersR 1999, 673.

<sup>984</sup> Vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie.

<sup>985</sup> Erwägungsgründe 3 und 4 der Fernabsatzrichtlinie. Vgl. zu diesem Gesichtspunkt: Reich, EuZW 1997, 581; Leible/Sosniza, K&R 1998, 283, 285.

<sup>986</sup> Begründungserwägungen 11 ff.

<sup>987</sup> Willingmann, VuR 1998, 395, 401; Bodewig, DZWIR 1997, 447, 448; Martinek, NJW 1998, 207, 208.

Fernabsatz zu schützen.<sup>988</sup> Art. 4 Abs. 2 FARL verweist neben dem Transparenz- und Verständlichkeitsgebot auf die Grundsätze der Lauterkeit bei Handelsgeschäften sowie auf den Schutz Minderjähriger. Art. 9 FARL verbietet die Zusendung unbestellter Waren oder Dienstleistungen, und Art. 10 FARL regelt Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die lauterkeitsrechtlichen Regeln der Fernabsatzrichtlinie bei der Anwendung des § 1 UWG zu berücksichtigen sind und ob sich aus ihnen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung ergibt.

### **1. Die Berücksichtigung der Fernabsatzrichtlinie bei der Anwendung des § 1 UWG**

Gem. Art. 249 Abs. 3 EGV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Anders als die Verordnung, die in jedem Mitgliedstaat unmittelbar geltendes Recht ist, richtet sich die Richtlinie zunächst nur an die Mitgliedstaaten und bindet diese allein hinsichtlich des Ziels bzw. des Ergebnisses.<sup>989</sup> So stellt Art. 19 FARL ausdrücklich klar, dass die Fernabsatzrichtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet ist. Diese sind zur fristgerechten Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht verpflichtet. Grundlage dieser Umsetzungsverpflichtung sind Art. 249 Abs. 3 EGV und die Richtlinienbestimmungen selbst.<sup>990</sup> Im Fall der Fernabsatzrichtlinie ist dies Art. 15 Abs. 1 FARL.

Der deutsche Gesetzgeber hat zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie das am 30.06.2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz (FernAbsG)<sup>991</sup> erlassen. Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie durch das Fernabsatzgesetz entfaltet eine „Sperrwirkung“ für den deutschen Gesetzgeber, der in Zukunft das nationale Recht nicht mehr richtlinienwidrig abändern darf.<sup>992</sup> Allerdings enthält das Fernabsatzgesetz keine Art. 10 FARL entsprechende Regelung über Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken. Die Vorschriften der Fernabsatzrichtlinie könnten aber im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen sein.

<sup>988</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 61; dies. Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2095; Günther, CR 1999, 172, 173.

<sup>989</sup> Calliess/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249, Rdn. 43; Oppermann, Europarecht, § 6, Rdn. 551.

<sup>990</sup> EuGH, Urteil vom 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, 7448, Rdn. 40 („Inter-Environnement Wallonie ASBL gegen Région wallonne“); Calliess/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 43; Oppermann, Europarecht, § 6, Rdn. 550; Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994, S. 9.

<sup>991</sup> Vom 27.06.2000, BGBl. I S. 897.

<sup>992</sup> Vgl. Oppermann, Europarecht, § 6, Rdn. 554; Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 9.

Grundsätzlich treffen die Rechtswirkungen einer Richtlinienbestimmung den Einzelnen im Falle ordnungsgemäßer Umsetzung über die nationalen Durchführungsmaßnahmen. Im Falle einer unterlassenen oder fehlerhaften Umsetzung können Richtlinien nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zwar unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkung in dem Sinne entfalten, dass sich der einzelne EU-Bürger vor den innerstaatlichen Behörden und Gerichten auf die Richtlinienbestimmungen berufen kann;<sup>993</sup> eine horizontale Wirkung der Richtlinie in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten lehnt der EuGH aber grundsätzlich ab.<sup>994</sup> Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vermag diese Rechtsanwendungslücke teilweise zu überbrücken.<sup>995</sup> Der EuGH leitet sie vornehmlich aus Art. 10 EGV her und formuliert, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 EWG-Vertrag,<sup>996</sup> alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch den Gerichten.<sup>997</sup> Das mitgliedstaatliche Gericht hat das nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen. Das gemeinschaftsrechtliche Gebot der richtlinienkonformen Auslegung gilt nicht nur für nationale Rechtsvorschriften, die zum Zwecke der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht erlassen worden sind; vielmehr sind auch die bei Erlass der Richtlinie bereits bestehenden Bestimmungen richtlinienkonform auszulegen, soweit sie von deren Wirkungsbereich erfasst sind.<sup>998</sup> Dies gilt auch für die Generalklausel des § 1 UWG, deren weite Fassung eine richtlinienkonforme Auslegung durch die Rechtsprechung erlaubt.<sup>999</sup> Eine richtlinienkonforme Auslegung muss jedenfalls dann vorgenommen werden, wenn die Umsetzungsfrist - wie im Fall der Fernab-

<sup>993</sup> St. Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Urteil vom 6.10.1970, Rs. 9/70, Slg. 1970, 825, 838, Rdn. 5 („Franz Grad gegen Finanzamt Traunstein“); EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 33/70, Slg. 1970, 1213, 1223 f., Rdn. 14/16 („Spa SACE gegen Finanzministerium der Italienischen Republik“); EuGH, Urteil vom 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1137, 1348, Rdn. 15 („Yvonne van Duyn gegen Home Office“).

<sup>994</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 26.02.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, 749, Rdn. 48 („M.H. Marshall gegen Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)“); EuGH, Urteil vom 14. 07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, 3355, Rdn. 20 („Paola Faccini Dori gegen Recreb Srl“). Jüngst hat der EuGH in einem Sonderfall allerdings die Berufung auf eine Richtlinienbestimmung zwischen Privaten zugelassen, vgl. EuGH, Urteil vom 26.09.2000, Rs. C-443/98, EuZW 2001, 153 ff. („Unilever Italia SpA/Central Food SpA“).

<sup>995</sup> So ausdrücklich: Ress, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, 489.

<sup>996</sup> Anm.: Art. 10 EGV n.F.

<sup>997</sup> St. Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909, Rdn. 26 („Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen“). Vgl. auch EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921, 1942, Rdn. 26 („Dorit Harz gegen Deutsche Tradax GmbH“); EuGH, Urteil vom 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969, 3986, Rdn. 12 („Strafverfahren gegen Kolpinghuis Nijmegen BV“).

<sup>998</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, 4159, Rdn. 8 („Marleasing SA gegen La Comercial Internacional de Alimentación SA“); EuGH, Urteil vom 14.07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, 3357, Rdn. 26 („Paola Faccini Dori gegen Recreb Srl“); EuGH, Urteil vom 17.09.1997, Rs. C-54/96, Slg. 1997, I-4961, 4997, Rdn. 43 („Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH gegen Bundesbaugesellschaft Berlin mbH“).

<sup>999</sup> BGH, ZUM 1998, 651 („Testpreis-Angebot“).

satzrichtlinie - bereits abgelaufen ist<sup>1000</sup> und der Inhalt der Richtlinie insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig ist.<sup>1001</sup> Die richtlinienkonforme Auslegung setzt nicht die unmittelbare Anwendbarkeit der jeweiligen Richtlinienbestimmung voraus und kann sich auch zu Lasten privater Dritter entfalten.<sup>1002</sup>

Eine richtlinienkonformen Auslegung des § 1 UWG könnte ergeben, dass die unaufgeforderte Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung nunmehr als mit § 1 UWG in Einklang stehend angesehen werden muss, sofern die in den Bestimmungen der Fernabsatzrichtlinie aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.

## 2. Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie

Zunächst gilt es den Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie zu klären. Aus der Zielsetzung der Gemeinschaft, den grenzüberschreitenden Fernabsatz zu fördern, ergibt sich keine Begrenzung. Die Fernabsatzrichtlinie ist auch auf rein nationale Sachverhalte anwendbar.<sup>1003</sup>

Der in Art. 2 Nr. 1 - 5 FARL zu findende Definitionskatalog bestimmt den Anwendungsbereich der Richtlinie, die allein „Vertragsabschlüsse im Fernabsatz“ harmonisieren will. Gemeint ist nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 1 FARL jeder zwischen einem Lieferer (Art. 2 Nr. 3 FARL) und einem Verbraucher (Art. 2 Nr. 2 FARL) geschlossene, eine Ware oder Dienstleistung betreffende Vertrag. Dieser muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen werden, wobei der Lieferer für den Vertrag bis zu dessen Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet. Eine Definition des Begriffs „Fernkommunikationstechnik“ enthält Art. 2 Nr. 4 FARL. Es handelt sich hierbei um jedes Kommunikationsmittel, das zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Lieferer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden kann. Die Richtlinie enthält im Anhang I eine beispielhafte Liste dieser Techniken, zu denen insbesondere Printmedien (vor allem Drucksachen und Standardbriefe), telefonische oder über das Telefon vermittelte Kommunikation (Telefon, Bildtelefon, Telefax) sowie die Kommunikation über das Internet (elektronische Post) gehören.

<sup>1000</sup> Vgl. zu der umstrittenen Frage der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist z.B.: BGH, ZUM 1998, 651 („Testpreis-Angebot“); Ehrlicke, EuZW 1999, 553 ff.; Sack, WRP 1998, 241 ff.; Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507 ff.

<sup>1001</sup> BGH, ZUM 1998, 651, 654 („Testpreis-Angebot“).

<sup>1002</sup> Calliess/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 111. Kritisch zur richtlinienkonformen Auslegung daher z.B.: Ress, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, 489, 492; Scherzberg, Die innerstaatliche Wirkung von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225, 232.

<sup>1003</sup> Micklitz, ZEuP 1999, 875, 876.

Art. 3 FARL (im Zusammenhang mit Anhang II) listet eine Reihe von Vertragsgegenständen auf, für die die Richtlinie nicht gelten soll. Die wichtigste Ausnahme ist die Herausnahme der Finanzdienstleistungen.

Teile des Schrifttums vertreten die Auffassung, dass nicht jegliche Versendung von gewerblichen E-mails vom Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie erfasst sei. Kennzeichnend für einen Vertragsabschluss im Fernabsatz sei nach Art. 2 Nr. 1 FARL die „Verwendung“ einer solchen Fernkommunikationstechnik. Dies setze ihren bewussten Einsatz zum Erreichen eines Vertragsabschlusses voraus. Bloße Werbe- oder Informationsmaßnahmen, die der Verbraucher nicht als *invitatio ad offerendum* auffassen könne, seien damit von der Fernabsatzrichtlinie nicht erfasst und unterlägen den allgemeinen Regeln.<sup>1004</sup>

Da die Versendung von Werbematerial bereits allgemein als *invitatio ad offerendum* bewertet wird,<sup>1005</sup> dürften die Fälle begrenzt sein, in denen die Fernabsatzrichtlinie nach dieser Ansicht nicht anwendbar ist. Im übrigen ist der Begriff des Vertragschlusses i.S.d. Art. 2 Nr. 1 FARL erweiternd dahingehend auszulegen, dass er auch die Vertragsanbahnung erfasst. Der Ansatz der Richtlinie reicht weiter als die deutsche Vorstellung vom Vertragsschluss.<sup>1006</sup> Die verschiedenen Stufen der Vertragsanbahnung, wie Information, Zurverfügungstellung von Werbematerial und Vorbereiten eines Vertragsschlusses, lassen sich häufig nicht trennen.<sup>1007</sup> Richtigerweise sind daher auch Werbemaßnahmen unter Einsatz von Fernkommunikationstechniken vom Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie erfasst.

Die Richtlinie hat allerdings keine direkten Auswirkungen auf den Fernabsatz und auf Werbemaßnahmen gegenüber Gewerbetreibenden.<sup>1008</sup> Dies ergibt sich aus der eindeutigen Definition des Art. 2 Nr. 2 FARL. Hiernach ist Verbraucher jede natürliche Person, die beim Abschluss von Verträgen i.S.d. Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden.

### **3. Die lauterkeitsrechtliche Regelung des Art. 10 FARL**

#### **3.1. Opt-in-Prinzip**

Gem. Art. 10 Abs. 1 FARL bedarf die Verwendung der Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System) und der Fernkopie (Telefax) durch den Lieferer der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers (sog. „opt-in-Prinzip“).

<sup>1004</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 585 f.; Reich, EuZW 1997, 581, 582; Hoeren/Sieber-Waldenberger, Handbuch Multimedia Recht, Fach 13.4, Rdn. 111.

<sup>1005</sup> Vgl. statt aller: Staudinger-Borck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, Berlin 1996, § 145 BGB, Rdn. 5.

<sup>1006</sup> Willingmann, VuR 1998, 395, 397. Schricker/Henning-Bodewig-Kur, Neuordnung des Wettbewerbsrechts, 1. Auflage, Baden-Baden 1998/99, S. 116, 118.

<sup>1007</sup> So auch Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 64.

<sup>1008</sup> So auch Böhm, MMR 1999, 643, 647; Schricker, GRUR Int. 1998, 541, 546.

Der Grund für die in Art. 10 Abs. 1 FARL geregelte Beschränkung liegt in dem „geballten Belästigungseffekt“,<sup>1009</sup> der mit dem Einsatz dieser Fernkommunikationstechniken verbunden ist und der sich bei der Telefax-Werbung vor allem aus der Benutzung von Gerätschaften des Verbrauchers auf seine Kosten ergibt. Der Werbetreibende ist hier in Wirklichkeit ein „free rider“ an Wertgegenständen des Verbrauchers.<sup>1010</sup> Ist die Kommunikationsform jedoch aufgrund einer „vorherigen Zustimmung“ des Verbrauchers individuell legitimiert, entfällt die Belästigung. Wie bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefax-Werbung nach Maßgabe des deutschen Rechts sind auch hier an den Nachweis der Zustimmung keine übertrieben großen Anforderungen zu stellen. Die Zustimmung kann in jeder Form, auch stillschweigend, erklärt werden.<sup>1011</sup>

Es lässt sich somit feststellen, dass die in Deutschland bestehende wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefax-Werbung den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie entspricht und eine Änderung der Rechtsprechung daher nicht erforderlich ist.

### 3.2. Opt-out-Prinzip

Schwieriger erweist sich das Verständnis von Art. 10 Abs. 2 FARL. Nach dieser Vorschrift tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, mit Ausnahme der in Abs. 1 genannten Techniken, nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat (sog. „opt-out-Prinzip“).<sup>1012</sup>

Fraglich ist zunächst, ob der Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 2 FARL auf Kommunikationsmittel, die individuell gestaltet sind, beschränkt ist. Die Formulierung dieser Vorschrift legt eine solche Auslegung nahe. Richtigerweise bezieht sich der Begriff „individuelle Kommunikation“ jedoch nicht auf die Gestaltung der Kommunikation, sondern auf einen bestimmten Adressatenkreis. Bei einer solchen Interpretation erlauben eine „individuelle Kommunikation“ nicht nur an den Verbraucher individuell adressierte Werbemitteilungen, sondern auch unadressierte Drucksachen, wie Postwurfsendungen. Durch ihre Verteilung an jeden einzelnen Haushalt ermöglichen auch Postwurfsendungen eine individuelle Ansprache des Umworbenen, auch wenn sie nicht individuell gestaltet sind. Eine Beschränkung des Art. 10 Abs. 2 FARL auf individuell gestaltete Kommunikationsmittel hätte zur Folge, dass unadressierte Drucksachen vom Verbraucher nicht abgelehnt werden könnten. Entsprechendes würde dann auch für E-mails gelten, die mittels eines automatisierten Versendungsverfahrens massenweise versandt werden, denn auch hier fehlt es an der individuellen Gestaltung der Kommunikation.

<sup>1009</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 68.

<sup>1010</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 91.

<sup>1011</sup> So auch Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 69. Strenger: Micklitz, ZEuP 1999, 875, 892, der grundsätzlich eine schriftliche Zustimmung für erforderlich hält.

<sup>1012</sup> Vgl. zu den Begriffen „opt-in“ und „opt-out-Prinzip“: Günther, CR 1999, 172, 173 f.

Gegen eine solch weitgehende Einschränkung der Entscheidungsautonomie des Verbrauchers spricht aber Erwägungsgrund Nr. 17 der Fernabsatzrichtlinie. Hiernach sind die in Artt. 8 und 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 festgelegten Prinzipien zu berücksichtigen. Es sei daher angezeigt, dem Verbraucher ein Recht auf den Schutz des Privatlebens, insbesondere vor Belästigungen durch gewisse besonders aufdringliche Kommunikationstechniken, zuzuerkennen und mithin die spezifischen Grenzen der Nutzung solcher Techniken genau zu bestimmen. Ferner sieht Erwägungsgrund Nr. 17 vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen sollen, um Verbraucher, die keine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel wünschen, auf wirksame Weise vor derartigen Kontakten zu schützen, und zwar ohne Beeinträchtigung der zusätzlichen Garantien, die dem Verbraucher aufgrund gemeinschaftlicher Regelungen über den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre zustehen. Dem Hinweis auf das in Art. 8 EMRK enthaltene Recht der Person auf Achtung ihres Privatlebens lässt sich entnehmen, dass der Verbraucher sich dagegen wehren können muss, dass in seinen Briefkasten unadressierte Drucksachen eingeworfen oder an seinen elektronischen Briefkasten standardisierte Massen-E-mails versandt werden.<sup>1013</sup>

Des weiteren stellt sich bei der Auslegung des Art. 10 FARL die Frage, ob aus dieser Vorschrift gefolgert werden kann, dass unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung grundsätzlich erlaubt ist. Dies wird von der ganz überwiegenden Auffassung bejaht und mit einem Umkehrschluss aus Art. 10 Abs. 1 FARL begründet.<sup>1014</sup>

Demgegenüber wird teilweise die Ansicht vertreten, dass sich aus einer Auslegung des Art. 10 Abs. 2 FARL die Unzulässigkeit auch der E-mail-Werbung ergebe. Die Mitgliedstaaten hätten die nach der Richtlinie zu treffenden Maßnahmen zum Schutz des Einzelnen vor ungewollten E-mail-Werbeseudungen bislang nicht getroffen. Solange der Verbraucher daher die Blockade seiner Mailbox fürchten müsse und mit Kosten für die E-mail-Werbung belastet werde, habe der jeweilige Mitgliedstaat davon auszugehen, dass der Verbraucher die Verwendung offenkundig ablehne.<sup>1015</sup>

Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden. Art. 10 Abs. 2 FARL ist in der Weise zu verstehen, dass Telefon-, Brief- und E-mail-Werbung lediglich demjenigen ein-

<sup>1013</sup> So auch Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 70; Micklitz, ZEuP 1999, 875, 892; Bodewig, DZWiR 1997, 447, 454.

<sup>1014</sup> Vgl. z.B.: LG Traunstein, NJW 1998, 1648, 1649; Böhm, MMR 1999, 643, 647; Bodewig, DZWiR 1997, 447; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 478; Härting, DB 2000, 2312, 2314; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 51; Hoffmann, NJW 2001, Beilage Heft 14, 5, 37; Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rdn. 372; Leupold/Pfeiffer/Bräutigam, WRP 2000, 575, 586; Rein, NJW-CoR 2000, 235, 236; Schrick, MMR 2000, 399, 401; Vehslage, GRUR 1999, 656, 657; Funk, CR 1998, 411, 415; Ziem, MMR 2000, 129, 132; Zehentmeier, BB 2000, 940, 944.

<sup>1015</sup> LG Berlin, MMR 1999, 43, 44, Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343. Ähnlich: Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 72; Micklitz, ZEuP 1999, 875, 892; Schmitz, AfP 1998, 485, 486, die eine offenkundige Ablehnung auch dann annehmen, wenn für den Werbenden deutlich sein muss, dass der Verbraucher sein Einverständnis nicht geben wird. Faktisch wandle sich die Opt-Out-Lösung dann zu einer Opt-In Lösung.

zelen Verbraucher gegenüber unzulässig ist, der sie offenkundig abgelehnt hat.<sup>1016</sup> Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, der den Verbraucher in der Einzahl nennt und das Perfekt („abgelehnt hat“) verwendet. Schon daraus ergibt sich, dass es auf die tatsächliche Ablehnung des einzelnen Verbrauchers und nicht auf eine hypothetische Ablehnung ankommt.

Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie gestützt. In ihrem Verlauf wurden die Regelung über die Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken wiederholt geändert, bis sie dann schließlich in dem Kompromiss des heutigen Art. 10 FARL endeten. Der erste Vorschlag der Kommission aus dem Jahre 1992 differenzierte zunächst noch nicht nach verschiedenen Fernkommunikationstechniken.<sup>1017</sup> Die weitere Arbeit an der Richtlinie bzw. am Entwurf durch Kommission, Parlament und Rat unter Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit spitzte sich dann aber sehr bald auf den Konflikt zu, welche Mail- und Telemarketing-Techniken eine vorherige Zustimmung durch den Verbraucher erfordern („opt-in“-Systeme), und welche einer ausdrücklichen oder zumindest offenkundigen Ablehnung bedürfen, um lauterkeitsrechtlich unzulässig zu werden („opt-out“-Systeme).<sup>1018</sup>

Nach dem geänderten Vorschlag der Kommission vom 7. Oktober 1993<sup>1019</sup> erforderte die Verwendung von Telefax (Fernkopie), elektronischer Post, Telefon und Voice-Mail-System die vorherige Zustimmung des Verbrauchers („opt-in-System“). Für die übrigen Fernkommunikationstechniken ging dieser Vorschlag von einem „opt-out-System“ aus. Genau dieses Verhältnis von opt-out und opt-in blieb in der späteren Diskussion kontrovers. Im Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 29. Juni 1995<sup>1020</sup> wurde das Erfordernis vorheriger Zustimmung auf die Verwendung von Voice-Mail-System und Telefax beschränkt.

Nach dem Beschluss des Europäischen Parlaments vom 13. Dezember 1995 betreffend den gemeinsamen Standpunkt des Rates<sup>1021</sup> sollte das Erfordernis der vorherigen Zustimmung dann wieder auf das Telefon ausgedehnt werden; allerdings beschränkt darauf, dass der Verkäufer seine Identität und Absicht zu Beginn des Telefongesprächs dem Verbraucher mitteilt. Die Zustimmung hätte somit unter Verwen-

<sup>1016</sup> So auch Vehslage, GRUR 1999, 656, 657; ders. DuD 199, 22, 24. Im Ergebnis zustimmend: Schmittmann, DuD 1997, 636, 640.

<sup>1017</sup> Vgl. Art. 4 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (92/C 156/05) KOM (92) 11 endg. – SYN 441, von der Kommission vorgelegt am 21.05.1992, ABl. EG Nr. C 156 vom 23.06.1992, S. 14.

<sup>1018</sup> Vgl. Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 66.

<sup>1019</sup> Vgl. Art. 4 des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (93/C 308/02) KOM (93) 396 endg. – SYN 411, ABl. EG Nr. C 308 vom 15.11.1993, S. 18.

<sup>1020</sup> Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 19/95 vom Rat festgelegt am 29. Juni 1995, ABl. EG C 288 vom 30.10.1995, S. 1.

<sup>1021</sup> Beschluss betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (C4-0369/95-00/0411 (COD)), ABl. EG C 17 vom 22.01.1996, S. 51.

derung des Telefons selbst eingeholt werden können. Sowohl Kommission als auch Rat lehnten aber eine Rückkehr zum „opt-in-Prinzip“ bei der Telefonwerbung ab, stimmten jedoch der vom Europäischen Parlament geforderten Informationspflicht hinsichtlich der Identität des Lieferers und des werblichen Zwecks des Telefongesprächs zu. Im Vermittlungsverfahren einigte man sich dann auf die Einführung des heutigen Art. 4 Abs. 3 FARL.<sup>1022</sup> Hiernach ist bei Telefongesprächen mit Verbrauchern zu Beginn des Gesprächs die Identität des Lieferers und der kommerzielle Zweck des Gesprächs ausdrücklich offen zu legen.

Nach der verabschiedeten Fassung der Fernabsatzrichtlinie ist das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers nur bei der Kommunikation über Voice-Mail-System und Telefax erforderlich. Demgegenüber ist es nach der Richtlinie erlaubt, Verbraucher sowohl per Telefon und Brief als auch per E-mail zum Zwecke der Vertragsanbahnung anzusprechen, ohne zuvor deren Erlaubnis einzuholen. Das „opt-out“-Prinzip würde daher unzulässigerweise in ein „opt-in“-Prinzip umgekehrt, wenn bei fehlenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten zum Schutz der Verbraucher vor ungewollten Werbesendungen eine offenkundige Ablehnung unterstellt würde. Daher ist dieser Auffassung nicht zu folgen.

Fraglich ist allerdings, wie eine solche offenkundige Ablehnung seitens des einzelnen Verbrauchers zu erfolgen hat. Eine ausdrückliche Ablehnung muss in jedem Fall ausreichen, um dem „opt-out-System“ zu genügen.<sup>1023</sup> Diese kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass der Verbraucher eine Werbe-E-mail an den Werbetreibenden zurückschickt und ihn bittet, ihm keine weiteren Werbesendungen zukommen zu lassen. Diese Vorgehensweise hat allerdings den Nachteil, dass der betroffene Verbraucher zunächst von jedem einzelnen Werbetreibenden eine Nachricht abwarten muss, bevor er seine Ablehnung erklären kann.

Eine offenkundige Ablehnung muss daher auch die allgemein zum Ausdruck gebrachte Unterlassungsaufforderung sein. Dabei hat die Richtlinie nicht klargestellt, was die Mitgliedstaaten tun sollen, um dem Verbraucher die Ausübung des Ablehnungsrechts zu gewährleisten. Den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten wird daher ein Spielraum bei der Umsetzung eines wirksamen Ablehnungsrechts eingeräumt. Eine geeignete Maßnahme könnte z.B. eine für Werbetreibende verbindliche Liste sein, ähnlich der für Briefwerbung gängigen, allerdings unverbindlichen Robinsonliste.<sup>1024</sup> In Betracht kommt auch die Einrichtung eines sog. Opt-Out-Registers, dessen Beachtung dem Werbetreibenden gesetzlich aufgegeben wird. Durch die Eintragung in eine solche Liste bzw. in ein solches Register könnte der Verbraucher dem Werben-

<sup>1022</sup> Vgl. Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 67.

<sup>1023</sup> Schmittmann, MMR 1998, 53, 54; Bodewig, DZWiR 1997, 447, 454; Schmitz, AfP 1998, 485, 486.

<sup>1024</sup> Ähnlich Bodewig, DZWiR 1997, 447, 454; Vehslage, GRUR 1999, 656, 657; Ziem, MMR 2000, 129, 132. A.A.: Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 291, die auf die Bereitschaft der Werbewirtschaft zur Selbstkontrolle vertrauen und eine gesetzlich vorgeschriebene Liste weder für zweckmäßig noch für wünschenswert halten.

den seine Ablehnung allgemein zum Ausdruck bringen. Für den Bereich der Telefonwerbung bestünde schließlich auch die Möglichkeit der Eintragung eines Vermerks in das Telefonbuch.<sup>1025</sup>

Es erscheint fraglich, ob man einer offenkundigen Ablehnung zusätzlich auch den Fall gleichstellen kann, wenn sensible Verbrauchergruppen (alte Menschen, Kinder u.ä.) angesprochen werden oder wenn der Belästigungseffekt so sehr über das Maß des Üblichen hinausgeht, dass der Gewerbetreibende vernünftigerweise mit der Zustimmung des Verbrauchers nicht rechnen kann. Dies käme z.B. bei nächtlichen Telefonanrufen oder hartnäckigem Verfolgen bestimmter Werbebotschaften in Betracht. Man könnte argumentieren, dass für den Werbetreibenden in solchen Fällen offenkundig sei, dass seine Werbemethode auf Widerspruch stößt.<sup>1026</sup>

Dem steht entgegen, dass sich im Ergebnis auch hier das opt-out-Prinzip faktisch in ein opt-in-Prinzip umwandeln würde. Dies widerspricht aber in gleichem Maße der oben gefundenen Lösung. Der europäische Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich ganz bewusst für ein „opt-in-Verfahren“ nur bei der Verwendung von Voice-Mail-System und Telefax entschieden. Etwaige Schutzlücken lassen sich in solchen Fällen durch allgemeine lauterkeitsrechtliche Grundsätze schließen; denn auch die nach der Fernabsatzrichtlinie grundsätzlich zulässige Telefonwerbung unterliegt hinsichtlich der Art und Weise, in der sie betrieben wird, den allgemeinen Schranken des Lauterkeitsrechts.<sup>1027</sup>

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass nach der Fernabsatzrichtlinie sowohl die unaufgeforderte Telefon- und Briefwerbung als auch die E-mail-Werbung grundsätzlich zulässig sind. Entsprechendes gilt für die SMS-Werbung. Bei Telefonanrufen sind allerdings die Anforderungen des Art. 4 Abs. 3 FARL zu beachten, d.h. die Identifizierung des Anrufers und der werbliche Zweck müssen zu Beginn des Gesprächs deutlich werden. Fehlt dies, so ist der Anruf unzulässig, ohne dass es auf die „offenkundige Ablehnung“ noch ankommt.

Es fragt sich daher, ob die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefon- und E-mail-Werbung in Deutschland im Lichte der Fernabsatzrichtlinie beibehalten werden kann. Dies wäre dann zu bejahen, wenn Art. 10 FARL keine vollständige Harmonisierung, sondern nur einen Mindeststandard an Verbraucherschutz gewährleisten würde. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, dem Schutz des Verbrauchers vor bestimmten Direktmarketingmethoden ein größeres Gewicht beizumessen und über Art. 10 FARL hinaus ein „opt-in“ vorzusehen, könnte sich aus Art. 14 S. 1 FARL ergeben.

<sup>1025</sup> So der Vorschlag von Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 292.

<sup>1026</sup> So Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 72; Schmitz, AfP 1998, 485, 486.

<sup>1027</sup> Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 286, Fußnote 19.

#### 4. Die Bedeutung des Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie

Gem. Art. 14 S. 1 FARL können die Mitgliedstaaten in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Nach Satz 2 können sie durch solche Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren und Dienstleistungen, insbesondere Arzneimittel, in ihrem Hoheitsgebiet unter Beachtung des EG-Vertrages verbieten. Die Auslegung der Vorschrift ist hinsichtlich des Verbots der Verwendung bestimmter Kommunikationstechniken umstritten.

Die wohl überwiegende Auffassung<sup>1028</sup> geht davon aus, dass Art. 14 S. 1 FARL auch im Geltungsbereich des Art. 10 Abs. 2 FARL strengere Bestimmungen erlaubt. Die Mitgliedstaaten hätten daher die Möglichkeit, die unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung als wettbewerbswidrig zu verbieten. Demzufolge könne das strengere deutsche Lauterkeitsrecht beibehalten werden.

Demgegenüber geht die Gegenansicht<sup>1029</sup> davon aus, dass die Regelung des Art. 10 Abs. 2 FARL eine vollständige Harmonisierung darstelle. Die Fernabsatzrichtlinie sei hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit der Telefon- und der E-mail-Werbung gegenüber Verbrauchern als verbindlich anzusehen. Zum Teil wird hieraus im Wege eines „Erst-recht-Schlusses“ gefolgert, dass diese Werbemethoden dann auch gegenüber beruflich tätigen Personen zulässig sein müssten.<sup>1030</sup> Zur Begründung wird vor allem ausgeführt, dass die überwiegende Auffassung den Satz 2 des Art. 14 FARL nicht hinreichend berücksichtige. Die Möglichkeit strengerer Handhabung beziehe sich nur auf den Vertrieb von bestimmten Waren und Dienstleistungen und nicht auf die verwendeten Fernkommunikationstechniken. Schon der Wortlaut des Art. 14 S. 2 FARL lasse keinen Spielraum für eine andere Interpretation. Hierfür spreche in systematischer Hinsicht auch, dass Art. 14 FARL bewusst in der Form

<sup>1028</sup> Vgl. z.B.: BGH, WRP 2000, 722, 724 („Telefonwerbung VI“) in einem obiter dictum, da es sich um Telefonwerbung im Bereich von Finanzdienstleistungen handelte; LG Traunstein, NJW 1998, 1648, 1649; Boehme-Neßler, EWS 2001, 149, 155, Fn. 92; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337, 1343 f.; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 478; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 31 f.; Günther, CR 1999, 172, 174; Hoeren, WRP 1997, 993, 995; Hoffmann, NJW 2001, Beilage Heft 14, 5, 37; Härting, DB 2001, 2312, 2314; Leible/Sosnitzer, K&R 1998, 283, 286; Lettl, GRUR 2000, 977, 983; Schrick, MMR 2000, 399, 403; Schmittmann, BB 2000, 1541, 1542; Schrick, GRUR Int. 1998, 541, 546; Westerwelle, MMR 1999, 45, 46; Willingmann, VuR 1998, 395. Hiervon geht auch die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf zum Fernabsatzgesetz aus, BT-Drs. 14/2658 vom 9.02.2000, S. 24 ff.

<sup>1029</sup> Vgl. z.B.: LG Braunschweig, MMR 2000, 50, 51; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1149; Böhm, MMR 1999, 643, 647; Funk, CR 1998, 411, 416; Micklitz, ZEuP 1999, 875, 901; Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 111; Reichelsdorfer, CR 1998, 172, 173; Schmitz, AfP 1998, 485, 487; Vehslage, DuD 1999, 22, 25; Ziem, MMR 2000, 129, 133; zustimmend auch Zehentmeier, BB 2000, 940, 944; LG Berlin, MMR 1999, 43, 44. Im Ergebnis auch Gierschmann, DB 2000, 1315, 1319; Gaertner/Gierschmann, Das neue Fernabsatzgesetz, DB 2000, 1601, 1606.

<sup>1030</sup> Böhm, MMR 1999, 643, 647; Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1150.

eines Absatzes gehalten sei. Satz 2 stelle eine Konkretisierung von Satz 1 dar, der die in Satz 1 enthaltene Mindestklausel einschränke, und sei abschließend.<sup>1031</sup>

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, strengere Vorschriften zu erlassen, ist nicht auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen beschränkt. Art. 14 S. 1 FARL enthält die typische Mindestklausel, wie sie sich in zahlreichen Verbraucherschutzrichtlinien findet und die den Mitgliedstaaten die Beibehaltung eines höheren Verbraucherschutzniveaus ermöglichen soll. Der Wortlaut des Art. 14 S. 1 FARL ist eindeutig und nimmt die in Art. 10 FARL gefundene Regelung in keiner Weise von der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, strengere Bestimmungen vorzusehen, aus.<sup>1032</sup> Wenn der Richtliniengeber dem nationalen Gesetzgeber lediglich Beschränkungen des Fernabsatzes bei einzelnen Waren und Dienstleistungen hätte ermöglichen wollen, so wäre Art. 14 Satz 1 FARL überflüssig.<sup>1033</sup> Die Aufzählung in Art. 14 S. 2 FARL stellt lediglich ein Beispiel dar.<sup>1034</sup> Der EG-Gesetzgeber wollte hier gerade nicht das Allgemeininteresse spezifisch definieren und im Bereich des Art. 10 Abs. 2 FARL auf ein „opt-out“ reduzieren.<sup>1035</sup>

Die Gegenansicht kann sich auch nicht auf den Erwägungsgrund 24 der Richtlinie berufen. Hiernach kann ein Mitgliedstaat im Interesse der Allgemeinheit in seinem Hoheitsgebiet die Vermarktung bestimmter Erzeugnisse und Dienstleistungen im Rahmen von Vertragsabschlüssen im Fernabsatz untersagen.<sup>1036</sup> Dieser Erwägungsgrund steht der hier vorgenommenen Auslegung in keiner Weise entgegen. Es kann hieraus nämlich nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass sonstige Verbote nicht zulässig seien. Nicht Art. 14 FARL, sondern allein Satz 2 des Art. 14 FARL nimmt den in Erwägungsgrund 24 genannten Gedanken produktorientierter Fernabsatzverbote auf.<sup>1037</sup>

Eine andere Auslegung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung sonstiger Erwägungsgründe.<sup>1038</sup> So sollen nach Nr. 1 geeignete Maßnahmen zur schrittweisen Verfestigung des Binnenmarktes ergriffen werden. In Nr. 4 wird festgelegt, dass die Einführung einer Mindestzahl gemeinsamer Regeln geboten ist, und schließlich können nach Nr. 10 S. 2<sup>1039</sup> die Bestimmungen dieser Richtlinie - vorbehaltlich der Inanspruchnahme von Art. 14 - nicht unterschiedlich je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten angewandt werden. Aus diesen Erwägungsgründen lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass das Ziel der Richtlinie in Form der Schaffung eines Min-

<sup>1031</sup> So vor allem Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1149; Vehslage, GRUR 1999, 656, 658; Böhm, MMR 1999, 643, Ziem, MMR 2000, 129, 133.

<sup>1032</sup> So auch Günther, CR 1999, 172, 174; Schrick, MMR 2000, 399, 403.

<sup>1033</sup> So auch Härting, DB 2000, 2312, 2314.

<sup>1034</sup> So auch Leible/Sosnitzer, K&R 1998, 283, 286, Fn. 20; Schrick, MMR 2000, 399, 403.

<sup>1035</sup> Günther, CR 1999, 172, 174 entgegen der Ansicht von Reich, EuZW 1997, 581, 586.

<sup>1036</sup> Den Erwägungsgrund 24 ziehen z.B. LG Berlin, MMR 1999, 43, 44; Funk, CR 1998, 411, 415 f.; Reichelsdorfer, CR 1998, 172, 173 und Ziem, MMR 2000, 129, 133 zur Begründung ihrer abweichenden Auffassung heran.

<sup>1037</sup> Wie hier: Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 31. A.A.: Reichelsdorfer, CR 1998, 172, 173.

<sup>1038</sup> A.A.: Vehslage, GRUR 1999, 656, 658; Reichelsdorfer, CR 1998, 172, 173.

<sup>1039</sup> Auf Erwägungsgrund Nr. 10 berufen sich insbesondere Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1149.

deststandards an Verbraucherschutz nicht auch für die Beschränkung in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken gelten soll.

Bei der Auslegung von Art. 14 S. 1 FARL muss wiederum auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie berücksichtigt werden.<sup>1040</sup> In deren Verlauf konnten sich weder die Befürworter eines allgemeinen „opt-in-Systems“, zu denen auch Deutschland zählte, noch die Vertreter einer allgemeinen „opt-out-Lösung“ nach dem Vorbild Großbritanniens<sup>1041</sup> vollkommen durchsetzen. Insoweit ist Art. 10 FARL ein mühsamer Kompromiss über das Mindestniveau, nachdem man sich auf eine vollständige Harmonisierung nicht einigen konnte. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich nicht gegen ein grundsätzliches Verbot der unaufgeforderten Telefon- und E-mail-Werbung entschieden. Er hat lediglich davon abgesehen, ein solches Verbot für alle Mitgliedstaaten verbindlich einzuführen.<sup>1042</sup> Unter diesen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, dass Art. 10 FARL die Beschränkung in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken abschließend geregelt hat, um dann unter Zugrundelegung dieser Prämisse die in Art. 14 FARL enthaltene Mindestklausel „teleologisch zu reduzieren“.<sup>1043</sup>

## 5. Ergebnis

Auf der Grundlage von Art. 14 FARL kann die deutsche lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung beibehalten werden. Voraussetzung ist allerdings, dass sie in Einklang mit den EG-Vertragsbestimmungen, insbesondere den Grundfreiheiten, steht. Denn auch wenn sich Harmonisierungsmaßnahmen auf Mindestvorschriften beschränken und den Mitgliedstaaten ein Abweichen gestatten, entbindet dies nicht von der Beachtung primären Gemeinschaftsrechts. Dies ergibt sich nicht erst aus dem Wortlaut des Art. 14 S. 1 FARL, sondern folgt schon aus dem allgemeinen Vorrang gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts vor Sekundärrecht.<sup>1044</sup> Auf die Frage, inwieweit das primäre Gemeinschaftsrecht dem Verbot unaufgeforderter Werbebotschaften mittels Fernkommunikationstechniken Grenzen setzt, wird zu einem späteren Zeitpunkt noch eingegangen werden.

<sup>1040</sup> Vordergründig könnte auch grammatikalisch mit der im Plural gehaltenen Überschrift „Mindestklauseln“ argumentiert werden. Angesichts abweichender anderssprachiger Fassungen („Minimal Clause“, „Clause Minimale“, „Clausola minima“) sollte darauf allerdings verzichtet werden, vgl. Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 32, Fn. 40.

<sup>1041</sup> Vgl. zur früheren Rechtslage in Großbritannien, Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 92; vgl. zur gegenwärtigen Rechtslage: Kilian, Direktmarketing in Großbritannien nach der Umsetzung der EU-Richtlinie 97/66, GRUR Int. 2000, 198 ff.

<sup>1042</sup> Günther, CR 1999, 172, 175. Im Ergebnis ebenso: Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 32. A.A.: Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1149 f.; Schmitz, AfP 1998, 485, 487.

<sup>1043</sup> So aber Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 83 und im Ergebnis auch Micklitz, ZEuP 1999, 875, 900 f.

<sup>1044</sup> Everling/Roth-Strein, Mindestharmonisierung, S. 9, 30; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 286.

## II. Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie

Von Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unaufgeforderter Werbebotschaften ist auch die Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation<sup>1045</sup> (Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie), denn sie enthält eine ausdrückliche, sektorspezifische Regelung für das Direktmarketing.

Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie ist Folge der Liberalisierungsbemühungen der Gemeinschaft im Telekommunikationssektor und wurde unabhängig und ohne Koordination mit der Fernabsatzrichtlinie erlassen.<sup>1046</sup> Gem. Art. 1 der Richtlinie sollen ihre Bestimmungen als Detaillierung und Ergänzung der sog. EU-Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG<sup>1047</sup> fungieren. Ihr erklärtes Ziel ist die Herbeiführung einer Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation. Sie gilt gem. Art. 3 Abs. 1 für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in öffentlichen Telekommunikationsnetzen in der Gemeinschaft, insbesondere über das diensteintegrierende digitale Telekommunikationsnetz (ISDN) und öffentliche digitale Mobilfunknetze. Obwohl die Richtlinie in erster Linie Fragen des Datenschutzes regelt, sind ihre das Direktmarketing betreffenden Vorschriften auch in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht relevant,<sup>1048</sup> da die Frage der Zulässigkeit bestimmter Methoden des Direktmarketing in Deutschland traditionell dem Wettbewerbsrecht zugeordnet wird.

Die Richtlinie enthält in ihrem Art. 12 eine Regelung betreffend „Unerbetene Anrufe“. <sup>1049</sup> Art. 12 Abs. 1 ist nahezu wortgleich mit Art. 10 Abs. 1 FARL formuliert und lautet: „Die Verwendung von Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System) oder Fernkopien (Telefax) für die Zwecke des Direktmarketings darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden.“ Für Voice-mail und Telefax gilt demnach das Prinzip des „opt-in“.

Für individuelle Anrufe ist in Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie in Abweichung von der Formulierung in Art. 10 Abs. 2 FARL ein ausdrückliches Wahlrecht der Mitgliedstaaten zwischen „opt-out“ und „opt-in“ vorgesehen: „Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um gebührenfrei sicherzustellen, dass mit Ausnahme der in Absatz 1 genannten Anrufe unerbetene Anrufe zum Zweck des Direktmarketings, die entweder ohne die Einwilligung der

<sup>1045</sup> ABl. EG Nr. L 24 vom 30.01.1998, S. 1.

<sup>1046</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 82.

<sup>1047</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

<sup>1048</sup> Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 69 b; Schmittmann, RDV 1995, 61, 64 ff.; Günther, CR 1999, 172, 175 f.; Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 82 f.

<sup>1049</sup> Vgl. zu Art. 12 Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie auch den Erwägungsgrund Nr. 22.

betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtete sind, die keine solche Anrufe erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln.“

Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie sieht schließlich vor, dass die gemäß den Absätzen 1 und 2 übertragenen Rechte für Teilnehmer gelten, die natürliche Personen sind. Die Mitgliedstaaten haben aber im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dafür Sorge zu tragen, dass die legitimen Interessen anderer Teilnehmer als natürliche Personen in bezug auf unerbetene Anrufe ausreichend geschützt werden.

Es lässt sich feststellen, dass auf europäischer Ebene eine Rechtsharmonisierung in Form eines „opt-in“-Prinzips bei der Telefax-Werbung gegenüber natürlichen Personen besteht. Im Hinblick auf die Telefax-Werbung steht die deutsche Rechtslage demnach mit den Vorgaben der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie in Einklang. Wie im Rahmen der Fernabsatzrichtlinie sind an das Erfordernis der „vorherigen Einwilligung“ keine übertrieben hohen Anforderungen zu stellen. Eine stillschweigende Einwilligung ist ausreichend. Bei der Telefax-Werbung gegenüber beruflich tätigen Personen muss darüber hinaus auch eine mutmaßliche Einwilligung ausreichen. Denn auch in diesem Fall entfällt der der Telefax-Werbung innewohnende „geballte Belästigungseffekt“. Der Empfänger bedarf hier keines Schutzes.

Die deutsche Rechtslage steht auch hinsichtlich der Beurteilung individueller Telefonanrufe mit den Vorgaben der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie in Einklang. Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie lässt für den Bereich der öffentlichen Telekommunikationsdienste ausdrücklich auch eine „opt-in“-Lösung zu.

*Reich* vertritt die Auffassung, dass die in Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie enthaltene Regelung bestätige, dass Art. 10 FARL die Beschränkung in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel abschließend geregelt habe. Die Mindestklausel des Art. 14 FARL sei daher teleologisch zu reduzieren.<sup>1050</sup> Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Die Formulierungsunterschiede zu Art. 10 Abs. 2 FARL, insbesondere die ausdrückliche Optionsregelung in Art. 12 Abs. 2, gehen auf die unterschiedlichen Grundkonzepte der beiden Richtlinien zurück. Sie können nicht als Indiz für unterschiedliche Ergebnisse gewertet werden.<sup>1051</sup> Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie ist im Gegensatz zur Fernabsatzrichtlinie als vollharmonisierende Richtlinie konzipiert worden,<sup>1052</sup> die keine Art. 14 FARL entsprechende Mindestklausel enthält. Sie musste daher für unerbetene Anrufe eine ausdrückliche Optionsmöglichkeit vorsehen, um den Mitgliedstaaten weitergehende Schutzvorschriften zu erlauben.<sup>1053</sup>

<sup>1050</sup> Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 83.

<sup>1051</sup> Günther, CR 1999, 172, 176.

<sup>1052</sup> So Reich selbst in Micklitz, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 83. Vgl. auch Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie sowie Erwägungsgrund Nr. 8.

<sup>1053</sup> Günther, CR 1999, 172, 176; Ayad, CR 2001, 533, 537.

Aus dem Fehlen einer Wahlmöglichkeit in Art. 10 Abs. 2 FARL kann daher nicht geschlossen werden, dass im Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie die Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken abschließend geregelt worden seien. Vielmehr konnte wegen der Mindestklausel des Art. 14 FARL bei Art. 10 Abs. 2 FARL auf eine solche ausdrückliche Wahlmöglichkeit verzichtet werden.

Der EU-Gesetzgeber wollte im Hinblick auf Telefonanrufe zu Werbezwecken in beiden Richtlinien die gleichen Ergebnisse erzielen, weil sich die Anwendungsbereiche der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie und der Fernabsatzrichtlinie zum Teil überschneiden.<sup>1054</sup> Während Art. 10 FARL nur im Hinblick auf Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten eingreift, sich dann aber auf sämtliche Fernkommunikationstechniken i.S.d. Art. 2 Nr. 4 FARL bezieht, erfasst Art. 12 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie allgemein die Verwendung von Voice-Mail und Telefax sowie unerbetene Anrufe zu Direktmarketing-Zwecken gegenüber natürlichen Personen.

Auf die E-mail-Werbung findet die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie demgegenüber keine Anwendung.<sup>1055</sup> Teile der Literatur legen zwar den Begriff „öffentliches Telekommunikationsnetz“ i.S.d. Art. 2 lit. c) der Richtlinie weit aus und sehen auch Internetdienstleistungen von ihrem Anwendungsbereich erfasst an; doch auch diese Auffassung interpretiert den Begriff „Anruf“ i.S.d. Art. 12 Abs. 2 nicht so weit, dass hierunter auch unerwünschte Werbe-E-mails fallen sollen.<sup>1056</sup> Gegen eine weite Interpretation des Begriffs „Anruf“ spricht insbesondere seine Verwendung in anderen Artikeln der Richtlinie, die sich allein auf Telefonanrufe beziehen.<sup>1057</sup>

Dies könnte sich aber in Zukunft ändern. Die Europäische Kommission hat einen Überarbeitungsvorschlag zur Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie vorgelegt.<sup>1058</sup> Mit diesem sollen die bisherigen Bestimmungen der Richtlinie an neue und vorhersehbare Entwicklungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikationsdienste und -technologien angepasst werden. Der Vorschlag nimmt keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen an der geltenden Richtlinie vor, sondern will die bestehenden Bestimmungen lediglich redaktionell anpassen. Wesentliches Ziel der

---

<sup>1054</sup> Günther, CR 1999, 172, 176.

<sup>1055</sup> So auch Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 83; Günther, CR 1999, 172, 176.

<sup>1056</sup> Koenig/Röder, Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation - Verpflichtung auch für Internetdienstleister, CR 2000, 668, 669, 674.

<sup>1057</sup> Z.B. in Art. 8 „Anzeige der Rufnummer des Anrufers und des Angerufenen und deren Unterdrückung“.

<sup>1058</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Brüssel, den 12. Juli 2000, KOM (2000) 385. Kritisch zum Richtlinien-vorschlag: Krader, Neuer europäischer Datenschutz im Internet? - Der Entwurf der Europäischen Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation - eine kritische Analyse, RDV 2000, S. 251 ff.

neuen Regulierungsvorschriften ist die Schaffung von technologieneutralen Regelungen.<sup>1059</sup>

Dementsprechend erweitert der Überarbeitungsvorschlag der Kommission den Anwendungsbereich des Art. 12 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie in einem neuen Art. 13 auf „Unerbetene Nachrichten“. Art. 13 Abs. 1 sieht vor, dass die Verwendung von automatischen Anrufsystemen (Voice-Mail-Systemen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf. Damit soll die unaufgeforderte E-mail-Werbung auf europäischer Ebene ausdrücklich verboten werden. Um den Artikel technologieneutral zu gestalten,<sup>1060</sup> ersetzt der Richtlinienvorschlag in Art. 13 Abs. 2 und 3 den Begriff „Anruf“ durch „Nachricht“.

Die Kommission führt zur Begründung des Verbots der unaufgeforderten E-mail-Werbung aus, dass in fünf Mitgliedstaaten unerbetene kommerzielle E-mail bereits verboten sei.<sup>1061</sup> In den meisten Mitgliedstaaten gebe es aber eine Form der Robinson-Liste. Die Kommission hält dies aus der Sicht des Binnenmarktes für nicht befriedigend. Direktwerber in Ländern, in denen die E-mail-Werbung verboten sei, dürften keine E-mail-Adressen im eigenen Land nutzen. Sie könnten aber weiterhin unerbetene kommerzielle E-mails in Länder senden, in denen es ein System der Robinson-Liste gäbe. Da aus der E-mail-Adresse oft nicht hervorgehe, in welchem Mitgliedstaat der Empfänger wohne, funktioniere nach Auffassung der Kommission ein solches System unterschiedlicher Regelungen im Binnenmarkt in der Praxis nicht. Ein harmonisiertes Verbot würde dieses Problem lösen.<sup>1062</sup>

Zuzustimmen ist dem Überarbeitungsvorschlag der Europäischen Kommission insofern, als unter Berücksichtigung der Interessen der Umworbenen E-mails auf europäischer Ebene als eine solche Form der Kommunikation eingestuft werden sollten, für welche die Mitgliedstaaten lediglich eine „opt-in“-Lösung vorsehen dürfen.<sup>1063</sup> Allerdings setzt sich die Kommission mit ihrem Vorschlag in Widerspruch zu der in Art. 10 Abs. 2 FARL getroffenen Regelung und - wie im weiteren Verlauf der Arbeit noch ausgeführt werden wird - auch zu Bestimmungen anderer Richtlinien bzw. Richtlinienvorschläge. So geht Art. 10 Abs. 2 FARL in Bezug auf die Nutzung von E-mails zu Werbezwecken von der „opt-out“-Lösung aus. Aufgrund des teilweisen Überschneidungsbereichs mit der Fernabsatzrichtlinie würde es daher bei der Umsetzung der Richtlinie auf nationaler Ebene zu Irritationen und Unsicherheiten kommen.

<sup>1059</sup> Vgl. die Begründung des Richtlinienentwurfs, S. 2.

<sup>1060</sup> Vgl. die Begründung des Richtlinienentwurfs, S. 5.

<sup>1061</sup> Deutschland, Österreich, Italien, Finnland und Dänemark. Vgl. zur Regelung der E-mail-Werbung in den anderen Mitgliedstaaten: Spindler/Schmittmann, MMR Beilage 8/2001, 10, 17 ff.

<sup>1062</sup> Begründung des Richtlinienentwurfs, S. 5.

<sup>1063</sup> So auch Koenig/Röder, Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation – Verpflichtung auch für Internetdienstleister, CR 2000, 668, 674. A.A.: Börner, EU-Regelung zur Online-Direkt-Werbung: Option-In oder Option-Out, CR 2000, 715, 716, dem zufolge sich die Wende zum „opt-in“-Prinzip am Weltmarkt als kollektiver Nachteil aller EU-Mitgliedstaaten auswirken würde.

Es bleibt daher zu hoffen, dass auf europäischer Ebene eine einheitliche Lösung in Bezug auf die rechtliche Behandlung der E-mail-Werbung erzielt wird.

### III. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Im Folgenden soll erörtert werden, ob der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften des Art. 10 Abs. 1 FARL und des Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 FARL sowie des Art. 12 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie hätte umsetzen müssen. Dabei soll im Rahmen dieser wettbewerbsrechtlichen Arbeit die Frage einer Umsetzungsverpflichtung allein im Hinblick auf den lauterkeitsrechtlichen Gehalt der Vorschriften diskutiert werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat zwar zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie das am 30.06.2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz (FernAbsG) erlassen; dieses beinhaltet jedoch keine entsprechende Regelung zu Art. 10 FARL. Der Gesetzgeber hat diesbezüglich keinen Umsetzungsbedarf gesehen. Seiner Auffassung nach entspreche die in Deutschland bestehende Rechtslage, insbesondere die ständige Rechtsprechung zu § 1 UWG, den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie und gehe teilweise sogar über diese hinaus, so dass Art. 10 FARL damit schon ausreichend umgesetzt sei.<sup>1064</sup> Der Gesetzgeber sah auch rechtspolitisch keinen Anlass, hinter das Schutzniveau zurückzugehen, auf das sich Anbieter, Verbraucher und Werbewirtschaft in Deutschland eingestellt haben.<sup>1065</sup> Dementsprechend ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 3 FernAbsG, dass die Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, die sich aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht oder aufgrund anderer Vorschriften ergeben, bestehen bleiben.

Die Umsetzungsfrist für die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie ist bereits am 24. Oktober 1998 - parallel zur Umsetzungsfrist der allgemeinen EU-Datenschutz-Richtlinie -<sup>1066</sup> abgelaufen. Die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorschriften der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie wird im Rahmen einer Neufassung der Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (TDSV) auf der Grundlage von § 89 des Telekommunikationsgesetzes erfolgen.<sup>1067</sup> Nicht ausdrücklich umgesetzt wurde hingegen Art. 12 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie, weil nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers die in

<sup>1064</sup> Gesetzesentwurf und Begründung der Bundesregierung zum Fernabsatzgesetz, BT-Drucks. 14/2658 vom 9.02.2000, S. 25.

<sup>1065</sup> Gesetzesentwurf und Begründung der Bundesregierung zum Fernabsatzgesetz, BT-Drucks. 14/2658 vom 9.02.2000, S. 26.

<sup>1066</sup> Insbesondere zur Umsetzung der EU-Datenschutz-Richtlinie ist das Bundesdatenschutzgesetz neu gefasst worden. Das „Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes“ ist am 23. Mai 2001 in Kraft getreten, BGBl. I, S. 904.

<sup>1067</sup> Vgl. Beck'scher TKG-Kommentar-Büchner, § 89 TKG, Rdn. 3; Hoeren/Sieber-Büttgen, Handbuch Multimedia Recht, Fach 16.3, Rdn. 67.

Deutschland bestehende Rechtslage mit den Vorgaben der Richtlinie übereinstimme.<sup>1068</sup>

## 1. Gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsverpflichtung

Im Folgenden ist zu erörtern, ob nicht eine ausdrückliche Umsetzung der Richtlinienbestimmungen erforderlich gewesen wäre. Dazu ist zunächst in gebotener Kürze zu klären, welche Anforderungen das Gemeinschaftsrecht an die Qualität des Umsetzungsaktes stellt.

Nach seinem Wortlaut überlässt Art. 249 Abs. 3 EGV den mitgliedstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel, so dass es dem Grunde nach der Entscheidung des jeweiligen Mitgliedstaates anheim gestellt bleibt, auf welchem rechtstechnischen Weg er die Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Normen gewährleistet. Durch diese Wahlfreiheit soll den Mitgliedstaaten ermöglicht werden, bei der Durchführung der Aufträge der Gemeinschaft nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen.<sup>1069</sup> Zum anderen dient der Entscheidungsspielraum auch der Souveränität der nationalen Parlamente.<sup>1070</sup>

Die mitgliedstaatliche Wahlfreiheit unterliegt jedoch Begrenzungen. So haben die Mitgliedstaaten das Gebot der vollständigen Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht zu befolgen<sup>1071</sup> und müssen die innerstaatlichen Handlungsformen wählen, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten geeignet sind.<sup>1072</sup> Die Anwendung der Richtlinie muss in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gewährleistet sein.<sup>1073</sup>

Dies bedeutet aber nicht, dass nur eine normative Umsetzung gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen genügen würde. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendigerweise, dass ihre Bestimmungen förmlich oder wörtlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden; je nach dem Inhalt der Richtlinie kann ein allgemeiner rechtlicher Rahmen genügen, wenn er tatsächlich die voll-

<sup>1068</sup> Vgl. Gesetzesentwurf und Begründung der Bundesregierung zum Fernabsatzgesetz, BT-Drucks. 14/2658 vom 9.02.2000, S. 24.

<sup>1069</sup> GTE-Schmidt, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 189, Rdn. 39; Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 19 f.; Staudinger, Das Transparenzgebot im AGB-Gesetz: Klar und verständlich?, WM 1999, 1546.

<sup>1070</sup> Bleckmann, Europarecht, Rdn. 417.

<sup>1071</sup> Oppermann, Europarecht, § 6, Rdn. 552.

<sup>1072</sup> Grundlegend: EuGH, Urteil vom 8.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, 517, Rdn. 69/73 („Jean Noel Royer“); Calliess/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 46; Steindorff, EG-Vertrag, S. 431; Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 22.

<sup>1073</sup> Himmelmann, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Umsetzung von EG-Recht, DÖV 1996, 145, 146; Staudinger, Das Transparenzgebot im AGB-Gesetz: Klar und verständlich?, WM 1999, 1546.

ständige Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, dass - soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll - die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.<sup>1074</sup>

Nach dieser in ständiger Rechtsprechung wiederholten Formulierung ist zunächst auf den Inhalt der einzelnen Richtlinie abzustellen. Je konkreter eine Richtlinienvorschrift gefasst ist, desto eher ist der Erlass einer präzisen Transformationsnorm geboten.<sup>1075</sup> Ferner ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, dass dieser nicht nur dem Prinzip des „effet utile“, sondern auch dem allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit besondere Bedeutung beimisst.<sup>1076</sup> Ein allgemeiner rechtlicher Rahmen kann eine ausdrückliche Rechtsetzung zur Umsetzung einer Richtlinie nur entbehrlich machen, wenn der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt ist. Aus diesem ergibt sich das Erfordernis einer hinreichend bestimmten und klaren Umsetzung von Richtlinien, das zusammenfassend als europarechtliches Transparenzgebot bezeichnet werden kann.<sup>1077</sup> Teilaspekt des Rechtssicherheitsprinzips ist ferner das Gebot der Publizität<sup>1078</sup> sowie das Erfordernis der Rechtsverbindlichkeit der Umsetzungsmaßnahme.<sup>1079</sup>

Unter Zugrundelegung dieser allgemeinen Grundsätze ist zu erörtern, ob zur Umsetzung des Art. 10 Abs. 1 FARL, des Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 FARL sowie des Art. 12 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie der Erlass einer ausdrücklichen lauterkeitsrechtlichen Regelung erforderlich gewesen wäre. Die Umsetzungspflicht entfällt, wenn die Rechtsnormen eines Mitgliedstaates den Bestimmungen einer Richtlinie bereits in allen Punkten entsprechen.<sup>1080</sup> Streitig ist, ob dies auch dann gilt, wenn das die Gebote einer Richtlinie vorwegnehmende nationale Recht sog. Richterrecht ist. Da es sich bei der die Generalklausel des § 1 UWG ausfüllen-

<sup>1074</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 23.05.1985, Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661, 1673, Rdn. 23 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“); EuGH, Urteil vom 2.02.1989, Rs. 22/87, Slg. 1989, 143, 165, Rdn. 6 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik“); EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, 2631, Rdn. 18 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“); EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, 2600 f., Rdn. 15 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“); EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303, 2317, Rdn. 18 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“).

<sup>1075</sup> Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 29; Himmelmann, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Umsetzung von EG-Recht, DÖV 1996, 145, 147.

<sup>1076</sup> So auch Callies/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 53; Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 23; Steindorff, EG-Vertrag, S. 431 f.; Dreher, EuZW 1997, 522, 524.

<sup>1077</sup> Dreher, EuZW 1997, 522, 523; Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 23.

<sup>1078</sup> Vgl. Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 51; Gellermann, Beeinflussung bundesdeutschen Rechts, S. 24.

<sup>1079</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, 2602 f., Rdn. 20 f. („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“); Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 24, 26; Dreher, EuZW 1997, 522, 524.

<sup>1080</sup> BGH, ZUM 1998, 651, 654 („Testpreis-Angebot“); Ehrlicke, EuZW 1999, 553, 558, Fn. 58; Erdmann/Bornekamm, Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1991, 877, 879; Bleckmann, Europarecht, § 7, Rdn. 443; Steindorff, EG-Vertrag, S. 433; Tilmann, Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, 790, 791, Fn. 15.

den Rechtsprechung um Richterrecht handelt, das keine gesetzesgleiche Kraft besitzt,<sup>1081</sup> kommt dieser Streitfrage Bedeutung zu.

Teile der Literatur halten einen Legislativakt auch dann für erforderlich, wenn eine bestehende Rechtsprechung den Richtlinienvorgaben bereits entspricht.<sup>1082</sup> Zur Begründung wird insbesondere darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH eine bloße Verwaltungspraxis nicht als eine rechtswirksame Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Vertrag angesehen werde, weil die Verwaltung diese naturgemäß beliebig ändern könne und sie auch nur unzureichend bekannt sei.<sup>1083</sup> Diese Erwägungen könnten auch auf die gerichtliche Entscheidungspraxis übertragen werden. Selbst eine ständige obergerichtliche Rechtsprechung habe in Deutschland nicht denselben zwingenden Charakter wie ein normativer Umsetzungsakt. Das vom EuGH aufgestellte Erfordernis der hinreichenden Bekanntheit von Regeln sei bei einer gefestigten Rechtsprechung im Gegensatz zu einem Legislativakt ebenfalls nicht gegeben.<sup>1084</sup> Des weiteren werde durch die sehr stark kasuistisch vorgehende Rechtsprechung des BGH im Bereich des unlauteren Wettbewerbs nicht die notwendige Transparenz gewährleistet. Im übrigen ergebe sich auch aus Art. 15 FARL, der die Umsetzungspflicht für die Staaten konkretisiert, dass hinsichtlich der lauterkeitsrechtlichen Regeln ein bloßer Verweis auf die Rechtsprechung des BGH nicht genüge.<sup>1085</sup>

Demgegenüber geht die herrschende Meinung davon aus, dass es einer speziellen Umsetzungsregelung dann nicht bedürfe, wenn bereits eine detaillierte Rechtsprechung existiere, die auch den Rechtsschutz des Einzelnen gewährleiste und im Wege richtlinienkonformer Auslegung fortgeschrieben werden könne.<sup>1086</sup>

Diese Auffassung rückt den „effet utile“ des Richtlinienrechts in den Vordergrund.<sup>1087</sup> Für sie spricht die Erwägung, dass vor allem im Bereich des UWG die Umsetzung einer Richtlinie durch die Rechtsprechung praxisbezogener vollzogen werden kann als durch legislative Umsetzungsregelungen. Das Wettbewerbsrecht hat sich mit ständig neuen Erscheinungsformen des Wettbewerbs auseinander zu setzen.

<sup>1081</sup> Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 72.

<sup>1082</sup> So z.B.: Dreher, EuZW 1997, 522, 523 f.; Ehrlicke, EuZW 1999, 553, 558; Steindorff, EG-Vertrag, S. 433 für Richterrecht, sofern es sich noch nicht zum Gewohnheitsrecht verdichtet habe; wohl auch Grundmann, JZ 1996, 274, 282 f.

<sup>1083</sup> St. Rspr. des EuGH, vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 7.11.1996, Rs. C-221/94, Slg. 1996, I-5669, 5686, Rdn. 22 (“Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Großherzogtum Luxemburg”); Dreher, EuZW 1997, 522, 523; GTE-Schmidt, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 189 EGV, Rdn. 39; Bleckmann, Europarecht, § 7, Rdn. 442.

<sup>1084</sup> Ehrlicke, EuZW 1999, 553, 558 f.; Dreher, EuZW 1997, 522, 524.

<sup>1085</sup> So Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 107 f. Eine Umsetzung fordert auch Schmittmann, RDV 1995, 61, 66.

<sup>1086</sup> Bayreuther, EuZW 1998, 478, 479; Günther, CR 1999, 172, 180; Menke, WRP 1998, 811, 818 f.; Schrick, MMR 2000, 399, 403; Tilmann, Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, 790, 791, der allerdings für die Richtlinie 97/55/EG eine Umsetzung fordert; Sack, WRP 1998, 241, 244.

<sup>1087</sup> Vgl. Gellermann, Beeinflussung bundesdeutschen Rechts, S. 35.

Die Notwendigkeit, die Rechtsprechung flexibel den sich stetig verändernden Marktgegebenheiten anzupassen, spricht für die Generalklauseln der §§ 1 und 3 UWG und gegen eine ins einzelne gehende, kasuistische Regelung.<sup>1088</sup> Diese Erwägungen gelten insbesondere auch für den Bereich des Direktmarketing. Die technische Entwicklung ermöglicht immer neuere Methoden der Direktansprache des potentiellen Kunden. Die Vorschrift des § 1 UWG gestattet es der Rechtsprechung, auf die Besonderheiten der jeweiligen Marketingform einzugehen und ihre Entscheidungen dem technischen Fortschritt anzupassen. Eine spezielle Verbotsnorm bezüglich Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung würde im Bereich der Generalklauseln des UWG wie ein Fremdkörper wirken.

Die Auffassung der herrschenden Meinung steht auch mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere mit dem Gebot der Rechtssicherheit, in Einklang. Entgegen einer bloßen Verwaltungspraxis gewährleistet eine ständige obergerichtliche oder gar höchstrichterliche Rechtsprechung die erforderliche Transparenz. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung kann daher nicht mit einer bloßen Verwaltungspraxis gleichgesetzt werden.<sup>1089</sup> Zwar muss die Umsetzung einer Richtlinie in einer verbindlichen, ausreichend publizierten und vor Gericht durchsetzbaren Form geschehen; jedoch wird man diesbezüglich die höchstrichterliche Rechtsauslegung einer Generalklausel trotz deren fehlender Präjudizwirkung genügen lassen können. Eine höchstrichterliche Rechtsauslegung ist de facto nicht beliebig änderbar.<sup>1090</sup> So hat es die Kommission auch hingenommen, dass der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 84/450/EWG über die irreführende Werbung<sup>1091</sup> durch Nichtstun umsetzte, weil die deutsche Gesetzeslage und Rechtsprechung bereits den Mindestanforderungen der Richtlinie entsprach.<sup>1092</sup> Wenn eine bestehende Judikatur den Richtlinienvorgaben bereits entspricht,<sup>1093</sup> ist folglich kein gesetzgeberisches Tätigwerden zur Umsetzung einer Richtlinienbestimmung erforderlich. Der herrschenden Meinung ist daher zu folgen.

Schließlich ergibt sich auch aus der Fernabsatzrichtlinie und aus der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie selbst keine grundsätzliche Pflicht zur legislativen Umsetzung auch der lauterkeitsrechtlichen Vorschriften. Die Mitgliedstaaten haben zwar nach dem Wortlaut des Art. 15 FARL die „erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft“ zu „setzen“ und nach Art. 15 Abs. 1 der Telekommunikations-

<sup>1088</sup> Erdmann/Bornkamm, Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1991, 877, 880; Menke, WRP 1998, 811, 819.

<sup>1089</sup> So auch Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2096.

<sup>1090</sup> Bayreuther, Anm. zu BGH, „Testpreis-Angebot“, EuZW 1998, 479; Sack, WRP 1998, 241, 244; Menke, WRP 1998, 811, 819.

<sup>1091</sup> ABl. EG Nr. L 250 vom 19.09.1984, S. 17.

<sup>1092</sup> Vgl. Tilmann, Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, 790, 791.

<sup>1093</sup> Strittig ist, ob ein ausreichender Umsetzungsaufwand angenommen werden kann, wenn ein bestehendes nationales Gesetz durch richtlinienkonforme - in Abweichung von bisheriger - Auslegung neu gedeutet wird. Bejahend z.B.: Erdmann/Bornkamm, Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1991, 877, 880. Verneinend z.B.: Calliess/Ruffert-Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rdn. 112; Steindorff, EG-Vertrag, S. 433; Gellermann, Die Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts, S. 35.

Datenschutzrichtlinie die „erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ zu „erlassen“; hieraus ergibt sich jedoch nicht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Erlass eines legislativen Aktes. Vielmehr kann auch hier ein „allgemeiner rechtlicher Rahmen“ unter den oben dargestellten Voraussetzungen genügen.<sup>1094</sup> Wenn das innerstaatliche Recht den von der Richtlinie aufgestellten Anforderungen entspricht, ist eine Umsetzung eben nicht im Sinne der Richtlinienbestimmungen „erforderlich“.

Die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland entspricht auch den von der Fernabsatzrichtlinie in Art. 10 Abs. 1 FARL und Art. 12 Abs. 1 Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie aufgestellten Vorgaben. Im Hinblick auf die Beurteilung der Telefonwerbung geht sie sogar über den in Art. 10 Abs. 2 FARL geregelten Mindeststandard hinaus und steht mit der von Art. 12 Abs. 2 Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie vorgesehenen Optionsregelung in Einklang.

Zwar steht eine höchstrichterliche Beurteilung der E-mail-Werbung durch den BGH noch aus, die überwiegende Anzahl der bislang ergangenen instanzgerichtlichen Entscheidungen sehen die unaufgeforderte E-mail-Werbung jedoch als wettbewerbswidrig an.<sup>1095</sup> Von der Zulässigkeit der E-mail-Werbung ging demgegenüber das *LG Braunschweig* aus.<sup>1096</sup> Der Grund für die abweichende Auffassung lag aber darin, dass das *LG Braunschweig* im Rahmen der Auslegung des § 1 UWG die damals noch nicht umgesetzte Fernabsatzrichtlinie dahingehend berücksichtigte, dass solche Werbezusendungen nur dann unzulässig seien, wenn ihnen zuvor ausdrücklich widersprochen wurde. Es ist sehr fraglich, ob auch andere Gerichte in Zukunft noch der Auffassung des *LG Braunschweig* folgen werden. Der BGH hat nämlich bereits in seiner später ergangenen Entscheidung „Telefonwerbung VI“<sup>1097</sup> festgestellt, dass die Fernabsatzrichtlinie nur eine Mindestregelung enthält und den Mitgliedstaaten gem. Art. 14 FARL ein weitergehender Schutz der Verbraucher freigestellt ist. Dieser Schutz kann aber nicht nur durch den Erlass oder das Aufrechterhalten neuer gesetzlicher Bestimmungen bewirkt werden, sondern auch durch das Aufrechterhalten einer bisherigen innerstaatlichen Rechtsprechung.<sup>1098</sup>

Die in der Fernabsatzrichtlinie und in der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie vorgesehenen Beschränkungen in der Verwendung von Fernkommunikationstechniken zu Zwecken des Direktmarketing können in Deutschland aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Bestimmung des § 1 UWG von Mitbewerbern und nach § 13 UWG von klagebefugten Verbänden und qualifizierten Einrichtungen auch wirksam geltend gemacht und gerichtlich durchgesetzt werden. Im Hinblick auf das Lauterkeits-

<sup>1094</sup> So auch Staudinger, Das Transparenzgebot im AGB-Gesetz: Klar und verständlich?, WM 1999, 1546, 1547.

<sup>1095</sup> Vgl. z.B.: *LG Traunstein*, NJW-CoR 1997, 494; *LG Traunstein*, NJW 1998, 1648; *LG Berlin*, CR 1998, 326; *LG Ellwangen*, K&R 2000, 41.

<sup>1096</sup> *LG Braunschweig*, Urteil vom 11.08.1999 - 22 O 1683/99, MMR 2000, 50 = CR 2000, 854 = ZUM-RD 2000, 150.

<sup>1097</sup> BGH, Urteil vom 27.01.2000 - ZR 241/97, WRP 2000, 722, 724.

<sup>1098</sup> So auch Hoffmann, Anm. zu BGH, Telefonwerbung VI, MMR 2000, 609.

recht bedurfte es somit keiner speziellen legislativen Regelung zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben. Dieses Ergebnis steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass ihm nicht die in dem Urteil „Testpreis-Angebot“<sup>1099</sup> getroffenen Feststellungen des BGH entgegenstehen.

## 2. Auswirkung der Fernabsatzrichtlinie auf das Merkmal der Sittenwidrigkeit

Unter Berufung auf das Urteil des BGH „Testpreis-Angebot“<sup>1100</sup> zur vergleichenden Werbung vertreten Teile des Schrifttums die Auffassung, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dann erforderlich sei, wenn in Deutschland ein höheres Schutzniveau als das in Art. 10 Abs. 2 FARL geregelte „opt-out“-Prinzip gelten solle.<sup>1101</sup> Der BGH stellte in dieser Entscheidung fest, dass sich eine Richtlinie auch unmittelbar auf das den Wettbewerbsverstoß begründende Merkmal der Sittenwidrigkeit auswirke. Ein Verhalten, das der europäische Gesetzgeber als grundsätzlich zulässig bezeichnet habe, könne nicht als Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden. Durch den Begriff der guten Sitten habe der nationale Gesetzgeber nicht nur die Möglichkeit einer Anpassung an eine bereits gewandelte Verkehrsauffassung, sondern auch eine Öffnung für Wertungen geschaffen, die ihren Ausdruck in anderen Bestimmungen der nationalen und europäischen Rechtsordnung finden und deren Berücksichtigung im Rahmen der Auslegung dieses Begriffs schon die Einheit der Rechtsordnung gebiete.<sup>1102</sup>

*Leible* und *Sosnitza*<sup>1103</sup> übertragen diese Argumentation auf die Frage der Zulässigkeit von Telefon- und E-mail-Werbung: Der BGH müsse seine bisherige strenge Rechtsprechung zur Telefonwerbung ändern, denn der Gemeinschaftsgesetzgeber habe mit der Fernabsatzrichtlinie klar zum Ausdruck gebracht, dass die Zulässigkeit der Telefonwerbung - zumindest für Fernabsatzverträge - grundsätzlich nicht von der ausdrücklichen vorherigen Zustimmung des Angerufenen abhängig sei. Diese Wertung müsse der BGH in die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einbeziehen.<sup>1104</sup>

An dieser Auffassung ist zutreffend, dass das europäische Gemeinschaftsrecht unbestritten Einfluss auf die Wertungen unter § 1 UWG hat.<sup>1105</sup> Ihr ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich die Aussage des BGH zum Einfluss der Richtlinie 97/55/EG über

<sup>1099</sup> BGH, Urteil vom 5.02.1998 – I ZR 211/95, NJW 1998, 2208 ff.

<sup>1100</sup> BGH, Urteil vom 5.02.1998 – I ZR 211/95, NJW 1998, 2208 ff.

<sup>1101</sup> Schmitz, AfP 1998, 485, 487; Leible/Sosnitza, NJW 1998, 2507, 2509.

<sup>1102</sup> BGH, ZUM 1998, 651, 655 = NJW 1998, 2208, 2212. Der BGH bestätigte seine Rechtsprechung insbesondere in seinem Urteil vom 23.04.1998, I ZR 2/96, NJW 1998, 3561, 3562 („Preisvergleichsliste II“) sowie in seinem Urteil vom 15.10.1998, I ZR 69/96, NJW 1999, 949 („Vergleichen Sie“).

<sup>1103</sup> Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, NJW 1998, 2507, 2509.

<sup>1104</sup> Zustimmung: Schmitz, AfP 1998, 485, 487.

<sup>1105</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 95; Ohly, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln, u.a., 1997, S. 217.

vergleichende Werbung<sup>1106</sup> auf das Merkmal der Sittenwidrigkeit nicht einfach auf die Fernabsatzrichtlinie übertragen lässt. Im Gegensatz zur Fernabsatzrichtlinie enthält die Richtlinie 97/55/EG zur vergleichenden Werbung eine volle Harmonisierung. Wenn sämtliche in der Richtlinie genannten Zulässigkeitsbedingungen für die vergleichende Werbung erfüllt sind, ist die vergleichende Werbung zulässig.<sup>1107</sup> Die Mitgliedstaaten dürfen also nicht strenger urteilen, vgl. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie. Demgegenüber dürfen die Mitgliedstaaten bei mindestharmonisierenden Richtlinien im Rahmen des EG-Vertrages strengere Bestimmungen erlassen. Mindestharmonisierende Richtlinien fordern keine europaweite Einebnung der Lauterkeitsmaßstäbe. Dies würde dem Konzept der Mindestharmonisierung widersprechen, das bewusst nationale Regelungsunterschiede bestehen lässt.<sup>1108</sup> Aus der Tatsache, dass im Bereich des Fernabsatzes lediglich eine Mindestharmonisierung vorgegeben worden ist, ergibt sich daher, dass weiterhin Raum für abweichende Lauterkeitsmaßstäbe der Rechtsprechung besteht.<sup>1109</sup> Die Gegenauffassung würde auch zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass die Telefonwerbung im Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie als wettbewerbsgemäß zu gelten hätte, im Anwendungsbereich der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie mit ihrer ausdrücklichen Optionsmöglichkeit aber als wettbewerbswidrig beurteilt werden könnte, obwohl sich die Anwendungsbereiche beider Richtlinien zum Teil überschneiden. Ein Umsetzungsbedarf ergibt sich daher auch nicht unter Verweis auf die im „Testpreis-Urteil“ des BGH entwickelten Grundsätze.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Umsetzung von Art. 10 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 FARL und Art. 12 Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie bestand.

---

<sup>1106</sup> Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG Nr. L 290 vom 23.10.1997, S. 18 = GRUR Int. 1997, 985.

<sup>1107</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 18 der Richtlinie; BGH, ZUM 1998, 651, 654 („Testpreis-Angebot“); Menke, WRP 1998, 811, 817.

<sup>1108</sup> Everling/Roth-Behrens, Mindestharmonisierung, S. 34.

<sup>1109</sup> So auch Günther, CR 1999, 172, 182. Im Ergebnis ebenso Hoffmann, NJW 2001, Beilage Heft 14, 5, 37; Ayad, CR 2001, 533, 539.

## IV. Die E-Commerce-Richtlinie

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit die E-Commerce-Richtlinie<sup>1110</sup> Regelungen enthält, die bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der unaufgeforderten Telefax-, Telefon- und E-mail-Werbung von Bedeutung sind.

### 1. Ziel der E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) ist mit der Verkündung im Amtsblatt der EG am 17.07.2000 in Kraft getreten und von den Mitgliedstaaten bis zum 17. Januar 2002 in nationales Recht umzusetzen.<sup>1111</sup>

Ziel der Richtlinie ist es, bestimmte für die Dienste der Informationsgesellschaft geltende innerstaatliche Regelungen anzugleichen (Art. 1 Abs. 2 ECRL). Damit soll der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten sichergestellt werden (Art. 1 Abs. 1 ECRL). Die Richtlinie verfolgt einen horizontalen Ansatz, indem sie an die Dienste der Informationsgesellschaft anknüpft und nicht an einzelne Tätigkeiten oder Rechtsgebiete.<sup>1112</sup> Es soll keine Gesamtlösung aller denkbaren Rechtsfragen angestrebt werden. Vielmehr werden punktuell Bereiche erfasst, in denen bezogen auf die Nutzer und Anbieter der neuen Dienste Regelungsbedarf gesehen wird.<sup>1113</sup> Den Eckpfeiler der Richtlinie bildet die sog. Binnenmarktklausel des Art. 3 ECRL, auch Herkunftslandprinzip genannt.<sup>1114</sup> Danach können Anbieter der Informationsgesellschaft in der gesamten Union Dienstleistungen auf der Grundlage der Regeln und Regulierungen erbringen, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem der Anbieter niedergelassen ist. Nach einer Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie sollen im Folgenden nur die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie erläutert werden, die für die Frage der Zulässigkeit unaufgeforderter Werbebotschaften relevant sind.

### 2. Anwendungsbereich

Die Richtlinie bezieht sich auf „Dienste der Informationsgesellschaft“. Für die Definition dieses Begriffs wird gem. Art. 2 lit. a) ECRL auf die Begriffsbestimmung in

<sup>1110</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1.

<sup>1111</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 1 ECRL.

<sup>1112</sup> Spindler, ZRP 2001, 203.

<sup>1113</sup> Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4; ders. ZUM 1999, 775; Bröhl, MMR 2001, 67.

<sup>1114</sup> Vgl. hierzu ausführlich z.B.: Fezer/Koos, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-Commerce-Richtlinie, IPRax 2000, 349 ff.; Ahrens, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 835 ff.; Bernreuther, Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechts nach Art. 3 Abs. II EC-RiL und das Grundgesetz, WRP 2001, 384 ff.; Fritze/Holzbach, Die Electronic-Commerce-Richtlinie, Ende oder Chance für das deutsche Wettbewerbsrecht?, WRP 2000, 872 ff.

der Richtlinie 98/34/EG vom 22. Juni 1998<sup>1115</sup> in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG vom 20. Juli 1998<sup>1116</sup> verwiesen. Danach werden von den Diensten der Informationsgesellschaft alle Dienstleistungen erfasst, die in der Regel gegen Entgelt im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden. Nicht unter diese Definition fallen die Dienstleistungen, auf die in der Liste von Beispielen im Anhang V der Richtlinie 98/48/EG Bezug genommen wird.<sup>1117</sup> Hiernach gilt das Direktmarketing per Telefon und Telefax nicht als ein „elektronisch“ erbrachter Dienst im Sinne der Richtlinie 98/48/EG, so dass auch die E-Commerce-Richtlinie für diese Direktmarketing-Methoden keine Anwendung findet. Für die rechtliche Beurteilung der unaufgeforderten E-mail-Werbung kann sie demgegenüber Bedeutung erlangen. Das Merkmal „auf individuellem Abruf“<sup>1118</sup> spricht zwar strenggenommen gegen eine Einbeziehung der unaufgeforderten E-mail-Werbung in den Anwendungsbereich der Richtlinie, die sog. „nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen“ haben in Art. 7 ECRL jedoch eine ausdrückliche Regelung erfahren. Ferner ergibt sich auch aus dem Erwägungsgrund Nr. 18 der E-Commerce-Richtlinie, dass es sich bei der Verbreitung kommerzieller Kommunikation mit elektronischer Post um einen Dienst der Informationsgesellschaft handelt.

### 3. Regelungen zur E-mail-Werbung

Die E-Commerce-Richtlinie enthält in ihren Artt. 6 und 7 Regelungen zur kommerziellen Kommunikation. Der Begriff der „kommerziellen Kommunikation“ wird in Art. 2 lit. f) legaldefiniert und ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen. Er erfasst „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt“. Mit dieser Umschreibung soll jede Art der Werbung und Selbstdarstellung erfasst werden, die in irgendeiner Weise mit einer wirtschaftlichen Aktivität verbunden ist.<sup>1119</sup>

Während Art. 6 ECRL Regelungen zu Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation enthält, ist im Rahmen dieser Arbeit vor allem die in Art. 7 enthaltene Regelung betreffend die „Nicht angeforderten kommerziellen Kommunikatio-

<sup>1115</sup> Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.06.1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG Nr. L 204 vom 21.07.1998, S. 37 ff.

<sup>1116</sup> Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.07.1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. EG Nr. L 217 vom 5.08.1998, S. 18 ff.

<sup>1117</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 17.

<sup>1118</sup> Durch dieses Merkmal werden die Dienste der Informationsgesellschaft von Fernsehsendungen und Radiosendungen abgegrenzt, vgl. Erwägungsgrund Nr. 18.

<sup>1119</sup> Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 13.

nen“ von Bedeutung. Gem. Art. 7 Abs. 1 ECRL stellen Mitgliedstaaten, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen, zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts sicher, dass solche kommerziellen Kommunikationen eines in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieters bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar sind.

Die Begründung zum Kommissionsvorschlag führt insoweit aus, dass entsprechende unerbetene Mitteilungen im Kopf der Mitteilung („dem Umschlag“) als solche gekennzeichnet werden, damit sie der Adressat unmittelbar als kommerzielle Kommunikation identifizieren kann, ohne sie öffnen zu müssen.<sup>1120</sup> Demnach müssen E-mails bereits in der Betreffzeile eine entsprechende Identifizierung enthalten. Die Frage der Zulässigkeit der unerbetenen E-mail-Werbung bleibt demgegenüber unregelt. Die Kommission hatte schon im ursprünglichen Richtlinienvorschlag<sup>1121</sup> relativ deutlich gemacht, dass die E-Commerce-Richtlinie hierüber keine Aussagen treffen will, sondern nur für Transparenz im Sinne einer klaren Erkennbarkeit der Werbe-E-mails sorgen möchte.<sup>1122</sup> Dementsprechend stellt nun der Erwägungsgrund Nr. 30 der Richtlinie klar, dass die Frage der Zustimmung des Empfängers mit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation nicht Gegenstand der E-Commerce-Richtlinie sei, da sie insbesondere schon in den Richtlinien 97/7/EG<sup>1123</sup> und 97/66/EG<sup>1124</sup> geregelt worden sei.<sup>1125</sup> Es kann also keine Rede von einer generellen Entscheidung der Richtlinie für die Zulässigkeit von unaufgefordert zugesandten Werbe-E-mails sein.<sup>1126</sup> Die E-Commerce-Richtlinie konzentriert sich vielmehr auf die Transparenz und Kennzeichnung der E-mails und empfiehlt den Mitgliedstaaten, geeignete Initiativen der Branche zum Herausfiltern entsprechender Mitteilungen zu fördern.<sup>1127</sup>

<sup>1120</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG Nr. C 30 vom 5.02.1999, S. 4, 26.

<sup>1121</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG Nr. C 30 vom 5.02.1999, S. 4 ff.

<sup>1122</sup> So auch die Beurteilung von Spindler, MMR-Beilage 7/2000, S. 4, 14; Maennel, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187, 190.

<sup>1123</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144 vom 4.06.1997, S. 19.

<sup>1124</sup> Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. Nr. L 24 vom 30.01.1998, S. 1.

<sup>1125</sup> Bereits aus dem Erwägungsgrund Nr. 11 des geänderten Vorschlags der E-Commerce-Richtlinie, KOM (1999) 427 endg. 98/0325 (COD), ergab sich, dass die Frage der Zustimmung der Empfänger zu bestimmten Formen von unerbetener kommerzieller Kommunikation nicht in der E-Commerce-Richtlinie angesprochen wird.

<sup>1126</sup> So auch Lettl, GRUR 2000, 977, 984; Boehme-Neßler, ZUM 2001, 547, 549. A.A.: Ziem, MMR 2000, 129, 134 (zu einem älteren Entwurf der E-Commerce-Richtlinie); Strömer, Online-Recht, S. 142.

<sup>1127</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 30.

Für diese Auslegung spricht ferner die Tatsache, dass die E-mail-Werbung bereits im ersten Richtlinienvorschlag der Kommission vom Herkunftslandprinzip ausgenommen war.<sup>1128</sup> Dieses besagt, dass ein Dienst der Informationsgesellschaft, der in einem Mitgliedstaat rechtmäßig erbracht wird, im Zugang zum Binnenmarkt nicht behindert werden darf. Für die vom Herkunftslandprinzip ausgenommenen Bereiche sind demgegenüber die Regelungen im Bestimmungsland maßgeblich.<sup>1129</sup> In der endgültigen Fassung der E-Commerce-Richtlinie findet sich die entsprechende Regelung in Art. 3 Abs. 3 ECRL i.V.m. mit dem Anhang, dort 8. Spiegelstrich. Dies bedeutet, dass es den Mitgliedstaaten frei steht, den Empfang von unaufgeforderter E-mail-Werbung zu reglementieren und insbesondere ihre Zusendung generell zu verbieten. Die Regelungen im Herkunftsland gelten insoweit nicht.<sup>1130</sup> Zu beachten ist jedoch, dass gem. Art. 21 Abs. 2 ECRL die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip bei der unaufgeforderten E-mail-Werbung unter dem Vorbehalt einer späteren Überprüfung durch die Kommission steht.

Schließlich wird darüber hinaus auch aus der in Art. 7 Abs. 2 ECRL enthaltenen Regelung deutlich, dass in der E-Commerce-Richtlinie nicht die Frage der Zustimmung des Empfängers mit der Zusendung unaufgeforderter E-mail-Werbung geregelt ist. Nach dieser Bestimmung haben die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, regelmäßig sog. Robinson-Listen konsultieren und dass die Diensteanbieter diese Listen beachten. Hierin können sich natürliche Personen eintragen, die keine derartigen kommerziellen Kommunikationen zu erhalten wünschen. Diese Verpflichtung der Mitgliedstaaten soll „unbeschadet der Richtlinien 97/7/EG und 97/66/EG“ gelten. Damit stellt Art. 7 Abs. 2 ECRL noch einmal ausdrücklich klar, dass diese Richtlinien unberührt bleiben sollen und den Mitgliedstaaten die Möglichkeit verbleiben soll, innerstaatliche strengere Regelungen aufrechtzuerhalten. Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 ECRL steht auch der Erwägungsgrund Nr. 31. Aus diesem ergibt sich, dass die in Art. 7 Abs. 2 ECRL geregelte Verpflichtung nur für die Mitgliedstaaten besteht, die den in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbietern die Versendung nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation mit elektronischer Post ohne vorherige Zustimmung des Empfängers gestatten.

<sup>1128</sup> Im ersten Richtlinienvorschlag ergab sich diese Ausnahme vom Herkunftslandprinzip aus Art. 3 und Art. 22 Abs. 2 i.V.m. dem Anhang II, 6. Spiegelstrich.

<sup>1129</sup> Tettenborn, K&R 1999, 252, 255 f.

<sup>1130</sup> So auch Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 112; Gierschmann, DB 2000, 1315, 1316; Günther, CR 1999, 172, 176; Lehmann, Electronic Commerce und Verbraucherschutz, EuZW 2000, 517, 518; Hoffmann, NJW 2001, Beilage Heft 14, 5, 37; Tettenborn, K&R 1999, 252, 256; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4, 14; Hoeren, MMR 1999, 192, 197; Schrick, MMR 2000, 399, 404; Waldenberger, EuZW 1999, 296, 299 f.; Zehentmeier, BB 2000, 940, 945. A.A.: Ziem, MMR 2000, 129, 134 (zur älteren Fassung der E-Commerce-Richtlinie); Börner, EU-Regelungen zur Online-Direkt-Werbung: Option-In oder Option-Out, CR 2000, 715, 716.

#### 4. Kritische Würdigung

Die in Art. 7 Abs. 2 ECRL enthaltenen Bestimmungen bieten Anlass zu Kritik. So ist die Bedeutung der Regelung, dass die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG unberührt bleiben soll, unklar. Es wurde bereits dargestellt, dass eine weite Definition des Begriffs „Anruf“ in Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie auf die unerwünschte E-mail-Werbung aus systematischen Gründen abzulehnen ist. Die E-Commerce-Richtlinie stellt zwar in ihrem Erwägungsgrund Nr. 14 klar, dass die Richtlinie 97/66/EG uneingeschränkt auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbar ist; damit bleibt sie jedoch der Antwort auf die Frage schuldig, ob für die unaufgeforderte E-mail-Werbung nun die Regelung des Art. 12 Abs. 1 oder des Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie 97/66/EG gelten soll. So könnte die unerwünschte E-mail-Werbung auch unter den allgemein gehaltenen Begriff „Automaten als Gesprächspartner“ subsumiert, und damit als von Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie erfasst, angesehen werden.<sup>1131</sup>

Darüber hinaus könnte die in Art. 7 Abs. 2 ECRL enthaltene Regelung obsolet werden, wenn die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation entsprechend dem Vorschlag der Kommission<sup>1132</sup> in Kraft treten sollte. Diese Richtlinie soll die Richtlinie 97/66/EG ersetzen und sieht in einem neuen Art. 13 Abs. 1 ein Verbot auch der E-mail-Werbung gegenüber natürlichen Personen vor, die nicht zuvor ihre Einwilligung mit dieser Werbemethode erklärt haben. Auch wenn ein europaweites Verbot der E-mail-Werbung zu begrüßen ist, so muss sich die Kommission doch fragen lassen, warum sie innerhalb weniger Wochen nach Inkrafttreten der E-Commerce-Richtlinie bis zur Vorlage ihres Richtlinienentwurfs ihre Meinung so grundlegend geändert hat.

Die in Art. 7 Abs. 2 ECRL enthaltene Regelung bietet aber auch noch aus anderen Gründen Anlass zu Kritik. So ist nicht einsichtig, warum Art. 7 Abs. 2 ECRL nur für natürliche Personen die Eintragung in eine Robinson-Liste vorsieht. Der europäische Gesetzgeber hält offenbar juristische Personen für weniger schützenswert. Dieser Wertung ist jedoch angesichts der Störung betrieblicher Abläufe, die durch ein vermehrtes E-mail-Aufkommen auftreten können, nicht zu folgen.

Ferner kritisiert *Spindler*,<sup>1133</sup> dass die Regelung in Art. 7 Abs. 2 ECRL im Widerspruch zu der Privilegierung der Verantwortlichkeit für Diensteanbieter nach Art. 12 ECRL stehe, die nur Übermittlungstätigkeiten leisteten. Nach dem Wortlaut des Art.

<sup>1131</sup> So die Interpretation der Arbeitsgruppe für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in ihrem Arbeitsdokument „Privatsphäre im Internet - Ein integrierter EU-Ansatz zum Online-Datenschutz“, S. 79, 5063/2000/DE-ENDG. WP 37.

<sup>1132</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 12. Juli 2000, KOM (2000) 385.

<sup>1133</sup> MMR-Beilage 7/2000, 4, 15.

7 Abs. 2 ECRL trifft nämlich die Pflicht zur Konsultation einer Robinson-Liste nicht nur den Werbetreibenden, sondern schon den Diensteanbieter, der die Post übermittelt. Während Art. 15 ECRL gerade jegliche Überwachungs- und Kontrolltätigkeit ausschließen möchte, würde sie durch die Pflicht zur Konsultation derartiger Listen wieder eingeführt.

## V. Ergebnis

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der unaufgeforderten Telefon- und E-mail-Werbung in Deutschland kann im Lichte der Fernabsatzrichtlinie bestehen bleiben. Sie ist im Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie von Art. 14 FARL gedeckt.

Die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie führen im Hinblick auf die E-mail-Werbung zu keinem anderen Ergebnis. Die Frage der Zustimmung des Empfängers mit der unaufgeforderten E-mail-Werbung ist in der E-Commerce-Richtlinie nicht geregelt. Die E-Commerce-Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, die unerbetene E-mail-Werbung zu verbieten. Die deutsche Rechtsprechung ist daher durch die E-Commerce-Richtlinie nicht daran gehindert, die unaufgeforderte E-mail-Werbung für wettbewerbswidrig zu halten.

Die in Deutschland bestehende Rechtslage zur unaufgeforderten Telefonwerbung kann auch im Lichte der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie aufrecht erhalten bleiben. Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten im Hinblick auf unaufgeforderte Anrufe ausdrücklich die Wahl zwischen einem „opt-in“ und einem „opt-out“-Prinzip.

Die Beurteilung der unaufgeforderten Telefax-Werbung als wettbewerbswidrig entspricht europäischem Sekundärrecht. Der europäische Gesetzgeber geht im Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie davon aus, dass diese Werbemethode der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedarf. Entsprechendes gilt im Anwendungsbereich der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie für die Verwendung des Telefax zu Zwecken des Direktmarketing gegenüber natürlichen Personen. In diesem Umfang erfolgte auf europäischer Ebene eine Rechtsangleichung in Form eines „opt-in“-Prinzips.

## VI. Ausblick auf die zukünftige Rechtsentwicklung

Neben dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation<sup>1134</sup> ist im Hinblick auf die zukünftige Rechtsentwicklung auch auf den Kommissionsvorschlag für eine Richtli-

---

<sup>1134</sup> KOM (2000) 385.

nie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen<sup>1135</sup> einzugehen, der Regelungen über die Verwendung von Fernkommunikationstechniken zu Zwecken des Direktmarketing enthält.

### **1. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen**

Vom gegenständlichen Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie sind gem. Art. 3 Abs. 1, 1. Spiegelstrich Verträge ausgenommen, die die in einer nicht erschöpfenden Liste in Anhang II angeführten Finanzdienstleistungen betreffen. Die Kommission hat zwischenzeitlich aber festgestellt, dass auch in diesem Bereich eine Stärkung des Verbraucherschutzes erforderlich ist. Sie hat daher im November 1998 einen Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz für Finanzdienstleistungen<sup>1136</sup> (Finanz-RLV) angenommen, der mittlerweile in geänderter Fassung vorliegt.<sup>1137</sup>

Nach Auffassung der Kommission könnten unterschiedliche und abweichende Verbraucherschutzbestimmungen der Mitgliedstaaten im Bereich Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt und den Wettbewerb der Unternehmen im Binnenmarkt zur Folge haben. Sie hält es daher für geboten, auf Gemeinschaftsebene gemeinsame Regeln für den anstehenden Bereich einzuführen.<sup>1138</sup>

Im Unterschied zur allgemeinen Fernabsatzrichtlinie ist der Vorschlag der Kommission für eine Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen allerdings als vollharmonisierende Richtlinie angelegt.<sup>1139</sup> Im Erwägungsgrund Nr. 9 befindet sich daher der ausdrückliche Hinweis, dass die Mitgliedstaaten in Anbetracht des mit der Richtlinie gewährleisteten hohen Verbraucherschutzniveaus für die durch die Richtlinie harmonisierten Bereiche keine anderen als die in der Richtlinie festgelegten Bestimmungen vorsehen dürfen, um den freien Verkehr von Finanzdienstleistungen sicherzustellen.

<sup>1135</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG vom 23.07.1999, KOM (1999) 385 endg., 98/0245 (COD).

<sup>1136</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. Nr. C 385 vom 11.12.1998, S. 10.

<sup>1137</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG vom 23.07.1999, KOM (1999) 385 endg., 98/0245 (COD).

<sup>1138</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 8.

<sup>1139</sup> BGH, Urteil vom 27.01.2000 – I ZR 241/97, WRP 2000, 722, 724 („Telefonwerbung VI“) in einem obiter dictum; Günther, CR 1999, 172, 176; Lettl, GRUR 2000, 977, 983; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 37.

Im Folgenden soll auf die Regelungen des Richtlinienvorschlags eingegangen werden, die für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefax-, Telefon- und E-mail-Werbung von Bedeutung sind.

### **1.1. Anwendungsbereich**

Gem. Art. 1 lit. a) Finanz-RLV ist Gegenstand der Richtlinie die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher. Die definitorischen Einzelheiten des Richtlinienvorschlags sind in Art. 2 lit. a) bis g) festgelegt. Wichtig ist, dass die gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen im Fernabsatz nicht unter die Richtlinie fallen soll. Wie die allgemeine Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG beruht auch der Richtlinienvorschlag über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen auf der Idee des organisierten Systems.<sup>1140</sup> Dementsprechend wird in Art. 2 lit. a) Finanz-RLV der Begriff des „Vertragsabschlusses im Fernabsatz“ als jeder zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher geschlossene, Finanzdienstleistungen betreffende Vertrag definiert. Dieser muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Anbieters geschlossen werden, wobei der Anbieter für den Vertrag bis zu dessen Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich Fernkommunikationstechniken verwendet. Dabei ist unter „Fernkommunikationstechnik“ gem. Art. 2 lit. e) Finanz-RLV jedes Kommunikationsmittel zu verstehen, das ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Anbieters und des Verbrauchers für den Fernabsatz einer Dienstleistung zwischen den Parteien eingesetzt werden kann. Weil vermieden werden soll, heute noch unbekanntes Kommunikationsmittel nicht zu erfassen, findet sich keine abschließende Aufzählung der Fernkommunikationstechniken im Richtlinienvorschlag.<sup>1141</sup>

### **1.2. Wettbewerbsrechtliche Regelungen**

Wettbewerbsrechtliche Regelungen sind in den Artt. 9 und 10 Finanz-RLV enthalten. Während Art. 9 Finanz-RLV sich mit der Frage der unbestellten Dienstleistungen befasst, enthält Art. 10 Finanz-RLV eine Regelung über unerbetene Mitteilungen. Gem. Art. 10 Abs. 1 Finanz-RLV bedarf die Verwendung des Voice-Mail-Systems und des Telefax durch einen Anbieter der vorherigen Einwilligung des Verbrauchers, sog. „opt-in“-System. Diese Regelung entspricht inhaltlich den Bestimmungen, die in der allgemeinen Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG und in der Richtlinie 97/66/EG enthalten sind. Der Grund für die in der Abs. 1 geregelte Beschränkung liegt auch hier in dem „geballten Belästigungseffekt“, der mit dem Einsatz dieser Fernkommunikationstechniken verbunden ist. Das Europäische Parlament wollte zwar auch die Ver-

<sup>1140</sup> Vgl. die Begründung der Kommission im geänderten Vorschlag der Richtlinie, KOM (1999) 385 endg., 98/0245 (COD), S. 4.

<sup>1141</sup> Hoppmann, VersR 1999, 673, 675.

wendung des Telefons und der E-mail von der vorherigen Einwilligung des Verbrauchers abhängig machen; die Kommission hat jedoch den entsprechenden Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments mit der Begründung abgelehnt, dass zur Wahrung der Kohärenz mit den Bestimmungen der Richtlinie 97/7/EG und 97/66/EG die vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail-Systemen und Telefax verlangt werden dürfe.<sup>1142</sup>

Jedenfalls die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefax-Werbung in Deutschland entspricht den Vorgaben dieses Richtlinienvorschlags, so dass insoweit eine Rechtsprechungsänderung nicht erforderlich sein wird.

Fraglich ist, ob dies auch für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefon- und der E-mail-Werbung gilt. Gem. Art. 10 Abs. 2 Finanz-RLV tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass andere Fernkommunikationstechniken als die in Abs. 1 genannten, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur dann zulässig sind, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat (a), oder nur dann benutzt werden dürfen, wenn dagegen vom Verbraucher keine deutlichen Einwände erhoben werden (b).

Diese Regelung weicht stark vom ursprünglichen Richtlinienvorschlag ab, in dem den Mitgliedstaaten noch eine ausdrückliche Wahlmöglichkeit zwischen einer „opt-in“ und einer „opt-out“-Lösung eingeräumt worden war. Dementsprechend war in der Literatur auch nicht bezweifelt worden, dass die Mitgliedstaaten ein „opt-in“ im Hinblick auf die Telefon- und E-mail-Werbung verlangen können.<sup>1143</sup> Diese Auffassung kann unter Geltung des geänderten Richtlinienvorschlages nicht aufrechterhalten werden. Für die Mitgliedstaaten besteht nicht mehr die Möglichkeit der Einführung oder Aufrechterhaltung eines „opt-in-Systems“ im Hinblick auf die Telefon- und E-mail-Werbung. Anders als die allgemeine Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG enthält der Vorschlag der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen nämlich keine Art. 14 FARL entsprechende Mindestklausel, so dass durch die Richtlinie der Höchststandard des Verbraucherschutzes abschließend festgelegt wird.<sup>1144</sup> Dies ergibt sich auch aus dem bereits erwähnten Erwägungsgrund Nr. 9.

Nach dem Richtlinienvorschlag ist die unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung im Bereich des Fernabsatzes für Finanzdienstleistungen daher zulässig, sofern der Verbraucher diese nicht offenkundig abgelehnt oder hiergegen keine deutlichen Einwände erhoben hat.

Ergänzend ist gem. Art. 10 Abs. 4 Finanz-RLV lediglich vorgesehen, dass bei Anrufen zu Beginn eines jeden Gesprächs mit dem Verbraucher die Identität des Anbieters und der kommerzielle Zweck des Anrufs näher anzugeben sind. Außerdem dür-

<sup>1142</sup> Vgl. die Begründung zum geänderten Vorschlag, S. 11.

<sup>1143</sup> Günther, CR 1999, 172, 176. Im Ergebnis auch Hoppmann, VersR 1999, 673, 680.

<sup>1144</sup> So auch Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 37; Lettl, GRUR 2000, 977, 983.

fen nach Art. 10 Abs. 3 Finanz-RLV die Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 für den Verbraucher keine Kosten verursachen. Da die Kosten für den Empfang einer einzigen E-mail im kaum kalkulierbaren Bereich liegen, ist sehr fraglich, ob sich unter Heranziehung des Art. 10 Abs. 3 Finanz-RLV doch noch die Unzulässigkeit der E-mail-Werbung begründen ließe.

Im Gegensatz zur E-Commerce-Richtlinie enthält der Richtlinienvorschlag keine Regelung darüber, in welcher Weise der Verbraucher seine ablehnende Haltung gegenüber Werbung per Telefon- und E-mail kundtun können soll. In Erwägungsgrund Nr. 20 ist nur der Hinweis enthalten, dass die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen treffen sollen, um jene Verbraucher, die nicht über bestimmte Kommunikationsmittel umworben werden möchten, wirksam zu schützen. Nach dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments sollte die Verpflichtung der Mitgliedstaaten bezüglich des Systems präzisiert werden, mit dessen Hilfe der Verbraucher seine Weigerung, über Fernkommunikationstechniken Mitteilungen entgegenzunehmen, registrieren lassen kann.<sup>1145</sup> Die Kommission hat diese Änderung jedoch nicht übernommen.

Würde die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in der jetzigen Fassung verabschiedet, verstießen die weitergehenden Einschränkungen der Telefon- und E-mail-Werbung im Bereich des Fernabsatzes für Finanzdienstleistungen auf der Grundlage des § 1 UWG gegen diese Richtlinie. Unter Zugrundelegung der Grundsätze, die vom BGH in seinem Urteil „Testpreis-Angebot“<sup>1146</sup> entwickelt wurden, müsste die unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung gegenüber Verbrauchern im Finanzdienstleistungsbereich bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist als wettbewerbsgemäß angesehen werden. Ein Verhalten, das der europäische Gesetzgeber als grundsätzlich zulässig bezeichnet hat, kann nämlich - unabhängig davon, ob die Frist zur Umsetzung der Richtlinie noch läuft - nicht als Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden.<sup>1147</sup> Da es sich bei der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen um eine vollharmonisierende Richtlinie handelt, die den Mitgliedstaaten kein Abweichen gestattet, lassen sich die Aussagen des BGH auch auf den Art. 10 der Richtlinie übertragen.

## **2. Zusammenfassende Beurteilung**

Es bleibt zu hoffen, dass der Richtlinienvorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren wieder geändert und den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Telefon- und E-mail-Werbung zumindest ein Wahlrecht zwischen „opt-in“ und „opt-out“ eingeräumt wird, wie es bereits im ersten Richtlinienvorschlag vorgesehen war. Der vorliegende Richtlinienvorschlag führt zu Wertungswidersprüchen innerhalb des deutschen

<sup>1145</sup> Vgl. die Begründung zum geänderten Vorschlag, KOM (1999) 385 endg., 98/0245 (COD), S. 11.

<sup>1146</sup> ZUM 1998, 651 ff. = NJW 1998, 2208 ff.

<sup>1147</sup> BGH, ZUM 1998, 651, 655.

Wettbewerbsrechts:<sup>1148</sup> Während im besonders sensiblen Bereich des Fernabsatzes für Finanzdienstleistungen die Werbung per Telefon und E-mail ohne Einwilligung des Verbrauchers von den Mitgliedstaaten grundsätzlich erlaubt werden müsste, dürften sie diese Marketing-Methoden in allen anderen Bereichen verbieten.

Gegen ein solches Ergebnis spricht auch, dass der EuGH in seiner Entscheidung „Alpine Investments BV“<sup>1149</sup> ein mitgliedstaatliches Verbot der Telefonwerbung im Bereich von Warentermingeschäften unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich bestätigt hat. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Privatperson, die im allgemeinen durch das „cold calling“ überrascht werde, nicht in der Lage sei, sich über die Risiken zu informieren, die sich aus der Art der ihr vorgeschlagenen Transaktion ergeben, oder die Qualität und den Preis der Dienstleistung des Anrufers mit den Angeboten der Konkurrenten zu vergleichen. Da der Warenterminmarkt äußerst spekulativ und für wenig erfahrene Kapitalanleger schwer durchschaubar sei, wäre es erforderlich gewesen, sie vor den aggressiven Methoden der Kundenwerbung zu schützen.<sup>1150</sup> Diese Erwägungen lassen sich auch auf andere Arten von Finanzdienstleistungen übertragen. Ob die in Art. 3 Finanz-RLV geregelte Verpflichtung zur vorherigen Unterrichtung des Verbrauchers und sein in Art. 4 Finanz-RLV vorgesehene Widerrufsrecht den Schutz des Verbrauchers in gleicher Weise gewährleisten können, ist zweifelhaft, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass das Widerrufsrecht gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a) Finanz-RLV unter anderem bei Termin- und Optionsgeschäften gerade ausgeschlossen ist.

Es lässt sich daher feststellen, dass der europäische Gesetzgeber hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit der unaufgeforderten Telefon- und E-mail-Werbung kein einheitliches Bild erkennen lässt.

---

<sup>1148</sup> So auch Lettl, GRUR 2000, 977, 983; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 37.

<sup>1149</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 ff.

<sup>1150</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1179 f., Rdn. 46.

## 2. Kapitel Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages

### I. Einleitung

Über die Regelungen von Richtlinien hinausgehende Vorschriften der Mitgliedstaaten müssen im Einklang mit den EG-Vertragsbestimmungen stehen, insbesondere mit den Grundfreiheiten der Art. 28 ff. EGV (Art. 30 ff. EGV a.F.) und Art. 49 ff. EGV (Art. 59 ff. EGV a.F.). Dies folgt aus dem Rangverhältnis der Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts. Sekundäres Gemeinschaftsrecht kann nicht von den Bindungen des primären Gemeinschaftsrechts dispensieren. Auch wenn sich Harmonisierungsmaßnahmen auf Mindestvorschriften beschränken und den Mitgliedstaaten ein Abweichen „nach oben“ eröffnen, entbindet dies nicht von der Beachtung primären Gemeinschaftsrechts.<sup>1151</sup>

Es stellt sich daher die Frage, ob Werbetreibende, die grenzüberschreitend Telefon-, Telefax- oder E-mail-Werbung durchführen, sich darauf berufen können, dass das in Deutschland bestehende Verbot unaufgeforderter Werbebotschaften mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages unvereinbar sei. Werbung ist dann grenzüberschreitend, wenn der Werbende für den Absatz seiner Produkte in einem anderen als seinem Heimatstaat wirbt.<sup>1152</sup> Dabei betreffen die nachfolgenden Erörterungen die Fallgestaltung, dass ein im europäischen Ausland ansässiger Gewerbetreibender in Deutschland Telefon-, Telefax- oder E-mail-Werbung betreibt.

Im Hinblick auf die Telefax-Werbung ist allerdings zu berücksichtigen, dass auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts bereits weitgehend eine Rechtsangleichung in Form eines „opt-in“ Prinzips stattgefunden hat. Eine durch unterschiedliche mitgliedstaatliche Vorschriften hervorgerufene Behinderung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages kann daher allenfalls in dem Bereich auftreten, in dem eine Harmonisierung noch nicht erfolgte. Dies ist hinsichtlich der Telefax-Werbung gegenüber juristischen Personen der Fall, da weder Art. 10 Abs. 1 FARL noch Art. 12 Abs. 1 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie auf juristische Personen Anwendung findet.

Bevor auf die Einflüsse eingegangen werden kann, die die Grundfreiheiten auf das nationale Lauterkeitsrecht haben, ist zunächst kurz zu erörtern, wann Telefon- und Telefax-Werbung am Maßstab des deutschen UWG zu messen sind. Im ersten Teil der Arbeit<sup>1153</sup> wurde bereits dargestellt, in welchen Fällen grenzüberschreitender E-mail-Werbung das im internationalen Vergleich strenge deutsche Wettbewerbsrecht zur Anwendung kommt: Die E-mail-Werbung ist am Maßstab des deutschen UWG zu messen, wenn eine „de“-Adresse angeschrieben wird. Entsprechendes gilt bei

<sup>1151</sup> Everling/Roth-Streinz, Mindestharmonisierung, S. 30; Günther, CR 1999, 172, 176; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 32.

<sup>1152</sup> Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 11.

<sup>1153</sup> 1. Teil, 1. Kapitel, V.

einer angeschriebenen „com“-Adresse oder einer anderen Adresse mit internationaler Endung, die einem Benutzer zugewiesen ist, der seine E-mails in Deutschland gewöhnlich zu empfangen pflegt.

Im Falle von Wettbewerbsverstößen durch unaufgeforderte Telefon- und Telefax-Werbung findet ebenfalls die lauterkeitsrechtliche Tatortregel Anwendung. Danach ist an den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision, an den Marktort, anzuknüpfen. Das auf die Werbemaßnahme anzuwendende nationale Wettbewerbsrecht richtet sich danach, an welchem Ort durch das Verhalten im Wettbewerb mit anderen Unternehmen auf die Entschließung des Kunden eingewirkt werden soll.<sup>1154</sup> Bei Direktmarketingmaßnahmen mittels Fernkommunikationstechniken ist das regelmäßig der Ort, an dem die Werbemaßnahme ankommt, da sie dort auf die Entschließung des Kunden einwirkt und den Markt zielgerichtet beeinflusst.<sup>1155</sup> Die Wettbewerbsmäßigkeit der unaufgeforderten Versendung von Telefax-Werbung an Kunden in Deutschland richtet sich daher stets nach deutschem Wettbewerbsrecht.<sup>1156</sup> Entsprechendes gilt bei der grenzüberschreitenden Telefonwerbung gegenüber Personen im Inland. Gleichgültig ist, ob die Lieferung der beworbenen Produkte in Deutschland erfolgen soll oder bei der Werbung in grenznahen Gebieten die angesprochenen Anrainer zum Einkauf jenseits der Grenze animiert werden sollen.<sup>1157</sup>

Durch staatliche Werbebeschränkungen können sowohl der freie Warenverkehr (Art. 28 EGV) als auch der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 49 EGV) beeinflusst werden: Die Regeln des EG-Vertrages über den freien Warenverkehr gelten für Beschränkungen der Werbung für Waren.<sup>1158</sup> Art. 49 EGV schützt zum einen gegen Beschränkungen der Werbung *für* Dienstleistungen und zum anderen gegen Beschränkungen der Werbung *als* Dienstleistungen.<sup>1159</sup>

## II. Der Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 28 ff. EGV)

Der Grundsatz des freien Warenverkehrs ist einer der tragenden Pfeiler des gemeinsamen Binnenmarktes.<sup>1160</sup> Soweit die Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung zum Vertrieb von Waren eingesetzt wird, sind die Beschränkungen dieser Werbung an Art. 28 ff. EGV zu messen.

<sup>1154</sup> Zur Anknüpfung an den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision BGHZ 35, 329, 333 f. („Kindersaugflaschen“); BGH, GRUR 1971, 153, 154 („Tampax“); v. Bar, IPR, Bd. 2, Rdn. 695; Münchener Kommentar-Kreuzer, EGBGB, Art. 38, Rdn. 234; Rüßmann, K&R 1998, 422, 425.

<sup>1155</sup> So ausdrücklich Günther, CR 1999, 172, 178.

<sup>1156</sup> So auch Dethloff, IPRax 1999, 347, 348.

<sup>1157</sup> So Lindacher, in Festschrift für Nakamura, S. 321, 330 zur Internationalen Zuständigkeit.

<sup>1158</sup> Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, 399, 414; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 32.

<sup>1159</sup> Sack, WRP 1998, 103, 111.

<sup>1160</sup> Vgl. auch Art. 3 Abs. 1 lit. a EGV.

Art. 28 EGV verbietet „mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung [...] zwischen den Mitgliedstaaten“. Das Verbot bezieht sich auf den grenzüberschreitenden Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Auf einen reinen Inlandssachverhalt ist Art. 28 EGV grundsätzlich nicht anwendbar:<sup>1161</sup> Die Anwendung des Art. 28 EGV auf Maßnahmen gleicher Wirkung führt daher nur zu einer teilweisen Beschränkung der Wirksamkeit einer nationalen Regelung. Soweit ein Verstoß gegen Art. 28 EGV vorliegt, ist diese nur auf Einfuhrwaren unanwendbar. Im übrigen behält die Regel ihre Gültigkeit.<sup>1162</sup>

Da die Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Kommunikationstechniken zu Zwecken des Direktmarketing nicht direkt die Einfuhr von Waren kontingentieren, kommt für sie nur das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung in Betracht. Der EG-Vertrag enthält keine Begriffsbestimmung für diese in ihrer Bedeutung kaum zu unterschätzende Kategorie von Maßnahmen. Daher kommt der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH eine besonders wichtige Rolle zu.

### **1. Art. 28 EGV und staatliche Werbebeschränkungen bis zur „Keck“-Entscheidung des EuGH**

In seiner „Dassonville“-Entscheidung<sup>1163</sup> gab der EuGH erstmals eine Grundregel für die Auslegung des Begriffs der „Maßnahme gleicher Wirkung“. Er stellte fest, dass jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen sei. Unter diese „Dassonville“-Formel fallen nicht nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos anwendbare staatliche Maßnahmen, die die Einfuhr aus anderen EU-Staaten behindern.<sup>1164</sup> Auf dieser Grundlage ist Art. 28 EGV als ein umfassendes Beschränkungsverbot anzusehen.<sup>1165</sup>

Liegt nach der „Dassonville“-Formel eine Maßnahme gleicher Wirkung vor, so ist Art. 28 EGV auf die konkrete staatliche Maßnahme anwendbar und diese nur aus-

<sup>1161</sup> Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 616. A.A.: Heermann, WRP 1999, 381, 382, unter Berufung auf EuGH, Urteil vom 7.05.1997, Rs. C-321/94 bis C-324/94, Slg. 1997, I-2343, 2374, Rdn. 44 („Pistre u.a.“). Eine andere Frage ist es, ob der EuGH nicht trotz Vorliegens eines rein innerstaatlichen Sachverhalts, über die ihm zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage entscheiden kann, vgl. hierzu jüngst EuGH, Urteil vom 5.12.2000, Rs. C-448/98, EuZW 2001, S. 158 ff. („Jean-Pierre Guimont“).

<sup>1162</sup> Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 129. Dies kann zum Problem der Inländerdiskriminierung führen, vgl. ausführlich hierzu: Koos, a.a.O., S. 133 ff.

<sup>1163</sup> EuGH, Urteil vom 11. 07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, 852, Rdn. 5 („Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville“).

<sup>1164</sup> Ackermann, RIW 1994, 189; Calliess/Ruffert-Epiney, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rdn. 15; Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 70, Fn. 18; Sack, WRP 1998, 103. A.A.: Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 980, der davon ausgeht, dass die Dassonville-Formel nur die spezifisch auf eingeführte Produkte anwendbaren Regelungen im Auge hatte. Erst in der „Cassis de Dijon“-Entscheidung habe der EuGH Art. 28 EGV erstmals auf unterschiedslos geltende staatliche Maßnahmen angewendet.

<sup>1165</sup> Calliess/Ruffert-Epiney, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rdn. 15.

nahmsweise nach der eng auszulegenden Ausnahmevorschrift des Art. 30 EGV<sup>1166</sup> oder nach den im Folgenden darzustellenden, vom EuGH in der „Cassis de Dijon“-Entscheidung entwickelten Grundsätzen zulässig.

In seiner unter dem Stichwort „Cassis de Dijon“ bekannt gewordenen Entscheidung Rewe-Zentral-AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein<sup>1167</sup> hat der EuGH die weite „Dassonville“-Formel eingegrenzt.<sup>1168</sup> Der Gerichtshof legte in dieser Entscheidung die Voraussetzungen fest, unter denen nationale Regelungen, die durch die „Dassonville“-Formel erfasst werden, mit dem EG-Vertrag vereinbar sein können. Nach seiner „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung ist es „in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung (einer Ware) [...] Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung [...] betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“<sup>1169</sup> Bislang wurde allgemein davon ausgegangen, dass die „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung nur auf solche staatlichen Regelungen Anwendung findet, die unterschiedslos für einheimische und eingeführte Erzeugnisse gelten.<sup>1170</sup> Neuerdings ist allerdings die Frage lebhaft umstritten, ob der EuGH diese Einschränkung in seinem Urteil „De Agostini“<sup>1171</sup> aufgegeben hat, so dass auch unterschiedlich anwendbare Maßnahmen aufgrund zwingender Erfordernisse i.S.d. „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung gerechtfertigt sein könnten.<sup>1172</sup> Sofern diese

<sup>1166</sup> H.M. Vgl. zum Erfordernis einer engen Auslegung des Art. 30 EGV: Calliess/Ruffert-Epiney, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rdn. 19.

<sup>1167</sup> EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 ff.

<sup>1168</sup> Eine Eingrenzung der Verbotswirkung des Art. 28 EGV durch das „Cassis de Dijon“-Urteil nehmen an: Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 619; Calliess/Ruffert-Epiney, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rdn. 19; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 158. A.A.: Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 980; Arndt, Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union: der Fall „Keck“-EuGH, NJW 1994, 121, JuS 1994, 469, 470.

<sup>1169</sup> St. Rspr. seit EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662, Rdn. 8. Der EuGH hat die „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung in der Folgezeit weiterentwickelt und weitere Erfordernisse als zwingend anerkannt, vgl. Calliess/Ruffert-Epiney, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 28 EGV, Rdn.20 ff.

<sup>1170</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.12.1982, Rs. 286/81, Slg. 1982, 4575, 4587, Rdn. 14 („Strafverfahren gegen Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV“); EuGH, Urteil vom 16.05.1989, Rs. 382/87, Slg. 1989, 1235, 1251, Rdn. 10 („R. Buet und SARL Educational Business Services (EBS) gegen Ministère public“); EuGH, Urteil vom 7.03.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990 I-667, 686, Rdn. 10 („GB-INNO-BM gegen Confédération du commerce luxembourgeois“); Möschel, NJW 1994, 429, 430; Struyck, WRP 1994, 578.

<sup>1171</sup> EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3834 ff. („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1172</sup> In diesem Sinne etwa Sack, WRP 1998, 103, 110; Novak, Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen - Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG-Vertrag, DB 1997, 2589 ff. Ausführlich zu diesem Problemkreis jüngst: Gundel, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, JURA 2001, 79 ff.

Streitfrage im Rahmen dieser Arbeit von Bedeutung sein sollte, wird hierauf an späterer Stelle eingegangen werden.

Aus der vom Gerichtshof im „Dassonville“-Urteil vorgenommenen Begriffsbestimmung der „Maßnahme gleicher Wirkung“ und dem Folgeurteil „Cassis de Dijon“ lässt sich das sog. Herkunftslandprinzip ableiten. Es sichert im Prinzip einem Unternehmen aus jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union den Vertrieb seiner Produkte in jedes andere Mitgliedsland, wenn sein Marktverhalten mit dem geltenden Recht des eigenen - des Herkunftslandes - in Einklang steht.<sup>1173</sup>

Vor Erlass seines Urteils in der Rechtssache Keck und Mithouard hat der EuGH nicht nur produktbezogene Vorschriften an Art. 28 EGV gemessen, sondern auch Regelungen, die den Vertrieb betrafen. So rechnete der Gerichtshof in einer größeren Anzahl von Urteilen auch staatliche Werbebeschränkungen zu den Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EGV.<sup>1174</sup> In diesem Zusammenhang ist insbesondere die „Oosthoek“-Entscheidung<sup>1175</sup> des Gerichtshofs hervorzuheben, in der der EuGH die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV wie folgt begründete:

„Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann - obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar regelt - geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, dass der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen, oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.“<sup>1176</sup>

<sup>1173</sup> Kieninger, EWS 1998, 277, 278; Claassen, EWS 1995, 97, 98; Schotthöfer, Handbuch des Werberrechts in den EU-Staaten, 2. Auflage, Köln, 1997, S. 4.

<sup>1174</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 10.07.1980, Rs. 152/78, Slg. 1980, 2299, 2315, Rdn. 14 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Französische Republik“-„Werbung für alkoholische Getränke“); EuGH, Urteil vom 15.12.1982, Rs. 286/81, Slg. 1982, 4575 ff. („Strafverfahren gegen Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV“); EuGH, Urteil vom 16.05.1989, Rs. 382/87, Slg. 1989, 1235, 1251, Rdn. 7 („R. Buët und SARL Educational Business Services (EBS) gegen Ministère public“); EuGH, Urteil vom 7.03.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667 ff. („GB-INNO-BM gegen Confédération du commerce luxembourgeois“); EuGH, Urteil vom 12.12.1990, Rs. C-241/89, Slg. 1990, I-4695, 4723, Rdn. 29 („SARPP, Société d'application et de recherches en pharmacologie et phytothérapie SARL gegen Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France und andere“); EuGH, Urteil vom 25.07.1991, verbundene Rs. C-1/90 und C-176/90, Slg. 1991, I-4151, 4183, Rdn. 10 f. („Aragonesa de Publicidad Exterior SA und Publivia SAE gegen Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña“); EuGH, Urteil vom 18.05.1993, Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361 ff. („Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. gegen Yves Rocher GmbH“).

<sup>1175</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1982, Rs. 286/81, Slg. 1982, 4575 ff. („Strafverfahren gegen Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV“).

<sup>1176</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1982, Rs. 286/81, Slg. 1982, 4575, 4587 f., Rdn. 15.

Diese Argumentation wiederholte der Gerichtshof unter anderem auch in seinen Entscheidungen „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“.<sup>1177</sup> Der EuGH begründete in beiden Urteilen das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung mit der Eignung der staatlichen Beschränkung einer Werbe- und Absatzmethode zur Verringerung des Einfuhrvolumens.<sup>1178</sup> In seinem Urteil „GB-INNO-BM“ befand der EuGH erstmals eine unterschiedslos geltende Werbebeschränkung für gemeinschaftswidrig, wobei allerdings weniger eine Behinderung des Imports der Ware als vielmehr der Gedanke der Verbraucherinformation im Vordergrund stand.<sup>1179</sup>

Vor den Entscheidungen „Keck“<sup>1180</sup> und „Hünermund“<sup>1181</sup> konnte es daher als geklärt angesehen werden, dass der EuGH staatliche Maßnahmen zur Beschränkung von Werbung für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ i.S.v. Art. 28 EGV bewertete. Dies galt unabhängig davon, ob die Werbung grenzüberschreitend<sup>1182</sup> oder für bereits importierte Waren<sup>1183</sup> erfolgte.<sup>1184</sup> Ob die jeweilige Vorschrift Bestand hatte, hing dann vom Vorliegen einer Rechtfertigung vor allem im Sinne der „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung ab.

Unter Zugrundelegung der in den Entscheidungen „Oosthoek“, „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“ entwickelten Grundsätze wäre das in Deutschland geltende Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung als „Maßnahme gleicher Wirkung“ vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV erfasst gewesen. Das Verbot ist geeignet, das Einfuhrvolumen für Waren aus dem EG-Ausland zu beeinträchtigen. Ausländische Gewerbetreibende werden hierdurch an einer Methode der Absatzförderung gehindert, die es ihnen erlauben würde, ihre bei deutschen Abnehmern möglicherweise noch unbekanntem Produkte bekannt zu machen. Die vom EuGH in seiner „Keck“-Entscheidung entwickelten Grundsätze könnten jedoch zu einer anderen Beurteilung führen.

<sup>1177</sup> EuGH, Urteil vom 7.03.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667, 686, Rdn. 7 („GB-INNO-BM gegen Confédération du commerce luxembourgeois“); EuGH, Urteil vom 18.05.1993, Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361, 2388, Rdn. 10 („Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. gegen Yves Rocher GmbH“).

<sup>1178</sup> So auch die Einschätzung von Kotthoff, WRP 1996, 79, 80; ders. Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 77 f. Aus der Sicht des EuGH war für die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV nicht der Zwang zur Verwendung unterschiedlicher Systeme der Vermarktung für verschiedene Mitgliedstaaten entscheidend, sondern allein die Eignung der Regelung zur Verringerung des Einfuhrvolumens. Der Hinweis auf den Diversifikationszwang sollte dieses Ergebnis nur stützen. A.A.: Klauer, Die Europäisierung des Privatrecht, S. 388, der zufolge der EuGH maßgeblich auf den Diversifikationszwang abgestellt habe.

<sup>1179</sup> EuGH, Urteil vom 7.03.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667, 687 ff., insbesondere S. 689, Rdn. 18.

<sup>1180</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 ff. („Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“).

<sup>1181</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 ff. („Ruth Hünermund u.a. gegen Landesapothekerkammer Baden-Württemberg“).

<sup>1182</sup> So beispielsweise im Fall „GB-INNO-BM“.

<sup>1183</sup> So lag der Sachverhalt im Fall „Yves Rocher“. Dort wurde nicht für im Ausland zu erwerbende Ware, sondern für bereits aus einem Mitgliedstaat importierte Produkte geworben.

<sup>1184</sup> Vgl. Sack, WRP 1998, 103, 104; Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 28; Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 97 f.

## 2. Die „Keck“-Entscheidung des EuGH

In der Entscheidung „Keck“<sup>1185</sup> zum französischen Verbot des Weiterverkaufs zum Verlustpreis schränkte der Gerichtshof seine im Hinblick auf unterschiedslos anwendbare Regeln weite Rechtsprechung auf der Tatbestandsebene des Art. 28 EGV ein. Zur Frage des Vorliegens einer verbotenen Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 28 EGV wiederholte der EuGH zunächst die „Dassonville“-Formel (11. Erwägungsgrund). Sodann stellte er fest, dass nationale Rechtsvorschriften, die den Weiterverkauf zum Verlustpreis allgemein verbieten, keine Regelung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bezwecken (12. Erwägungsgrund). Zwar könnten solche Rechtsvorschriften das Absatzvolumen und damit das Volumen des Absatzes von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten insoweit beschränken, als sie den Wirtschaftsteilnehmern eine Methode der Absatzförderung nehmen; es sei aber fraglich, ob die Möglichkeit ausreiche, um die in Rede stehende Vorschrift als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen (13. Erwägungsgrund).

Statt nun dieser Frage nachzugehen, beklagten die Richter den Trend der Wirtschaftsteilnehmer, sich auf Art. 28 EGV zu berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist. Aus diesem Grunde hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen (14. Erwägungsgrund).

Anschließend ging der EuGH zunächst auf Hemmnisse für den freien Warenverkehr ein, die sich daraus ergeben, dass Waren aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat bestimmten, unterschiedslos für alle Erzeugnisse geltenden Vorschriften entsprechen müssen. Beispielhaft nannte er Vorschriften hinsichtlich Bezeichnung, Form, Abmessungen, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung von Waren. Derartige Beschränkungen des freien Warenverkehrs seien nach den in der Entscheidung „Cassis de Dijon“ entwickelten Grundsätzen zu beurteilen (15. Erwägungsgrund).

Die Kernaussagen des „Keck“-Urteils sind im 16. und 17. Erwägungsgrund enthalten. Der Gerichtshof stellte fest:

„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville [...] unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben,

---

<sup>1185</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 ff. („Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“).

und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren (Erwägungsgrund 16).

Sind diese Voraussetzungen nämlich erfüllt, so ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bedingungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Art. 30 EWG-Vertrag<sup>1186</sup> (Erwägungsgrund 17).“

Diese Formel der „Keck“-Entscheidung zur Auslegung von Art. 28 EGV hat der EuGH inzwischen in einer größeren Anzahl von Entscheidungen bestätigt.<sup>1187</sup> Dabei wandte der Gerichtshof im Urteil „Hünernmund“ die „Keck“-Formel erstmals auf ein nationales Werbeverbot an.

### **3. Beschränkung grenzüberschreitender Werbemaßnahmen im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung**

Das „Keck“-Urteil ist zum Teil heftig kritisiert worden.<sup>1188</sup> Dem EuGH wurde vor allem vorgeworfen, dass die formelle Unterscheidung zwischen den sog. produktbezogenen Warenmodalitäten im Sinne des 15. Erwägungsgrundes der Entscheidung und sog. vertriebsbezogenen Verkaufsmodalitäten im Sinne des 16. Erwägungsgrundes gekünstelt und eine Abgrenzung wirtschaftlich nicht praktikabel sei.<sup>1189</sup> Es gäbe Beschränkungen von Verkaufsmodalitäten, die den grenzüberschreitenden Warenverkehr mehr behindern könnten als manche produktbezogenen Regelungen, auf die der EuGH Art. 28 EGV anwende.<sup>1190</sup>

Da der Gerichtshof nicht näher erläutert hat, was er unter „Verkaufsmodalitäten“ versteht und welche „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ er vom Verbot des Art. 28 EGV ausnehmen will, ist die genaue Reichweite der tatbestandlichen Einschränkung des Art. 28 EGV nach wie vor umstritten. Teile der Literatur interpretieren die

<sup>1186</sup> Anm.: Art. 28 EGV n.F.

<sup>1187</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787, 6823, Rdn. 21 („Ruth Hünernmund u.a. gegen Landesapothekerkammer Baden-Württemberg“); EuGH, Urteil vom 9.02.1995, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 217, Rdn. 21 („Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA“); EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C 35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3890, Rdn. 40 („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1188</sup> Z. B. von Steindorff, ZHR 158 (1994) 149, 152: „Es stiftet Verwirrung und macht staatliche Gerichte hilflos“; Meyer, WRP 1994, 100: „Die vorliegende Entscheidung wirft allerdings mehr Fragen auf, als sie zu beantworten vermeint.“ So auch Sack, WRP 1998, 103, 113 ff., der Art. 28 EGV nur auf spürbare Behinderungen des Absatzes eingeführter Waren anwenden will und die „Keck“-Doktrin ablehnt.

<sup>1189</sup> Fezer, JZ 1994, 317.

<sup>1190</sup> Sack, GRUR 1998, 871, 873; Heermann, WRP 1999, 381, 382; Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 80.

„Keck“-Entscheidung dahingehend, dass nur „bestimmte“ und nicht alle „Verkaufsmodalitäten“ vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ausgenommen seien.<sup>1191</sup> Unter diesen Umständen überrascht es nicht, dass die grundsätzliche Bewertung der „Keck“-Entscheidung bereits unmittelbar nach Erlass des Urteil unterschiedlich ausfiel: Während einige Stimmen von einem „Bruch“<sup>1192</sup> oder einer „Wende“<sup>1193</sup> sprachen, gingen andere davon aus, dass die Rechtsprechung eher eine dogmatische und systematische Klarstellung darstelle, die sich durchaus in die bisherige Linie einordnen lasse.<sup>1194</sup>

### 3.1 Nationale Werbeverbote als Regelungen bestimmter Verkaufsmodalitäten?

Im Rahmen dieser Arbeit ist die Frage von Bedeutung, ob Art. 28 EGV nach der „Keck“-Entscheidung weiterhin auf werbebeschränkende nationale Maßnahmen angewendet werden kann. In der Literatur ist umstritten, ob nationale Vorschriften, die bestimmte Formen der Werbung verbieten, zu den „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ i.S.d. „Keck“-Doktrin zählen.

#### 3.1.1. Die herrschende Auffassung

Die herrschende Auffassung würdigt Regelungen der Werbung als „bestimmte Verkaufsmodalitäten“, die grundsätzlich nicht von dem Verbot nach Art. 28 EGV erfasst werden, es sei denn, es ließe sich eine Diskriminierung der importierten Ware selbst nachweisen.<sup>1195</sup>

<sup>1191</sup> So z.B.: Fezer, JZ 1994, 317, 323, der zwischen „reinen und produktbezogenen Verkaufsmodalitäten“ unterscheidet; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 175; Steindorff, EG-Vertrag, S. 181; Leible/Sosnitzer, K&R 1998, 283, 287, die zwischen „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ i.S.d. „Keck“-Rechtsprechung und sog. „sonstigen Verkaufsmodalitäten“ unterscheiden; ebenso Grabitz/Hilf-Leible, Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV, Rdn. 28; so auch Heermann, WRP 1999, 381, 386.

<sup>1192</sup> So Remien, JZ 1994, 349, 353; ähnlich, Möschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429 ff.; Lüder, EuZW 1996, 615, 619 spricht von einem „radikalen Umschwung“.

<sup>1193</sup> So Ackermann, RIW 1994, 189; Jestaedt/Kästle, Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das Keck-Urteil, EWS 1994, 26, 27; Peschke, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, 107 f., der von einem „überraschenden Umschwung“ und einer „Kehrtwendung“ spricht; Reich, Anm. zum „Keck“-Urteil, ZIP 1993, 1815, 1816 „Kehrtwende“; Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 983, „Kehrtwende der Rechtsprechung“; Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 76: „wichtigste Kehrtwende“.

<sup>1194</sup> Adrian, Juristische Methodenlehre und die „Keck-Entscheidung“ des EuGH, EWS 1998, 288, 289; Basedow, EuZW 1994, 225; Arndt, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188; wohl auch Fezer, JZ 1994, 317, 318, dem zufolge der EuGH „eine behutsame Kurskorrektur oder nur eine Kursbegradigung“ signalisiere; Meyer, WRP 1994, 100, 101, die „Entscheidung ist keine Abkehr von den bisherigen Grundsätzen“.

<sup>1195</sup> Vgl. z.B.: OLG Düsseldorf, NJW 1994, 741, 742 („Verbot der Preisgegenüberstellungswerbung im deutschen und EG-Recht“); KG, CR 1998, 9, 10 („Telefax-Werbung“); Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 627; Arndt/Köhler, EWS 2001, 102, 112; Bornkamm, Anm. zum „Keck“-Urteil, GRUR 1994, 297, 298; Günther, CR 1999, 172, 177; Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 985 a.E.; Kotthoff,

Eine andere Beurteilung gelte, wenn sich die Anwendung einer werbebeschränkten Maßnahme auf das Produkt selbst auswirke. Dann handele es sich um eine sog. produktbezogene Regelung, auf die Art. 28 EGV Anwendung finde. Zu solchen produktbezogenen Regelungen zählten nach der Rechtsprechung des EuGH vor allem Vorschriften, die der Ware selbst anhaftende Eigenschaften betreffen, wie z.B. die Bezeichnung, die Form, die Zusammensetzung, die Aufmachung, die Verpackung, die Etikettierung etc.<sup>1196</sup> Diese Maßnahmen unterlägen weiterhin der Kontrolle nach der „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung oder nach Art. 30 EGV.<sup>1197</sup> Der herrschenden Auffassung zufolge sind insbesondere die EuGH-Entscheidungen „Oosthoek“, „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“ durch die „Keck-Entscheidung“ überholt.<sup>1198</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Auffassung handelt es sich bei den in Deutschland bestehenden wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen bei der Verwendung der Fernkommunikationstechniken Telefon, Telefax und E-mail zu Zwecken des Direktmarketing um Regelungen „bestimmter Verkaufsmodalitäten“.

Zu demselben Ergebnis wie die herrschende Meinung dürfte vorliegend auch die Auffassung gelangen, die die „Keck“-Doktrin ablehnt und statt dessen die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums fordert. Art. 28 EGV sei nur auf Regelungen anwendbar, die den grenzüberschreitenden Warenverkehr spürbar beschränken.<sup>1199</sup> Nach der Ansicht von Sack<sup>1200</sup> werden sich staatliche Regelungen von Verkaufsmodalitäten

---

WRP 1996, 79, 84; ders. Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 123; Lüder, EuZW 1996, 615, 620; Matthies, Festschrift für Ulrich Everling, Band I, Due, Lutter, Schwarze (Hrsg.), Baden-Baden 1995, S. 803, 812; Möschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, NJW 1994, 429, 430; Mülbart, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), 2, 27; Petschke, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, 107, 111; Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 418; Remien, JZ 1994, 349, 352; Reuthal, Verstößt das deutsche Irreführungsverbot gegen Art. 30 EGV, WRP 1997, 1154, 1156; Schrick, MMR 2000, 399, 403; Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 29; Ullmann, Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, 928, 934.

<sup>1196</sup> Vgl. die beispielhafte Aufzählung produktbezogener Regelungen durch den EuGH in seiner „Keck“-Entscheidung, Urteil vom 24.11.1993, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131, Rdn. 15.

<sup>1197</sup> So war im Fall „Mars“ die konkrete Werbemaßnahme gegenständlich mit der Ware - ihrer Verpackung - verbunden: vgl. EuGH, Urteil vom 6. 07.1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923 ff. („Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. / Mars GmbH“). Im Fall „Clinique“ zwangen nationale Bestimmungen zur Veränderung der Warenbezeichnung: vgl. EuGH, Urteil vom 2.02.1994, Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317 ff. („Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen Clinique Laboratoires SNC und Estée Lauder Cosmetics GmbH“).

<sup>1198</sup> So z.B.: Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 627; Bornkamm, Anm. zum „Keck“-Urteil, GRUR 1994, 297, 298; Joliet, GRUR Int. 1994, 979, 986; Remien, JZ 1994, 349, 352; Sack, Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art. 30 EG-Vertrag, EWS 1994, 37, 43; Kotthoff, WRP 1996, 79, 84.

<sup>1199</sup> Sack, WRP 1998, 103, 116 ff.; ders. GRUR 1998, 871, 873; ders. „Beurteilung irreführender Werbung für Importfahrzeuge aus EG-Staaten“, WRP 2000, 23, 28; Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1254; GA Jacobs in seinem Schlussantrag im Fall „Leclerc-Siplec“, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 196, Rdn. 44, der allein in bezug auf nicht-diskriminierende Regelungen das Erfordernis einführen möchte, dass die gegenwärtige oder potentielle Beschränkung des Marktzugangs wesentlich sein muss. Vgl. auch Fezer, JZ 1994, 317, 324, der in bezug auf Beschränkungen grenzüberschreitender Werbung aber wohl Spürbarkeit annimmt.

<sup>1200</sup> WRP 1998, 103, 118.

dalitäten allerdings in der Regel nicht spürbar auf den Absatz ausländischer Waren auswirken. Wenn ein Mitgliedstaat bestimmte Formen der Werbung verbiete, so stünden in aller Regel noch genügend andere Formen der Werbung zur Verfügung, mit denen ein Produkt (fast) ebenso wirksam angepriesen werden könne.<sup>1201</sup> Bei dem Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung dürfte es sich unter Zugrundelegung dieser Auffassung um eine Maßnahme handeln, die keine spürbaren Auswirkungen auf den Absatz ausländischer Waren hat. Schließlich stehen den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten beliebige andere Werbeformen, etwa per Brief oder durch Anzeigen in Zeitschriften u.ä., zur Verfügung. Außerdem bleibt dem Werbetreibenden unbenommen, zuvor das Einverständnis des Umworbenen einzuholen und dann Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung zu betreiben.

### 3.1.2. Die Gegenansicht

Die Gegenansicht sieht staatliche Regelungen, die grenzüberschreitende Werbung beschränken, mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen als nach wie vor von Art. 28 EGV erfasst an.<sup>1202</sup>

Vertreter dieser Auffassung berufen sich zum Teil gerade auf die Entscheidungen „Oosthoek“, „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“, die verschiedene Varianten grenzüberschreitender Werbung betrafen. Wenn der EuGH von diesen Entscheidungen hätte abweichen wollen, hätte er dies deutlich machen müssen.<sup>1203</sup>

Andere machen geltend, dass das „Keck“-Urteil vor dem besonderen tatsächlichen Hintergrund des Ausgangsverfahrens zu lesen sei. Der Fall habe im Gegensatz zu der Rechtssache „Yves Rocher“ einen reinen Inlandssachverhalt betroffen. Eine Behinderung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs habe nicht zur Rede gestanden. Das „Keck“-Urteil habe nur zur Folge, dass der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV in der Sache auf Fälle mit Auslandsbezug reduziert werde. Die Entscheidungen

<sup>1201</sup> Im Ergebnis wohl ebenso GA Jacobs in seinem Schlussantrag im Fall „Leclerc-Siplec“, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, Rdn. 52 ff. hinsichtlich der Auswirkungen des Verbots der Fernsehwerbung für den Sektor des Vertriebs.

<sup>1202</sup> Vgl. z.B.: Arndt, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188, 190; Ackermann, RIW 1994, 189, 194; Axter, Der freie Warenverkehr innerhalb der Europäischen Union und das nationale Wettbewerbsrecht: Quo vadis EuGH, Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, Pfeiffer, Wiese, Zimmermann (Hrsg.), München 1994, S. 21, 39; Basedow, EuZW 1994, 225; Classen, EWS 1995, 97, 100; Dausen, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425, 428; Ebenroth, Festschrift für Piper, S. 133, S. 161 ff.; Fezer, JZ 1994, 317, 323; Kieninger, EWS 1998, 277, 284; Meyer, GRUR Int. 1996, 98, 100; ders. WRP 1994, 100, 101; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 175; Leible/Sosnitza, GRUR 1995, 799, 801; dies. K&R 1998, 283, 287; Leible, WRP 1997, 517, 521; Perau, Die „Clinique“-Entscheidung des EuGH, ZIP 1994, 513; Reich, Anm. zum „Keck“-Urteil, ZIP 1993, 1815, 1818; Schroeder/Federle, ZIP 1994, 1428, 1434; Steindorff, ZHR 158 (1994) 149, 163 f.; ders. EG-Vertrag, S. 102, 181; Stuyck, WRP 1994, 578, 583.

<sup>1203</sup> So Fezer, JZ 1994, 317, 321, insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung „Yves Rocher“.

„Oosthoek“, „GB-INNO“ und „Yves Rocher“, die grenzüberschreitende Marketingstrategien betrafen, würden daher weiter gelten.<sup>1204</sup>

Auch durch eine weite Auslegung der vom EuGH im 15. Erwägungsgrund der „Keck“-Entscheidung beschriebenen produktbezogenen Warenmodalitäten versuchen manche Autoren zu rechtfertigen, dass Art. 28 EGV auch nach der „Keck“-Entscheidung noch auf staatliche Beschränkungen grenzüberschreitender Werbung anwendbar sei. So schlägt *Fezer*<sup>1205</sup> vor, Ware, Werbung und Vertriebsmethode als einen Komplex unternehmerischer Leistung anzusehen und als „Produkteinheit“ zu behandeln. Regelungen, die zur Modifizierung einer grenzüberschreitenden Werbestrategie führen, wären danach gleichsam als Verkaufsmodalitäten mit Produktbezug aufzufassen, die - anders als reine Verkaufsmodalitätenregelungen - unter das Verbot des Art. 28 EGV zu subsumieren seien.<sup>1206</sup> In die gleiche Richtung ging die Ansicht von Generalanwalt *Tesauo*, dem zufolge der Zwang eines Wirtschaftsteilnehmers „la veste commerciale“ (Marketing) der eingeführten Ware zu ändern, zur Anwendung der „Cassis de Dijon“-Grundsätze führe.<sup>1207</sup>

Andere wollen die Anwendung des Art. 28 EGV von der konkreten Gestaltung des jeweils zu beurteilenden Sachverhalts abhängig machen. Mitgliedstaatliche Vorschriften seien dann vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV erfasst, wenn sie einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Hersteller oder Vertreiber in seiner „Euro-Marketing-Strategie“ beschränken.<sup>1208</sup> Von Euro-Marketing spricht man, wenn sich ein Wirtschaftsteilnehmer zum flächendeckenden Vertrieb von Waren- und Dienstleistungen im Unionsgebiet einer einheitlichen Marketingstrategie für den Raum der Europäischen Union bedient.<sup>1209</sup> Nationale Werbebeschränkungen führten in diesen Fällen dazu, dass eine gemeinschaftsweite Werbekonzeption erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht werde, weil der Wirtschaftsteilnehmer diese an

<sup>1204</sup> So Schroeder/Federle, ZIP 1994, 1428, 1430; Arndt, Warenverkehrsfreiheit und nationale Verkaufsbeschränkungen, ZIP 1994, 188; Basedow, EuZW 1994, 225; ähnlich Meyer, GRUR Int. 1996, 98, 100; Stuyck, WRP 1994, 578, 583.

<sup>1205</sup> JZ 1994, 317, 323. Fezer unterscheidet daher zwischen reinen und produktbezogenen Verkaufsmodalitäten und hält im letzten Fall Art. 28 EGV für anwendbar.

<sup>1206</sup> Im Ergebnis ebenso: Ebenroth, FS für Piper, S. 133, 162; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 175; Roth, Festschrift für Großfeld, S. 929, 951. Ähnlich auch Steindorff, ZHR 158 (1994) 149, 167, der zu den Regelungen über Verkaufsmodalitäten nur staatliche Normen zählt, die nicht die Aktionsparameter des ausländischen Anbieters, namentlich sein Produkt und die Vertriebsleistung einschließlich Preis und Werbung, gestalten.

<sup>1207</sup> So GA Tesauo in seinem Schlussantrag vom 27.10.1993 in der Rechtssache „Hünormund“, Slg. 1993, I-6787, 6811, Rdn. 22. Die Entscheidung in der Rechtssache „Hünormund“ erging zwar zeitlich nach der Entscheidung „Keck“ vom 24.11.1993, der Schlussantrag von Generalanwalt Tesauo lag aber noch vor dem „Keck“-Urteil.

<sup>1208</sup> Leible, WRP 1997, 517, 521; ders. in Grabitz/Hilf, Das Recht der europäischen Union, Art. 28, Rdn. 28, 38; Fezer, JZ 1994, 317, 323; Perau, Die „Clinique“-Entscheidung des EuGH, ZIP 1994, 513; Roth, Festschrift für Großfeld, S. 929, 951; Steindorff, EG-Vertrag, S. 181 f.; wohl auch Meyer, WRP 1994, 100, 101. Im Ergebnis ebenso: Adrian, Juristische Methodenlehre und die „Keck-Entscheidung“ des EuGH, EWS 1998, 288, 293, der Art. 28 EGV für anwendbar hält, wenn verschiedene nationale Rechtsordnungen verschiedene Absatzsysteme erzwingen. So auch Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 97.

<sup>1209</sup> So die Definition von Kotthoff, WRP 1996, 79; ähnlich Fezer, JZ 1994, 317, 323.

die jeweiligen werberechtlichen Besonderheiten der einzelnen Mitgliedstaaten anzupassen habe. Hierdurch könnten zusätzliche Kosten entstehen und Marktzutrittschranken errichtet werden. Der EuGH habe auch nach der „Keck“-Entscheidung in den Entscheidungen „Clinique“<sup>1210</sup> und „Mars“<sup>1211</sup> aus der bloßen Tatsache, dass eine staatliche Maßnahme den Import durch die Notwendigkeit „zusätzlicher Verpackungs- und Werbungskosten“ verteuere, das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung abgeleitet.<sup>1212</sup>

Innerhalb der Gegenansicht besteht allerdings Streit über die Frage, ob die Anwendung des Art. 28 EGV bei werbebeschränkenden Regelungen zur Voraussetzung hat, dass tatsächlich ein grenzüberschreitender Vertrieb von Waren erfolgt. Nach einer Auffassung soll es sich bei einer nationalen Regelung, die die Art und Weise einer Werbung regelt, dann um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ handeln, wenn die aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Ware bereits auf den inländischen Markt gelangt sei. In diesem Fall gelten für deren Vertrieb die gleichen Voraussetzungen wie für inländische Ware.<sup>1213</sup>

Unter Zugrundelegung der Gegenansicht handelt es sich bei dem deutschen Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung jedenfalls dann um eine Warenverkehrsbehinderung i.S.d. Art. 28 EGV, wenn der ausländische Anbieter der zu importierenden Ware gezwungen wird, seine europaweite bzw. grenzüberschreitende Werbestrategie zu ändern. So halten *Leible* und *Sosnizza*<sup>1214</sup> den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV dann für eröffnet, wenn ein in Holland ansässiges Unternehmen seine Produkte nur im Wege des telefonischen Direktmarketing vertreibt, weil es sein Vertriebssystem für Deutschland anders gestalten müsse, wenn es auch hier Waren absetzen wolle.

---

<sup>1210</sup> EuGH, Urteil vom 2.02.1994, Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317, 337, Rdn. 19 („Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen Clinique Laboratoires SNC und Estée Lauder Cosmetics GmbH“).

<sup>1211</sup> EuGH, Urteil vom 6. 07.1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, 1941, Rdn. 13 („Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. ./ Mars GmbH“).

<sup>1212</sup> Stuyck, WRP 1994, 578, 584, dem zufolge aus den Entscheidungen „Clinique“ und „Mars“ folge, dass die Entscheidungen „Oosthoek“, „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“ weiter gelten.

<sup>1213</sup> Leible in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV, Rdn. 28, der allerdings dann keinen tatsächlich grenzüberschreitenden Vertrieb fordert, wenn ein Hersteller für den gesamten europäischen Markt ein einheitliches Werbekonzept erarbeitet habe. Restriktiv auch Roth, Festschrift für Großfeld, S. 929, 951: Art. 28 EGV gelte nur für die ausländischen Hersteller der zu importierenden Ware. Roth hält Art. 28 EGV im Fall „Yves Rocher“ deshalb nicht für anwendbar, weil die von der Muttergesellschaft konzipierte Werbekampagne von der inländischen Tochter geschaltet worden sei und daher keine grenzüberschreitende Werbestrategie vorgelegen habe.

<sup>1214</sup> K&R 1998, 283, 287.

### 3.1.3. Stellungnahme

Die Argumente der Gegenansicht vermögen nicht zu überzeugen.

Aus der Tatsache, dass der EuGH in seinem „Keck“-Urteil die Entscheidungen „Oosthoek“, „GB-INNO-BM“ und „Yves Rocher“ mit keinem Wort erwähnt hat, kann nicht gefolgert werden, dass diese Entscheidungen weiterhin Gültigkeit haben sollen. Der Gerichtshof hat vielmehr „entgegen der bisherigen Rechtsprechung“ Art. 28 EGV nicht mehr auf staatliche Beschränkungen bestimmter Verkaufsmodalitäten anwenden wollen<sup>1215</sup> und dabei kein einziges Beispiel dafür genannt, von welchen Entscheidungen er abweichen wollte. *Joliet*<sup>1216</sup> begründet das Schweigen des Gerichtshofs damit, dass die Urteile zu Art. 28 EGV in die Hunderte gehen; um zu präzisieren, welche von ihnen jeden Wert verloren haben, hätte der EuGH sie erneut überprüfen müssen.

Zwar ist es zutreffend, dass sowohl der Sachverhalt in der Rechtssache „Keck“ als auch in der Rechtssache „Hünernmund“<sup>1217</sup> kein konkretes grenzüberschreitendes Element aufgewiesen haben; hieraus lässt sich aber nicht folgern, dass die „Keck“-Entscheidung allein im Lichte des entschiedenen Sachverhaltes zu interpretieren sei. Die Bedeutung der Entscheidung reicht vielmehr über den Ausgangsfall hinaus.<sup>1218</sup> Der Gerichtshof hat seine Entscheidungen stets unabhängig davon getroffen, ob es sich im konkreten Fall um einen reinen Inlandssachverhalt handelte oder nicht. Zwar sind reine Inlandssachverhalte nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen;<sup>1219</sup> dies ändert aber nichts daran, dass eine Norm, die in einem Fall „nur“ einen Inlandssachverhalt regelt, im nächsten Fall eine Situation mit Bezug zu anderen Mitgliedstaaten betrifft.<sup>1220</sup> Der EuGH sah dies regelmäßig als ausreichend an, um - unabhängig von der Sachverhaltskonstellation im konkret zu entscheidenden Fall - eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu bejahen. Die Feststellung, ob es sich um einen Inlands- oder Auslands-sachverhalt handelt, sieht der EuGH nicht als seine Aufgabe an und überlässt sie den nationalen Gerichten.<sup>1221</sup>

<sup>1215</sup> EuGH, Slg. 1993, I-6097, 6131, Rdn. 16 („Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“).

<sup>1216</sup> GRUR Int. 1994, 979, 986.

<sup>1217</sup> EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787 ff. („Ruth Hünernmund u.a. gegen Landesapothekerkammer Baden-Württemberg“).

<sup>1218</sup> So auch Petschke, Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1994, 107, 108; Klauer, Europäisierung des Privatrechts, S. 408.

<sup>1219</sup> So ausdrücklich EuGH, Urteil vom 15.12.1982, Rs. 286/81, Slg. 1982, 4575, 4586, Rdn. 9 („Strafverfahren gegen Oosthoek`s Uitgeversmaatschappij BV“).

<sup>1220</sup> Auf diesen Umstand weisen hin: *Joliet*, GRUR Int. 1994, 979, 985; Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 89.

<sup>1221</sup> EuGH, Urteil vom 14.07.1988, Rs. 298/87, Slg. 1988, 4489, 4510, Rdn. 9 („Vergleichsverfahren gegen Smanor SA“); EuGH, Urteil vom 5.12.2000, Rs. C-448/98, EuZW 2001, 158, 160, Rdn. 22 („Jean-Pierre Guimont“).

Im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH steht die Auffassung, nach der Werbebeschränkungen, die zur Modifizierung grenzüberschreitender Werbestrategien zwingen, produktbezogene Regelungen seien. Der EuGH nimmt die Abgrenzung zwischen produktbezogenen Warenmodalitäten und bestimmten Verkaufsmodalitäten anders vor.<sup>1222</sup> Er hat seit der „Keck“-Entscheidung bereits mehrfach staatliche Werbebeschränkungen vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ausgenommen, weil es sich um Regelungen „bestimmter Verkaufsmodalitäten“ handelte.<sup>1223</sup> Dabei ging es insbesondere in der Rechtssache „De Agostini“ um die Durchführung eines europaweiten Marketingkonzepts.

Schließlich ist der Ansicht nicht zu folgen, nach der eine Regelung bestimmter Verkaufsmodalitäten dann nicht mehr vorliegen soll, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer zur Diversifizierung seiner „Euro-Marketing“-Strategie für verschiedene Mitgliedstaaten gezwungen werde. Das Kriterium des „Euro-Marketing“ ist nicht geeignet, den Begriff der Regelungen von Verkaufsmodalitäten in sachgerechter Weise einzugrenzen, da jede staatliche Regelung des Wirtschaftslebens derartige Diversifizierungszwänge zur Folge haben kann.<sup>1224</sup> Wäre diese Auffassung zutreffend, könnten Regelungen als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ eingestuft werden, die nach ganz überwiegender Auffassung als Verkaufsmodalitäten im Sinne der „Keck“-Entscheidung zu qualifizieren sind,<sup>1225</sup> nur weil im konkreten Einzelfall die Anwendung dieser Norm eine bestimmte Strategie der Vermarktung betrifft. So weist *Kotthoff*<sup>1226</sup> zutreffend darauf hin, dass auch der in der „Keck“-Entscheidung betroffene Verkauf zum Verlustpreis sich zum Gegenstand einer europaweiten Vertriebsstrategie erheben ließe.<sup>1227</sup> Die Folge wäre, dass sich für keine Vorschrift generell bestimmen ließe, ob sie eine Regelung von Verkaufsmodalitäten ist oder nicht. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge.

Des weiteren führt der „Euro-Marketing“-Ansatz auch zu schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen einer im Rahmen des Art. 28 EGV relevanten „Euro-Marketing“-Kampagne und einer „einfachen“ grenzüberschreitenden Werbestrategie. Beschränkungen des „Euro-Marketing“ können daher allenfalls dann von Art. 28 EGV erfasst sein, sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus

<sup>1222</sup> So auch Günther, CR 1999, 172, 177; Sack, WRP 1998, 103, 107; Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 111.

<sup>1223</sup> So. z.B.: EuGH, Urteil vom 15.12.1993, Rs. C-292/92, Slg. 1993, I-6787, 6823, Rdn. 21 („Ruth Hünermund u.a. gegen Landesapothekerkammer Baden-Württemberg“); EuGH, Urteil vom 9.02.1995, Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 217, Rdn. 22 („Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA“); EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3890, Rdn. 39 f. („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1224</sup> So ausdrücklich Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 108.

<sup>1225</sup> Z.B. die Regelungen betreffend das Sonntagsverkaufsverbot, vgl. EuGH, Urteil vom 20.06.1996, verbundene Rs. C-418/93, C-419/93 u.a., Slg. 1996, I-2975 („Semeraro Casa Uno Srl u.a. gegen Sindaco de Comune di Erbusco u.a.“-„Verbot der Ausübung bestimmter geschäftlicher Tätigkeiten an Sonn- und Feiertagen“).

<sup>1226</sup> Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 109, Fn. 178.

<sup>1227</sup> Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 98, hält den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit in diesem Fall für eröffnet.

anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berühren.<sup>1228</sup> Hierauf wird an einer späteren Stelle eingegangen werden.

Die Vertreter des „Euro-Marketing“-Ansatzes können sich zur Begründung ihrer Auffassung zudem auch nicht auf die Entscheidungen „Clinique“<sup>1229</sup> und „Mars“<sup>1230</sup> berufen. Diese Entscheidungen betrafen beide produktbezogenen Maßnahmen: Nationale Bestimmungen zwangen im Fall „Clinique“ zur Veränderungen der Warenbezeichnung und in der Sache „Mars“ zu einer Veränderung der Verpackung. Derartige Regelungen sind auch nach der „Keck“-Entscheidung von Art. 28 EGV erfasst. Der Grund hierfür ist, dass es sich um Maßnahmen handelt, deren Anwendung zusätzliche Kosten für die Hersteller oder Importeure dadurch verursacht, dass diese ihre gemeinschaftsweite Werbemethode jeweils an die Erfordernisse der nationalen Gesetzgebung anzupassen und diesen in der Präsentation ihrer Produkte Rechnung zu tragen haben. Hierdurch wird der grenzüberschreitende Warenverkehr unmittelbar beeinträchtigt.<sup>1231</sup> Für eine Verallgemeinerung dergestalt, dass auch werbungsgebundene Kosten (neue Prospekte, neue Fernsehspots usw.) die strenge Kontrolle nach Art. 28 EGV auslösen, bieten die Entscheidungen keine Anhaltspunkte.<sup>1232</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH können nationale Werberegulungen demnach eine Doppelnatur haben, denn je nach Fallgestaltung kann sich die Vorschrift auf das Produkt selbst auswirken oder nur eine Modalität der Vermarktung betreffen. Im Gegensatz zu dem „Euro-Marketing“-Ansatz ist aber kein Verlust an Rechtssicherheit zu befürchten. Es ist ohne weiteres feststellbar, ob die jeweilige Verbotsnorm die Eigenschaft der Ware selbst betrifft oder nicht, so dass für die Wirtschaftsteilnehmer stets Gewissheit über die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV besteht.<sup>1233</sup>

Im Ergebnis ist daher der herrschenden Meinung zu folgen. Bei Beschränkungen grenzüberschreitender Marketingstrategien handelt es sich nur dann nicht um „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i.S.d. „Keck“-Rechtsprechung, wenn sich die Anwendung der Werberegulung auf das Produkt selbst auswirkt und die Abänderung der Marketingstrategie sich daher nicht ohne eine Änderung der Ware selbst vollziehen könnte. Bei dem Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung gem. § 1 UWG handelt es sich demgegenüber um eine Maßnahme die mit

<sup>1228</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, 6131, Rdn. 16 („Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“).

<sup>1229</sup> EuGH, Urteil vom 2.02.1994, Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317, 337, Rdn. 19 („Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen Clinique Laboratoires SNC und Estée Lauder Cosmetics GmbH“).

<sup>1230</sup> EuGH, Urteil vom 6. 07.1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, 1941, Rdn. 13 („Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. ./ Mars GmbH“).

<sup>1231</sup> So ausdrücklich Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 29. Im Ergebnis ebenso: Lüder, EuZW 1996, 615, 620; Freund, Keck und die Folgen, JA 1997, 716, 721.

<sup>1232</sup> Im Ergebnis ebenso: Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 29; Sack, WRP 1998, 103, 107; ders. GRUR 1998, 871, 873; Kotthoff, WRP 1996, 79, 83. A.A.: Steindorff, EG-Vertrag, S. 182, der kritisiert, dass es keinen Sinn machen könne, wenn Werbung nach Art. 28 EGV unterschiedlich beurteilt werden solle, je nachdem, ob sie auf dem Produkt selbst oder unabhängig davon verbreitet werde. So auch Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 416, die diese Unterscheidung des EuGH für nicht überzeugend hält.

<sup>1233</sup> So auch Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 111 f.

der vermarkteten Ware nicht körperlich verbunden ist, und damit um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“.

### 3.1.4. Die Bedeutung der Entscheidung „Alpine Investments BV“

Aus der Entscheidung „Alpine Investments BV“<sup>1234</sup> könnte sich jedoch ergeben, dass das Verbot der telefonischen Kontaktaufnahme ohne vorherige Zustimmung des Angerufenen (sog. cold calling) nicht als „bestimmte Verkaufsmodalität“ i.S.d. „Keck“-Entscheidung anzusehen ist.<sup>1235</sup> Dem Urteil lag freilich ein Fall der grenzüberschreitenden Dienstleistungsbeschränkung zugrunde. Die Alpine Investments BV, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, war eine in den Niederlanden ansässige, auf Warenterminverträge spezialisierte Gesellschaft. Der niederländische Minister der Finanzen sprach ihr gegenüber das Verbot aus, mit Privatleuten ohne deren vorherige schriftliche Zustimmung telefonisch Kontakt aufzunehmen, um diesen verschiedenen Finanzdienstleistungen anzubieten. Der EuGH hatte sich in seinem Urteil mit der Frage zu beschäftigen, ob das Verbot des „cold calling“ gegenüber in anderen Mitgliedstaaten als den Niederlanden ansässigen Personen eine unzulässige Beschränkung der in Art. 49 EGV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit darstellt.

Auf die Bedeutung dieser Entscheidung für die Beurteilung staatlicher Werbebeschränkungen am Maßstab des Art. 49 EGV wird noch an späterer Stelle eingegangen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist vielmehr auf die im 36. Erwägungsgrund enthaltene Feststellung des EuGH hinzuweisen, wonach „ein solches Verbot nicht den Regelungen der Verkaufsmodalitäten entspricht, die nach der Rechtsprechung Keck und Mithouard dem Anwendungsbereich des Art. 30 EWGV<sup>1236</sup> entzogen sind“.

Diese Feststellung des EuGH ist aber vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhaltes zu sehen. Die Besonderheit des vom Gerichtshof zu entscheidenden Falles lag nämlich darin, dass das Verbot des „cold calling“ von dem Staat erlassen worden ist, in dem der Leistungserbringer ansässig ist (Herkunftsland) und nicht von dem Mitgliedstaat, in dem der potentielle Leistungsempfänger ansässig ist (Bestimmungsland). Demgegenüber ist die „Keck“-Entscheidung für Behinderungen von Verkaufsmodalitäten durch das Bestimmungsland von Bedeutung.

Dies ist auch die Begründung, mit der der EuGH in der Entscheidung „Alpine Investments BV“ das Vorliegen einer Regelung von Verkaufsmodalitäten i.S.d.

<sup>1234</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 ff. („Alpine Investments BV./Minister van Financiën”).

<sup>1235</sup> So wohl Müller-Graff in GTE, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30 EGV, Rdn. 256. Ebenso Steindorff, EG-Vertrag, S. 209: „Vor allem das Urteil Alpine Investments zeigt, dass Keck dort nicht einschlägig ist, wo staatliche Normen einen Handlungsparameter einschränken, der ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden darstellt.“

<sup>1236</sup> Anm.: Art. 28 EGV n.F.

„Keck“-Rechtsprechung ablehnte.<sup>1237</sup> Der EuGH nahm auf seine „Keck“-Entscheidung Bezug und stellte dabei klar, dass die nationalen Bestimmungen im Sinne dieser Rechtsprechung „im Gebiet des Einfuhrmitgliedstaates bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten“ müssen.<sup>1238</sup> Im Anschluss hieran führte er dann aus: „Ein Verbot, wie das hier streitige, geht aber von dem Mitgliedstaat aus, in dem der Leistungserbringer ansässig ist, und betrifft nicht nur die Angebote, die er Leistungsempfängern gemacht hat, die im Gebiet dieses Staates ansässig sind oder sich dorthin begeben, sondern auch die Angebote an Leistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat. Aus diesem Grund beeinflusst es unmittelbar den Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten. Es ist daher geeignet, den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zu behindern.“<sup>1239</sup>

Die in der Rechtssache „Alpine Investments BV“ vorliegende Variante des Anwendungsbereichs von Art. 49 EGV für den Bereich der Dienstleistungen findet ihre Parallele auf dem Gebiet der Warenverkehrsfreiheit nicht in Art. 28 EGV, dem Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen, sondern in dem Verbot der mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkungen gem. Art. 29 EGV.<sup>1240</sup> Bei Ausfuhrbeschränkungen, hervorgerufen durch Regelungen des Herkunftslandes, ist die „Keck“-Doktrin nicht anwendbar.<sup>1241</sup>

Im Rahmen der vorliegenden Erörterungen geht es aber um die Fallgestaltung, dass im Ausland ansässige Gewerbetreibende in Deutschland unaufgeforderte Telefon-, Telefax- bzw. E-mail-Werbung betreiben. Das Verbot geht daher vom Bestimmungsland bzw. - in der Terminologie des EuGH - vom Einfuhrmitgliedstaat aus.<sup>1242</sup> Da die Entscheidung „Alpine Investments BV“ diesen Fall gerade nicht betrifft, lassen sich aus ihr auch keine Rückschlüsse dahingehend ziehen, dass es sich bei dem in Deutschland bestehenden Verbot der unaufgeforderten Werbung mittels teletechnischen Kommunikationsmedien nicht um eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ handelt.

<sup>1237</sup> So auch die Interpretation der Entscheidung von Sack, WRP 1998, 103, 112; Reich, EuZW 1995, 407, 408, Kort, JZ 1996, 132, 138; Lüder, EuZW 1996, 615, 618.

<sup>1238</sup> 37. Erwägungsgrund des Urteils vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1178, Rdn. 38 („Alpine Investments BV./Minister van Financiën”).

<sup>1239</sup> 38. Erwägungsgrund des Urteils vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1178, Rdn. 38 („Alpine Investments BV./Minister van Financiën”).

<sup>1240</sup> Sack, WRP 1998, 103, 112; ders. GRUR 1998, 871, 874.

<sup>1241</sup> Dethloff, IPRax 1999, 347, 349; Sack, WRP 1998, 103, 112; Lüder, EuZW 1996, 615, 618, der dies aus der Entscheidung „Alpine Investments BV“ folgert.

<sup>1242</sup> So EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1177, Rdn. 37 („Alpine Investments BV ./ Minister van Financiën”).

### 3.2. Die fehlende Benachteiligung von Waren und Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten

Nach der „Keck“-Entscheidung sind Regelungen über bestimmte Verkaufsmodalitäten nur mit zwei Einschränkungen von Art. 28 EGV ausgenommen. Erstens müssen die Regelungen „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben“, und zweitens müssen diese Regelungen „den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren“.<sup>1243</sup>

Die zuerst genannte Einschränkung ist dahingehend zu interpretieren, dass alle Unternehmen gemeint sind, „die ihre Tätigkeit im Inland ausüben“, d.h. in gleicher Weise inländische wie ausländische Unternehmen.<sup>1244</sup>

Gemäß der zweiten Einschränkung, ist das in Deutschland geltende Verbot der unangeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung nur dann nicht vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV erfasst, wenn es den Absatz inländischer Erzeugnisse und den von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten vor allem „tatsächlich in gleicher Weise“ berührt. Dies ist angesichts der Feststellung des Gerichtshofs, dass das Verbot der Telefonwerbung den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten nimmt,<sup>1245</sup> fraglich.

Im Schrifttum sind bereits verschiedene Ansätze zur Klärung der Frage entwickelt worden, wann ausländische Wirtschaftsteilnehmer durch eine nationale Bestimmung tatsächlich stärker belastet werden als einheimische Wirtschaftsteilnehmer.<sup>1246</sup> Im Rahmen der vorliegenden Arbeit verdienen vor allem die Ansichten Beachtung, die bestimmte Kriterien entwickelt haben, um die Frage der Anwendung des Art. 28 EGV bei nationalen werbebeschränkenden Maßnahmen zu beantworten.

#### 3.2.1. Benachteiligung bei der Durchführung einer „Euro-Marketing“-Strategie

Eine beachtliche Anzahl von Stimmen in der Literatur sehen in einer Vorschrift des Einfuhrstaates, die es dem Einführenden verwehrt, europaweit dieselbe Marketingstrategie zu verfolgen, und ihn deshalb zur Änderung der Werbung zwingen, eine Benachteiligung der mit dieser Strategie vermarkteten Produkte gegenüber inländi-

<sup>1243</sup> EuGH, Slg. 1993, I-6097, 6131, Rdn. 16.

<sup>1244</sup> Sack, WRP 1998, 103, 108 unter Berufung auf EuGH, Urteil vom 29.06.1995, Rs. C-391/92, Slg. 1995, I-1621 ff. („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Griechische Republik“, Verbot des Verkaufs von verarbeiteter Milch für Säuglinge außerhalb von Apotheken“).

<sup>1245</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, EuZW 1995, 404, 405, Rdn. 28 („Alpine Investments BV ./ Minister van Financien“).

<sup>1246</sup> Vgl. hierzu ausführlich: Heermann, WRP 1999, 381, 384 ff. m.w.N.; ders. GRUR Int. 1999, 579, 583 f.

schen Waren. Es wird vor allem darauf hingewiesen, dass die Notwendigkeit einer Diversifizierung der „Euro-Marketing“-Strategie zusätzliche Kosten verursache bzw. die Kostenvorteile grenzüberschreitender Werbung entfielen. Dies stelle eine tatsächliche Diskriminierung ausländischer Anbieter dar; denn einem nur auf dem Inlandsmarkt tätigen Konkurrenten entstünden diese Mehrkosten nicht.<sup>1247</sup> Nach dieser Auffassung ist die bloße Behauptung von Anpassungskosten nicht ausreichend. Vielmehr müssten diese von dem Wettbewerber, der durch eine einzelstaatliche Maßnahme seine innergemeinschaftlichen Handelsaktivitäten im Vergleich zum Absatz inländischer Erzeugnisse ungleich berührt sehe, im Zweifel auch bewiesen werden.<sup>1248</sup>

Der Ausgangspunkt dieser Argumentation ist zutreffend. Wenn beispielsweise eine von einem anderen Mitgliedstaat aus agierende Gesellschaft ihr zentral durchgeführtes Werbekonzept über sprachliche Abweichungen hinaus an die strengeren gesetzlichen Rahmenbedingungen des anderen Mitgliedstaates anpassen muss, wird dies Anpassungskosten verursachen.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass sie zwei Sachverhalte miteinander vergleicht, die sich nicht miteinander vergleichen lassen. *Kotthoff* weist zutreffend darauf hin, dass sich die „Euro-Marketing-These“ bei näherem Hinsehen als das Ergebnis eines Vergleichs zwischen Äpfeln und Birnen entpuppt. Gegenübergestellt werden nämlich die globale Strategie des ausländischen Wirtschaftsteilnehmers und die lokale Strategie des inländischen Unternehmers. Dabei liege es auf der Hand, dass für den Unternehmer, der seine Produkte nur auf einem lokalen Markt vertreiben wolle, keine rechtliche Notwendigkeit zur Verwendung unterschiedlicher Absatzstrategien bestehe.<sup>1249</sup> Vergleicht man dagegen das „Euro-Marketing“ des Importeurs mit den europaweiten Vermarktungsbestrebungen seines inländischen Konkurrenten, so zeigt sich, dass letzterer bei globaler Betrachtung des europäischen Gesamtmarktes denselben Diversifikationszwängen unterliegt und für seine Strategie dieselben Kosten aufwenden muss. Damit ist für beide der Marktzugang auch zum inländischen Markt mit vergleichbaren Hindernissen verbunden.<sup>1250</sup>

---

<sup>1247</sup> Ackermann, RIW 1994, 189, 194; Dethloff, IPRax 1999, 347, 350; Fezer, JZ 1994, 317, 323; Gundel, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, JURA 2001, 79, 84; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 174, 178; Schroeder/Federle, ZIP 1994, 1428, 1429; Meyer, GRUR Int. 1996, 98, 100; ders., WRP 1994, 100, 101; Kieninger, EWS 1998, 277, 284; Leible/Sosnitza, GRUR 1995, 799, 801; Leible, EuZW 2001, 253, 254; ders. in Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV, Rdn. 28; Ebenroth, Festschrift für Piper, S. 133, 167; wohl auch Roth, Festschrift für Großfeld, S. 929, 952; Steindorff, ZHR 158 (1994) 149, 167; GTE-Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30, Rdn. 259; Heermann, GRUR Int. 1999, 579, 585, der im Fall einer rechtlich und/oder insbesondere tatsächlichen Ungleichbehandlung das Vorliegen einer „bestimmten Verkaufsmodalität“ ablehnt und eine sog. „sonstige Verkaufsmodalität“ annimmt.

<sup>1248</sup> So ausdrücklich Heermann, WRP 1999, 381, 385; ders. GRUR Int. 1999, 579, 584.

<sup>1249</sup> Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 115.

<sup>1250</sup> Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 115; ders. WRP 1996, 79, 83; Sack, WRP 1998, 103, 107.

Schließlich stehen der „Euro-Marketing-These“ auch in diesem Zusammenhang die bereits oben dargelegten Argumente entgegen: Für die Frage der Anwendbarkeit des Art. 28 EGV auf eine die Werbung beschränkende Norm darf nicht auf die individuellen Verhältnisse jedes Einführers abgestellt werden. Ob dieser ein „einheitliches Werbekonzept“ vorweisen kann oder nicht, ist unerheblich, weil die Frage der Anwendbarkeit des Art. 28 EGV auf eine bestimmte Regelung nur in allgemeiner Weise und nur einheitlich für alle Importeure beantwortet werden kann.<sup>1251</sup>

Folglich stellen staatliche Maßnahmen zur Regelung bestimmter Verkaufsmodalitäten auch dann keine „Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.d. Art. 28 EGV dar, wenn sie einen Wirtschaftsteilnehmer zur Anpassung seiner „Euro-Marketing“-Strategie zwingen und diesem dadurch Anpassungskosten entstehen.

### 3.2.2. Beschränkung des Marktzugangs für eingeführte Waren

In dem in Deutschland bestehenden Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung könnte eine tatsächliche Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten liegen, weil sich die Werbebeschränkung gerade für den Marktzugang neuer Produkte aus anderen Mitgliedstaaten nachteiliger auswirken kann als für den Marktzugang inländischer Produkte. Generalanwalt *Jacobs* führte in diesem Zusammenhang aus, dass es ohne Werbung für einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Hersteller äußerst schwierig wäre, auf dem Markt eines anderen Mitgliedstaates Fuß zu fassen, auf dem seine Erzeugnisse zuvor noch nicht verkauft worden seien und daher bei den Verbrauchern keinen Namen hätten. Seiner Ansicht nach führten Maßnahmen, die Werbung verbieten oder stark einschränken, unausweichlich dazu, dass die inländischen Hersteller geschützt und die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Hersteller benachteiligt würden.<sup>1252</sup> Gerade auf Methoden der Direktwerbung könnten Hersteller und Händler in anderen Mitgliedstaaten aber angewiesen sein. *Müller-Graff*<sup>1253</sup> zufolge führe das Verbot des „cold calling“ dazu, dass für eine zulässige Leistung der Zugang zum Markt in einem anderen Mitgliedstaat erschwert werde. Wie im Falle eines generellen Werbeverbotes handele es sich bei einem solchen „spezifischen Marktzugangerschwerern“ um eine Maßnahme gleicher Wirkung.

In der Literatur wurde schon verschiedentlich darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit dann erfüllt sein müsse, wenn die werbebe-

<sup>1251</sup> So auch Matthies, Festschrift für Everling, Band I, Due, Lutter, Schwarze (Hrsg.), Baden-Baden 1995, Art. 30 EG-Vertrag nach Keck, S. 803, 812.

<sup>1252</sup> Schlussanträge in der Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 187, Rdn. 21 (“Société d’importation Édouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA”).

<sup>1253</sup> GTE-Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30 EGV, Rdn. 124.

schränkende Maßnahme zu einer Beschränkung des Marktzugangs der Ware führe.<sup>1254</sup>

Der EuGH hat diesbezüglich in seinem jüngst ergangenen Urteil zum schwedischen Werbeverbot für Alkohol Klarheit geschaffen.<sup>1255</sup> Der Gerichtshof nimmt in diesem Urteil zunächst auf den 17. Erwägungsgrund seiner „Keck“-Entscheidung Bezug. Hiernach fallen nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nur dann nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV, wenn sie nicht geeignet sind, den Marktzugang für Erzeugnisse aus einem anderen Mitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie es für inländische Erzeugnisse tun. Der EuGH gelangt dann zu der Feststellung, dass bei Erzeugnissen, wie alkoholischen Getränken, ein Verbot jeder an die Verbraucher gerichteten Werbung durch Anzeigen in der Presse oder durch Werbeeinblendungen in Rundfunk und Fernsehen, durch Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakattieren an öffentlichen Orten geeignet sei, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als es dies für inländische Erzeugnisse tue, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut sei. Diese Feststellung vermochte der EuGH auch ohne eine genaue Untersuchung der die Lage in Schweden kennzeichnenden tatsächlichen Umstände zu treffen, die im übrigen auch nicht dem EuGH sondern den nationalen Gerichten obliegen würde.<sup>1256</sup> Der Gerichtshof kommt dann zu dem Schluss, dass ein solches Werbeverbot die Vermarktung von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigt als die Vermarktung inländischer Erzeugnisse und daher ein Hemmnis für den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten darstelle, das in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV falle.<sup>1257</sup>

Der EuGH erkennt in diesem Urteil ausdrücklich die Marktzutritts- und durchdringungsfunktion von Werbung an und trägt mit seiner Entscheidung zur Klärung der Frage bei, wann bei werbebeschränkenden Maßnahmen eine „tatsächliche Ungleichbehandlung“ i.S.d. „Keck“-Rechtsprechung anzunehmen ist.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beschränkung in der Verwendung des Telefax-, des Telefons- und der E-mail kann nicht ohne weiteres von einer solchen tatsächlichen Ungleichbehandlung im Sinne dieser EuGH-Entscheidung ausgegangen werden.

<sup>1254</sup> Roth, Festschrift für Großfeld, S. 929, 948. Restriktiver: Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 30; Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 96, Grabitz/Hilf-Leible, Das Recht der Europäischen Union, Art. 28 EGV, Rdn. 30, die eine Verspernung des Marktzugangs fordern. Vgl. auch Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge in der Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 195 ff., Rdn. 41 ff. („Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA“), der bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen auf eine wesentliche Beschränkung des Marktzugangs abstellen möchte.

<sup>1255</sup> EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251 ff., mit Anm. Leible, S. 253 ff. („Konsumentenombudsmannen [KO]/Gourmet International Products AB [GIP]“) noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.

<sup>1256</sup> EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251, 252, Rdn. 21.

<sup>1257</sup> EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251, 252, Rdn. 25. Der EuGH folgt damit in Bezug auf generelle Werbeverbote der Auffassung, die Generalanwalt Jacobs bereits 1994 in Sachen „Leclerc-Siplec“ vertreten hat, vgl. seine Schlussanträge in der Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 198, Rdn. 50.

Beim Verbot der unaufgeforderten Telefax-, Telefon- und E-mail-Werbung handelt es sich nicht um ein mit einem generellen Werbeverbot vergleichbares spezifisches Marktzugangserschwerbnis. Das Verbot der unaufgeforderten Werbung mittels bestimmter Fernkommunikationsmittel stellt eine nur partielle Werbebeschränkung dar, die lediglich eine bestimmte Form der Förderung des Absatzes einer Ware betrifft. Für den Werbetreibenden besteht weiterhin die Möglichkeit, sich Zugang zum deutschen Markt zu verschaffen und seine Waren den deutschen Verbrauchern bekannt zu machen. Auch der EuGH zählt in seinem Urteil das Verbot der Werbung durch den Direktversand nicht angeforderten Materials nur als eine von mehreren Restriktionen des umfassenden Werbeverbots auf.

Im Hinblick auf partielle Werbebeschränkungen verdient das früher ergangene „De Agostini“-Urteil<sup>1258</sup> des EuGH Beachtung, das ein schwedisches Verbot der Fernsehwerbung betraf und auf das der EuGH in seiner Entscheidung zum schwedischen Alkoholverbot ausdrücklich Bezug nahm.<sup>1259</sup> Die Gesellschaft De Agostini (Svenska) Förlag AB hatte in ihren Erklärungen darauf hingewiesen, dass die Fernsehwerbung für ihr Produkt (Kindermagazine) die einzig wirksame Form der Absatzförderung sei, um in den schwedischen Markt einzudringen, da ihr keine anderen Werbemittel zur Verfügung stünden, um die Kinder und ihre Eltern zu erreichen. Dies würde jedoch durch das Verbot der an Kinder unter zwölf Jahren gerichteten Fernsehwerbung unmöglich gemacht.

Nach der Feststellung, dass das zu beurteilende Werbeverbot für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelte, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, erwägt der Gerichtshof, dass es sich nicht ausschließen lasse, „dass das vollständige Verbot einer Form der Förderung des Absatzes eines Erzeugnisses in einem Mitgliedstaat, das dort rechtmäßig verkauft wird, stärkere Auswirkungen auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten hat“.<sup>1260</sup>

Die maßgeblichen Erwägungsgründe 44 und 45 der Entscheidung lauten: „Somit fällt das vollständige Verbot von Werbung, die an Kinder unter zwölf Jahren gerichtet oder irreführend im Sinne der schwedischen Rechtsvorschriften ist, nicht unter Art. 30 des Vertrages<sup>1261</sup>, sofern nicht nachgewiesen wird, dass dieses Verbot den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berührt (Erwägungsgrund 44). Sollte dies der Fall sein, müsste das vorlegende Gericht prüfen, ob das Verbot aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses oder zur Erreichung eines der in Art. 36 des Vertrages genannten Ziele erforderlich ist, ob es hierzu in einem angemessenen Verhältnis steht und ob diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch Maßnah-

<sup>1258</sup> EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843 ff. („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1259</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251, 252, Rdn. 19.

<sup>1260</sup> EuGH, Slg. 1997, I-3843, 3890, Rdn. 42.

<sup>1261</sup> Anm.: Art. 28 EGV n.F.

men hätten erreicht werden können, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen (Erwägungsgrund 45).<sup>1262</sup> Nach der im Erwägungsgrund 44 enthaltenen Formulierung hat der die Verkaufsmodalität angreifende Wettbewerber die Beweislast für die rechtlich oder<sup>1263</sup> die tatsächlich unterschiedliche Anwendbarkeit der staatlichen Maßnahme.<sup>1264</sup>

Unter Zugrundelegung der vom EuGH in dieser Entscheidung entwickelten Maßstäbe ist also zu fragen, ob das Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten tatsächlich nicht in gleicher Weise berührt, da es an einer rechtlichen Ungleichbehandlung schon von vornherein fehlt. Sollte eine tatsächliche Ungleichbehandlung zu bejahen sein, müsste im Folgenden der Streitfrage nachgegangen werden, ob die zwingenden Erfordernisse im Sinne der „Cassis de Dijon“-Doktrin entgegen der früheren Rechtsprechung des EuGH auch de facto diskriminierende Maßnahmen zu rechtfertigen vermögen oder ob nur eine Rechtfertigung durch Art. 30 EGV möglich ist.<sup>1265</sup>

Einem ausländischen Werbetreibenden dürfte es schwer fallen zu beweisen, dass in dem wettbewerbsrechtlichen Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung eine tatsächliche Diskriminierung des Absatzes seiner ausländischen Waren liegt. Den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten stehen schließlich genügend andere Methoden der Werbung zur Verfügung, um in den deutschen Markt einzudringen. So steht ihnen die Möglichkeit, Briefwerbung zu betreiben, nach wie vor offen. Ferner ist zu bedenken, dass die Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung an sich zulässig ist; unzulässig ist nur der unaufgeforderte Anruf bzw. die unaufgeforderte Zusendung von Werbematerial. Allein die Tatsache, dass einzelne Unternehmen ihre Marketingstruktur beispielsweise auf den Telefonvertrieb aufgebaut haben und sie zur Erschließung eines neuen Marktes ändern müssten, genügt – wie gezeigt – jedenfalls nicht, um eine tatsächliche Ungleichbehandlung anzunehmen.<sup>1266</sup>

Das deutsche Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung mag zwar das Einfuhrvolumen für Waren aus anderen Mitgliedstaaten mindern; nach

<sup>1262</sup> EuGH, Slg. 1997, I-3843, 3891, Rdn. 44 und 45.

<sup>1263</sup> Richtigerweise muss der Wettbewerber lediglich das alternative und nicht das kumulative Vorliegen einer rechtlichen oder tatsächlichen Ungleichbehandlung nachweisen. So Heermann, GRUR Int. 1999, 579, 588.

<sup>1264</sup> Heermann zufolge bestätigte der EuGH in diesem Urteil, dass die „Keck“-Formel im Hinblick auf rechtlich und tatsächlich unterschiedslos anwendbare Verkaufsmodalitäten nur die tatsächliche Vermutung statuiert, dass derartigen staatlichen Maßnahmen die Eignung zur Behinderung des Warenverkehrs fehle, vgl. GRUR Int. 1999, 579, 587. So bereits schon Reich, ZIP 1993, 1815, 1818; Ackermann, RIW 1994, 189, 193.

<sup>1265</sup> Vgl. hierzu jüngst Gundel, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, JURA 2001, 79, 84, der mit beachtlichen Argumenten für die Anwendung der unbenannten Rechtfertigungsgründe i.S.d. „Cassis de Dijon“-Rechtsprechung auf die Fälle faktischer Diskriminierung plädiert. Siehe auch Heermann, GRUR Int. 1999, 579, 589 mit weiteren Nachweisen zum Streitstand.

<sup>1266</sup> So auch Glöckner, GRUR Int. 2000, S. 29, 34. A.A.: Heermann, GRUR Int. 1999, 579, 588.

der Rechtsprechung des EuGH ist aber der Umstand, dass nationale Rechtsvorschriften ganz allgemein das Volumen des Absatzes von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten beschränken können, nicht ausreichend, um diese Rechtsvorschriften als Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung anzusehen.<sup>1267</sup>

#### 4. Ergebnis

Bei den in Deutschland unterschiedslos für inländische und eingeführte Waren geltenden wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln handelt es sich um „bestimmte Verkaufsmodalitäten“, die nicht vom Anwendungsbereich des Art 28 EGV erfasst werden.

### III. Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 ff. EGV)

Die in Deutschland bestehenden wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung von Telefon-, Telefax- und E-mail zu Zwecken des Direktmarketing könnten jedoch einen Verstoß gegen die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs gem. Art. 49 ff. EGV darstellen.

Werberegeln können die Dienstleistungsfreiheit in zweifacher Weise berühren: Einerseits können Beschränkungen der Werbung für eine Dienstleistung als Hindernis für diese nach Art. 49 EGV zu untersuchen sein. Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Warenverkehrsfreiheit erfolgt nach der Rechtsnatur des beworbenen Produkts: Während Art. 28 EGV Beschränkungen der Werbung für Waren erfasst, sind Beschränkungen der Werbung für Dienstleistungen nach Art. 49 EGV zu beurteilen. Es kommt also nicht darauf an, ob es sich bei dem Werbematerial selbst, mittels dessen für eine Dienstleistung geworben wird, um Waren handelt.<sup>1268</sup> Andererseits ist die Werbung, sofern sie als selbständige Wirtschaftstätigkeit betrieben wird, als Dienstleistung i.S.d. Art. 49 EGV zu qualifizieren.<sup>1269</sup>

<sup>1267</sup> EuGH, Urteil vom 20.06.1996, verbundene Rs. C-148/93, C-419/93 u.a., Slg. 1996, I-2975, 3007, Rdn. 24 (“Semeraro Casa Uno Srl u.a. gegen Sindaco de Comune di Erbusco u.a.”-“Verbot der Ausübung bestimmter geschäftlicher Tätigkeiten an Sonn- und Feiertagen”).

<sup>1268</sup> Vgl. zur Abgrenzung: EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, 1088 f., Rdn. 20 ff. („Her Majesty’s Customs and Excise gegen Gerhart Schindler und Jörg Schindler“-“Lotterien”); Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 124 f.; Sack, WRP 1998, 103, 111 ff.

<sup>1269</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409, 428, Rdn. 6 („Guiseppe Sacchi“); EuGH, Urteil vom 26.04.1988, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, 2131, Rdn. 14 ff. („Bond van Adverteerders und andere gegen Niederländischer Staat“-„Verbot der Werbung und der Untertitelung für Fernsehprogramme, die vom Ausland aus gesendet werden“); EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3892, Rdn. 48 („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“); EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251, 253, Rdn. 37 („Konsumentenombudsmannen [KO] / Gourmet International Products AB [GIP]“).

Art. 49 EGV ist also anwendbar, wenn die Rechte der Werbewirtschaft selbst zur Diskussion stehen und nach der Freiheit für Werbeagenturen gefragt wird.<sup>1270</sup>

Diese beiden Situationen sind bei der Analyse des Art. 49 EGV sorgfältig zu unterscheiden, denn Art und Ausmaß der Kontrolle sind nicht notwendigerweise identisch.

## 1. Werbung für Dienstleistungen

Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung werden nicht allein als Marketinginstrument zum Warenvertrieb eingesetzt, sondern auch zum Vertrieb von Dienstleistungen. Die in Deutschland bestehenden wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung dieser Fernkommunikationsmittel könnten unter diesem Gesichtspunkt gegen Art. 49 ff. EGV verstoßen.

### 1.1. Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EGV

Die unaufgeforderte Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung müsste in den Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EGV fallen. Die Art. 49 ff. EGV erfassen auch das bloße Angebot einer entgeltlichen Dienstleistung i.S.d. Art. 50 EGV sowie die Werbung für diese Dienstleistung. Dies hat der EuGH in seiner bereits oben erwähnten Entscheidung „Alpine Investments BV“<sup>1271</sup> damit begründet, dass der freie Dienstleistungsverkehr illusorisch würde, wenn nationale Regelungen das Anbieten von Dienstleistungen nach Belieben behindern könnten. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr kann demnach nicht von der vorherigen Existenz eines bestimmten Empfängers abhängig gemacht werden. Bei der Werbung handelt es sich in diesem Fall um einen Annex, nicht um eine selbständige Dienstleistung.<sup>1272</sup> *Grosskopf*<sup>1273</sup> verwendet hierfür den Begriff der „Akzidensdienstleistungsfreiheit“, die neben der Ausfuhr und Verteilung körperlicher Gegenstände zu Marketingzwecken auch die „flüchtigen“ unter Einsatz teletechnischer Kommunikationsmittel verbreiteten Botschaften des Dienstleistungserbringers erfasse.<sup>1274</sup>

Da das Ziel des Art. 49 EGV die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft ist,<sup>1275</sup> setzt seine Anwendung ferner das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements voraus. Wie der Gerichtshof

<sup>1270</sup> GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 36.

<sup>1271</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1174, Rdn. 18 f. („Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën“).

<sup>1272</sup> Calliess/Ruffert-Kluth, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 50 EGV, Rdn. 15, 25; GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 36; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 288.

<sup>1273</sup> Anm. zu „Alpine Investments BV“, WRP 1995, 805.

<sup>1274</sup> Grosskopf, Anm. zu „Alpine Investments BV“, WRP 1995, 805, 806 f.; Kort, JZ 1996, 132, 134.

<sup>1275</sup> GA Jacobs, Schlussantrag in der Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1150, Rdn. 26 („Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën“); Kort, JZ 1996, 132, 133.

festgestellt hat, müssen die betreffenden Leistungen „grenzüberschreitenden Charakter“ haben.<sup>1276</sup> Die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr sind nicht auf Betätigungen anwendbar, deren wesentliche Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen.<sup>1277</sup> Wichtigstes Kriterium für die Feststellung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts ist die Ansässigkeit der an der Dienstleistung Beteiligten in verschiedenen Mitgliedstaaten.<sup>1278</sup>

Die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr finden demnach Anwendung, wenn sich der Dienstleistungserbringer in den Mitgliedstaat begibt, in dem der Dienstleistungsempfänger ansässig ist, um dort diesem seine Leistungen zu erbringen, oder wenn sich Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger gemeinsam in einen anderen Mitgliedstaat begeben (sog. aktive Dienstleistungsfreiheit). Daneben erfassen Art. 49 ff. EGV den Fall, dass sich der Dienstleistungsempfänger in den Mitgliedstaat begibt, in dem der Dienstleistungserbringer ansässig ist, um dort dessen Leistungen entgegenzunehmen (sog. passive Dienstleistungsfreiheit). Schließlich gelten die Art. 49 ff. EGV auch dann, wenn der Dienstleistungserbringer die Leistung dem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungsempfänger erbringt, ohne dass einer von ihnen in den anderen Mitgliedstaat wechselt. Die Erbringung der Dienstleistung erfolgt im Post- oder Telekommunikationsweg, z.B. per Telefon, durch Telefax oder elektronische Post. In diesem Fall überschreitet nur die Dienstleistung die Grenze (sog. Korrespondenzdienstleistung).<sup>1279</sup>

Demzufolge würden die Vorschriften des EG-Vertrages über die Dienstleistungsfreiheit dann keine Anwendung finden, wenn sowohl der Erbringer als auch der Empfänger der Dienstleistung, für deren Inanspruchnahme per Telefon-, Telefax oder E-mail geworben wird, in Deutschland ansässig sind. Es läge dann ein rein interner Sachverhalt vor, für den Gemeinschaftsrecht nicht gelten würde. Liegt dagegen ein grenzüberschreitendes Element im vorgenannten Sinne vor, ist die unaufgeforderte Werbung mittels Fernkommunikationsmitteln vom Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EGV erfasst.

---

<sup>1276</sup> EuGH, Urteil vom 26.04.1988, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, 2130, Rdn. 13 („Bond van Adverteerders und andere gegen Niederländischer Staat“).

<sup>1277</sup> EuGH, Urteil vom 18.03.1980, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833, 855, Rdn. 8 („Strafverfahren gegen Marc J.V.C. Debauve und andere“).

<sup>1278</sup> EuGH, Urteil vom 26.04.1988, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, 2131, Rdn. 15 („Bond van Adverteerders und andere gegen Niederländischer Staat“); Calliess/Ruffert-Kluth, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 50 EGV, Rdn. 8.

<sup>1279</sup> Calliess/Ruffert-Kluth, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 50 EGV, Rdn. 24 ff., 27 f., 29 f.; Becker, NJW 1996, 179 f.; Bleckmann, Europarecht, Rdn. 1676.

## 1.2. Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

Das in Deutschland bestehende Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung, das unterschiedslos für In- und Ausländer gilt, könnte den freien Dienstleistungsverkehr beschränken.

Nach der Rechtsprechung des EuGH betrifft Art. 49 EGV nicht nur formal auf die Staatsangehörigkeit oder die Ansässigkeit abstellende diskriminierende Maßnahmen. Art. 49 EGV verlangt daneben auch die Aufhebung aller Beschränkungen, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern. Dies gilt selbst dann, wenn die Maßnahme unterschiedslos für einheimische Dienstleistende und für Dienstleistende aus anderen Mitgliedstaaten gilt.<sup>1280</sup> Das Verbot der Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs stellt daher nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern auch ein Beschränkungsverbot dar. Dabei ist es unerheblich, ob die Beschränkung durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift erfolgt oder durch die eine Generalklausel ausfüllende Rechtsprechung.<sup>1281</sup> Ferner kommt es auch nicht darauf an, ob der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr durch Vorschriften des Landes des Dienstleistungsempfängers<sup>1282</sup> oder durch Vorschriften des Landes des Dienstleistungserbringers<sup>1283</sup> behindert wird. Eine Unterscheidung in Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen, wie Art. 28 EGV bzw. Art. 29 EGV im Bereich der Warenverkehrsfreiheit, treffen die Art. 49 ff. EGV nicht.

Es wurde bereits dargestellt, in welchen Fällen von grenzüberschreitender Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung das im europäischen Vergleich strenge deutsche Wettbewerbsrecht zur Anwendung kommt.<sup>1284</sup> So ist deutsches Lauterkeitsrecht z.B. anwendbar, wenn niederländische Anbieter ihre Dienstleistungen durch Telefonmarketing gegenüber deutschen Abnehmern vertreiben. Da das Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung den Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden in Deutschland nimmt<sup>1285</sup>, kann es deshalb eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen.

<sup>1280</sup> EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 4243, Rdn. 12 („Manfred Säger gegen Dennemeyer & Co. Ltd.“); EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039, 1093, Rdn. 43 („Her Majesty’s Customs and Excise gegen Gerhart Schindler und Jörg Schindler“-“Lotterien“); GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 4; Sack, WRP 1998, 103, 112; Kort, JZ 1996, 132, 135.

<sup>1281</sup> Raeschke-Kessler/Schoeder, Festschrift für Piper, S. 399, 415.

<sup>1282</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 ff. („Her Majesty’s Customs and Excise gegen Gerhart Schindler und Jörg Schindler“-“Lotterien“).

<sup>1283</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 ff. („Alpine Investments BV gegen Minister van Financien“).

<sup>1284</sup> 2. Teil, 2. Kapitel, I.

<sup>1285</sup> Vgl. zu diesem Gesichtspunkt: EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1176, Rdn. 28 („Alpine Investments BV gegen Minister van Financien“).

### 1.2.1. Übertragung der „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV

Es stellt sich die Frage, ob eine nicht diskriminierende Regelung des Dienstleistungsverkehrs stets als eine Beschränkung angesehen werden kann oder ob nicht die zu Art. 28 EGV entwickelte „Keck“-Doktrin<sup>1286</sup> auf Art. 49 EGV zu übertragen ist. Dies wird von einer beachtlichen Anzahl von Stimmen in der Literatur und Teilen der Rechtsprechung bejaht.<sup>1287</sup> Unter Zugrundelegung der in der „Keck“-Entscheidung entwickelten Grundsätze wäre eine Regelung von Dienstleistungsmodalitäten, die für alle Dienstleistenden im Inland nicht diskriminierend wirkt und die die Erbringung von Dienstleistungen von Inländern und von Ausländern im Inland rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berührt, nicht als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anzusehen, weil der Marktzugang für die Erbringung von Dienstleistungen im Inland für in- und ausländische Dienstleistungen in gleicher Weise möglich ist.

Der EuGH hat allerdings in seiner Entscheidung „Alpine Investments BV“<sup>1288</sup> die Anwendung der zu Art. 28 EGV entwickelten „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV abgelehnt. Dieses Urteil ist aber vor dem Hintergrund des Sachverhaltes des Ausgangsverfahrens zu würdigen. Wie bereits oben festgestellt, betraf die Entscheidung eine Regelung des Staates des Dienstleistungserbringers und damit eine Beschränkung von Vermarktungsmodalitäten durch das Herkunftsland der angepriesenen Dienstleistung, d.h. durch den Ausführstaat. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass der EuGH im Fall „Alpine Investments BV“ die Übertragung der „Keck“-Doktrin auf die Auslegung von Art. 49 EGV generell abgelehnt hat. Vielmehr steht die Frage noch offen, ob der EuGH die „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV entsprechend übertragen wird, wenn es um die Beurteilung von Werbebeschränkungen für Dienstleistungen durch das Land des Empfängers einer Dienstleistung geht.<sup>1289</sup> In diesem Fall bestünde die erforderliche Parallele zwischen Art. 28 EGV, zu dem die „Keck“-Doktrin entwickelt worden ist, und der entsprechenden Variante des Anwendungsbereichs von Art. 49 EGV.

<sup>1286</sup> EuGH, Urteil vom 24.11.1993, verbundene Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993 I, 6097 ff. („Strafverfahren gegen Bernhard Keck und Daniel Mithouard“).

<sup>1287</sup> Vgl. z.B.: KG, CR 1998, 9, 10 („Telefax-Werbung“); Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1254; Koos, Europäischer Lauterkeitsmaßstab, S. 127; Kotthoff, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland, S. 125 f.; Dethloff, IPRax 1999, 347, 349 f.; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 50; Schrick, MMR 2000, 399, 404; wohl auch Günther, CR 1999, 172, 177; Becker, NJW 1996, 179, 180. A.A.: Kort, JZ 1996, 132, 136. Kritisch: GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 35 m.w.N.

<sup>1288</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1177, Rdn. 36 ff. („Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën“).

<sup>1289</sup> So auch die Beurteilung von Sack, WRP 1998, 103, 113; Dethloff, IPRax 1999, 347, 349. Weitergehend Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 34, dem zufolge die Frage, ob die „Keck“-Rechtsprechung auch für Art. 49 EGV Anwendung finden müsste, selbst im Hinblick auf Ausfuhrbeschränkungen noch offen stehe. A.A.: Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts, S. 100.

Allerdings hat der EuGH in der „Schindler“-Entscheidung<sup>1290</sup> zur Beschränkung der Werbung für Lotterien auf dem Gebiet des Dienstleistungsempfängers, die am 24.03.1994 und somit nach dem Urteil vom 24.11.1993 in Sachen „Keck und Mithouard“ ergangen ist, die Möglichkeit einer Übertragung der in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze auf Art. 49 EGV mit keinem Wort erwähnt. Im Fall „Schindler“ lag aber nicht nur eine Werbebeschränkung, sondern ein generelles Werbeverbot für Lotterien vor, das geeignet war, den Marktzugang zu versperren. Werbebeschränkende Maßnahmen, die den Marktzugang versperren oder die geeignet sind, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tun, fallen auch nach dem „Keck“-Urteil in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV.<sup>1291</sup> Aus der „Schindler“-Entscheidung kann daher nicht gefolgert werden, dass der EuGH eine entsprechende Anwendung der „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV ablehnen würde.

Gegen eine Übertragung der in der „Keck“-Entscheidung entwickelten Grundsätze auf Art. 49 EGV wird zum Teil geltend gemacht, dass eine Bestimmung des Begriffs der „Dienstleistungsmodalitäten“ kaum möglich sei. Die schon beim Warenverkehr nur schwierig durchzuführende Unterscheidung zwischen vertriebs- und produktbezogenen Regelungen werde beim Dienstleistungsverkehr nahezu unmöglich, da hier Regelungen des „Produkts“ Dienstleistung auf engste mit den Regelungen von deren „Vertrieb“, also der Art und Weise der Dienstleistungserbringung, verknüpft seien.<sup>1292</sup>

Dieser Ansicht ist dahingehend zuzustimmen, dass der „Keck`sche Unterschied“ zwischen produktgebundenen Maßnahmen und Maßnahmen, die sich nur auf „die Umwelt“ des Marketing oder des Absatzes des Produkts beziehen, nicht ohne weiteres auf die Dienstleistungen übertragen werden kann. Der Wesensunterschied zwischen Waren und Dienstleistungen ist nicht zu bestreiten. Waren stellen verkörperte Ergebnisse unternehmerischer Tätigkeit dar. Bei Waren ist es gerade die Körperlichkeit, die die Abgrenzung ermöglicht. Bei der Dienstleistung fehlt es dagegen an der Verkörperung des Produkts.<sup>1293</sup>

Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, dass es nicht sachgerecht ist, allein aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten eine Übertragung der „Keck“-Doktrin auf Art. 49 EGV abzulehnen. Für eine einheitliche Auslegung von Art. 28 EGV und Art.

<sup>1290</sup> EuGH, Urteil vom 24.03.1994, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 ff., insbesondere 1092 ff. („Her Majesty`s Customs and Excise gegen Gerhart Schindler und Jörg Schindler“).

<sup>1291</sup> Vgl. jüngst EuGH, Urteil vom 8.03.2001, Rs. C-405/98, EuZW 2001, 251, 252, Rdn. 18, 21 („Konsumentenombudsmannen [KO]/Gourmet International Products AB [GIP“). So auch die Beurteilung von Sack, WRP 1998, 103, 113, 115; Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 34; GTE-Müller-Graff, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 30 EGV, Rdn. 125; Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge in der Rs. C-412/93, Slg. 1995, I-179, 194, Rdn. 38 und 198, Rdn. 50 („Société d`importation Édouard Leclerc-Siplec gegen TF1 Publicité SA und M6 Publicité SA“).

<sup>1292</sup> Kort, JZ 1996, 132, 136.

<sup>1293</sup> So Dethloff, IPRax 1999, 347, 350; Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 34. Ähnlich: GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbem. zu den Art. 59 bis 66 EGV, Rdn. 25.

49 EGV jedenfalls im Hinblick auf Regelungen des Einfuhrstaates<sup>1294</sup> spricht vielmehr, dass zwischen beiden Grundfreiheiten erhebliche strukturelle Gemeinsamkeiten bestehen.<sup>1295</sup> Die Dienstleistungsfreiheit rückt in der juristischen Vorstellung zunehmend in die Nähe des Warenverkehrs. Während sie ursprünglich ausschließlich als Möglichkeit gesehen wurde, berufliche Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, ohne sich dort fest niederzulassen, wird in jüngerer Zeit der Charakter der Dienstleistung als Produkt deutlicher herausgestellt. In der Sache geht es bei der Dienstleistungsfreiheit um den Vertrieb von Leistungen, der weit mehr Gemeinsamkeiten mit dem Vertrieb von Waren aufweist als mit der Verlegung des Sitzes der wirtschaftlichen Betätigung, wie es für die Niederlassungsfreiheit kennzeichnend ist.<sup>1296</sup> Vor allem Waren und Korrespondenzdienstleistungen weisen große Übereinstimmungen auf, weil hier die Dienstleistung allein, einer Ware vergleichbar, die Grenze überschreitet. Nur eine einheitliche Auslegung kann willkürliche Ergebnisse vermeiden. Es wäre nicht einsichtig, Regelungen über die Vermarktung von Dienstleistungen anders zu behandeln als jene zur Vermarktung von Waren, zumal es sich häufig um ein und dieselbe Vorschrift handeln wird.<sup>1297</sup>

Ferner verdeutlicht die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der Warenverkehrsfreiheit einerseits und der Dienstleistungsfreiheit andererseits, dass die Entwicklung in beiden Bereichen bislang methodisch und historisch parallel verlaufen ist.<sup>1298</sup> Ursprünglich auf eine Beseitigung von Diskriminierungen ausgerichtet, ist heute anerkannt, dass beide Grundfreiheiten ein allgemeines Beschränkungsverbot beinhalten, das auch nicht diskriminierende Beschränkungen untersagt.<sup>1299</sup> Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des umfassenden Beschränkungsverbots bei der Dienstleistungsfreiheit und insbesondere hinsichtlich der erlaubten Behinderungen sind dann wiederum viele Parallelen sowohl zu Art. 30 EGV als auch zu den „zwingenden Erfordernissen“ im Sinne der „Cassis-de-Dijon“-Doktrin zu erkennen. Man kann daher von einer Konvergenz der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf ihre Grundprinzipien sprechen.<sup>1300</sup>

<sup>1294</sup> Vgl. zu der Problematik, inwieweit für den Warenverkehr und für den Dienstleistungsverkehr einheitlich die Grenze der Import- und Exportbeschränkungen bestimmt werden sollten: Kort, JZ 1996, 132, 137 f. Vgl. hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit die Ausführungen von Generalanwalt Jacobs, Schlussantrag in der Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1155 ff., Rdn. 46 ff. („Alpine Investments BV gegen Minister van Financien“).

<sup>1295</sup> So auch Dethloff, IPRax 1999, 347, 349; Classen, EWS 1995, 97, 101; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 48 ff.

<sup>1296</sup> GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbem. zu Art. 59 bis 66 EGV, Rdn. 19 f.; Classen, EWS 1995, 97, 101; Eberhartinger, EWS 1997, 43, 45.

<sup>1297</sup> So auch Dethloff, IPRax 1999, 347, 349; Kotthoff, Werbung und Werbeverbote, S. 125.

<sup>1298</sup> GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbem. zu Art. 59 bis 66 EGV, Rdn. 26.

<sup>1299</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 ff. („Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville“); EuGH, Urteil vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 ff. („Cassis de Dijon“) einerseits und EuGH, Urteil vom 3.12.1974, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, 1309, Rdn. 10/12. („van Binsbergen gegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid“); EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-76/90, Slg. 1991, I-4221 ff. („Manfred Säger gegen Dennemeyer & Co. Ltd“) andererseits.

<sup>1300</sup> So Eberhartinger, EWS 1997, 43, 45 f. Eine Parallelität der zulässigen Schranken des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs erkennt auch Kort an, JZ 1996, 132, 166.

Schließlich trägt auch die Europäische Kommission dazu bei, dass die bisherigen Konturen zwischen Waren- und Dienstleistungsfreiheit verschwimmen und unscharf werden. Bereits in ihrem ersten Vorschlag für eine Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr<sup>1301</sup> wollte die Kommission mit dem Begriff der „Dienste der Informationsgesellschaft“ alle Online-Dienste erfassen, einschließlich der Dienste zum Verkauf von Waren.<sup>1302</sup> Die Kommission geht davon aus, dass die Tätigkeit als Dienst im Netz, nämlich die Vorhaltung einer Informations- und Bestellmöglichkeit, Kern und Hauptgegenstand des Handels seien. Sie prägt damit letztlich einen neueren umfassenderen Dienstleistungsbegriff, der auch den Handel körperlicher Waren umfasst.<sup>1303</sup> In der endgültigen Fassung der E-Commerce-Richtlinie<sup>1304</sup> wird der Online-Verkauf von Waren dem Vorschlag der Kommission entsprechend nun ausdrücklich als Dienst der Informationsgesellschaft qualifiziert.<sup>1305</sup>

Unter diesen Umständen ist nicht einsichtig, warum die Grundsätze der „Keck“-Entscheidung nicht auch für die Art. 49 ff. EGV gelten sollen. Abgrenzungsschwierigkeiten lassen sich durch eine entsprechend modifizierte Anwendung der „Keck“-Doktrin beheben, die der Eigenart der Dienstleistung Rechnung trägt.<sup>1306</sup> So gibt es auch bei den Dienstleistungen rechtliche Hindernisse, die sich auf den Inhalt der Leistung beziehen, und die man deshalb als „produktbezogen“ bezeichnen kann.<sup>1307</sup> Diese Regelungen, die das „Produkt“ Dienstleistung selbst betreffen, lassen sich den Modalitäten der Vermarktung der Dienstleistung gegenüberstellen. So ist es beispielsweise durchaus möglich, zwischen dem Typ einer Versicherungspolice (z.B. Umfang der Risikodeckung) und ihrem Vertrieb (z.B. Frage der Zulässigkeit von Haustürgeschäften) oder zwischen der Qualität der angebotenen Pauschalreise und der Art zu unterscheiden, in der ein ausländisches Reisebüro an seine Kunden herantritt.<sup>1308</sup>

*Dethloff*<sup>1309</sup> zufolge ist für die Frage, ob eine Regelung lediglich die Modalitäten der Vermarktung der Dienstleistung berühren, entscheidend, dass der Dienstleistungserbringer die gleiche Dienstleistung wie im Herkunftsland anbieten kann. Dies sei

<sup>1301</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG Nr. C 30 vom 5.02.1999, S. 4 ff.

<sup>1302</sup> Kritisch zur Verwendung des Begriffs „Dienstleistung“ im Richtlinienvorschlag: Waldenberger, EuZW 1999, 296, 297. Siehe auch Tettenborn, K&R 1999, 252, 255, der im Einzelfall die Abgrenzung der Dienste der Informationsgesellschaft zu den anderen Freiheiten, insbesondere zur Warenverkehrsfreiheit, für „nicht ganz unproblematisch“ hält.

<sup>1303</sup> Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247, 1255.

<sup>1304</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 178 vom 17.07.2000, S. 1 ff.

<sup>1305</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 18.

<sup>1306</sup> Im Ergebnis ebenso: Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 35.

<sup>1307</sup> GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 29.

<sup>1308</sup> So GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 34.

<sup>1309</sup> IPPrax 1999, 347, 350.

dann nicht der Fall, wenn er seine Leistungen abändern müsse, um sie den Regelungen des Bestimmungslandes anzupassen.

Es ist zutreffend, dass die Annahme einer bloßen Regelung von „Dienstleistungsmodalitäten“ ausscheiden muss, wenn die unternehmerische Leistung nicht mehr in ihrer Originalform, sondern nur angepasst an die jeweiligen Regeln des Gastlandes erbracht werden kann. Eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist dann anzunehmen, wenn eine Dienstleistung, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig auf den Markt gebracht worden ist, in einem anderen Mitgliedstaat nicht ungehindert und in ihrer ursprünglichen Form Zugang hat.<sup>1310</sup> Die Festlegung einer Dienstleistung auf eine vom Bestimmungsland vorgeschriebene „Produktgestaltung“ stellt eine solche Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs dar. Demgegenüber ist das Vorliegen einer Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs dann nicht ohne weiteres einsichtig, wenn eine Vorschrift des Bestimmungslandes nur die Frage des „Wie“ der Vermarktung regelt. In diesem Fall hat die Dienstleistung, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig auf den Markt gebracht wurde, auch weiterhin zu den Märkten aller anderen Mitgliedstaaten in ihrer ursprünglichen Form Zugang.

Selbst wenn der Ansatz Dethloffs möglicherweise nicht für alle Fallkonstellationen im Rahmen des Dienstleistungssektors sachgerecht ist,<sup>1311</sup> so führt er doch zumindest im Hinblick auf die Beurteilung werbebeschränkender Maßnahmen zu einer einheitlichen Auslegung von Art. 28 EGV und Art. 49 EGV: Im Rahmen des Art. 28 EGV werden Beschränkungen grenzüberschreitender Werbung jedenfalls dann immer dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV unterworfen, wenn sich die Anwendung der Werberegulung auf das Produkt selbst auswirkt.

### 1.2.2. Ergebnis

Das in Deutschland bestehende Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung für eine bestimmte Dienstleistung führt nicht dazu, dass der Dienstleistungserbringer die Leistung selbst abändern muss, um diese in Deutschland anbieten zu können. Die Regelung betrifft daher lediglich eine Modalität der Vermarktung der Dienstleistung. Bei entsprechender Anwendung der „Keck“-Doktrin<sup>1312</sup> liegt daher keine Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs vor.

<sup>1310</sup> So auch GTE-Troberg, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 31.

<sup>1311</sup> So geht Troberg, GTE, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV, Rdn. 35, von einer dreistufigen Betrachtungsweise aus: Wer darf die Leistung erbringen (unternehmensbezogene Hindernisse); welche Leistung darf erbracht werden (produktbezogene Hindernisse); wie darf die Leistung vermarktet werden („Verkaufsmodalitäten“).

<sup>1312</sup> Vgl. 2. Teil, 2. Kapitel, II., 3.2.

Im Ergebnis kann sich daher ein britisches Unternehmen, das mittels unaufgeforderter Telefonanrufe in Deutschland für den Abschluss eines Pauschalreisevertrages werben will, ebenso wenig auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wie ein britischer Hersteller von Kosmetikprodukten, der dieselbe Direktmarketingmethode anwenden möchte, auf die Warenverkehrsfreiheit.

## 2. Werbung als Dienstleistung

Die Werbung für andere ist unabhängig davon, ob sie für Dienstleistungen oder Waren erfolgt, selbst eine Dienstleistung im Sinne des Art. 50 EGV.<sup>1313</sup> In diesem Fall stehen die Rechte der Werbewirtschaft selbst zur Diskussion. Eine Anwendung des Art. 49 EGV kommt beispielsweise in Betracht, wenn einer niederländischen Firma verboten wird, für die von einem deutschen Ingenieurbüro betriebenen Radarwarngeräte unaufgefordert Telefax-Werbung an einen in Deutschland ansässigen Immobilienhändler zu verschicken.<sup>1314</sup> Die Dienstleistung der niederländischen Firma liegt in diesem Fall in der unaufgeforderten Versendung von Telefax-Werbung.

### 2.1. Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

Das produktunabhängig geltende Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung führt dazu, dass professionellen Direktmarketing-Agenturen die entgeltliche grenzüberschreitende Erbringung der von ihnen angebotenen Dienstleistung erschwert wird. Das fragliche Verbot könnte demnach eine Beschränkung der grenzüberschreitenden Werbedienstleistung darstellen.

Bei dieser Sachverhaltskonstellation ist zweifelhaft, ob eine Beschränkung aufgrund einer entsprechenden Anwendung der „Keck“-Doktrin zu verneinen ist. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass in diesem Fall der Dienstleistungserbringer seine Werbedienstleistung an die Regelungen des Bestimmungslandes Deutschland anpassen muss. Das deutsche Recht steht der Erbringung der Dienstleistung „unaufgeforderte Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung“ entgegen. Es erfordert eine Modifikation der Werbung und damit der Leistung selbst. Die in Deutschland bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen betreffen daher das „Produkt“ Dienstleistung und berühren nicht nur die Modalitäten seiner Vermarktung.

<sup>1313</sup> EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 155/73, Slg. 1974, 409, 428, Rdn. 6 („Guiseppe Sacchi“); EuGH, Urteil vom 18.03.1980, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833, 855, Rdn. 8 („Strafverfahren gegen Marc J.V.C. Debauxe und andere“); EuGH, Urteil vom 26.04.1988, Rs. 352/85, Slg. 1988, 2085, 2131; Rdn. 14, 16 („Bond van Adverteerders und andere gegen Niederländischer Staat“); EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, 4042, Rdn. 17 („Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. gegen Commissariaat voor de Media“); EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843 ff., Rdn. 48 (Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1314</sup> So lag der Sachverhalt in einem vom KG entschiedenen Fall, in dem es allerdings um die zivilrechtliche Beurteilung der Telefax-Werbung ging. Vgl. KG, CR 1998, 9 ff.

Eine solche Regelung, die der Erbringung von Dienstleistungen entgegensteht, die im Herkunftsland rechtmäßig sind, ist mit den produktbezogenen Maßnahmen bei Waren zu vergleichen. Dies wird vor allem dann deutlich, wenn sich die Marketing-Agentur auf eine bestimmte Marketingform spezialisiert hat. So wird Telefonwerbung beispielsweise zunehmend von Call-Centern durchgeführt. Je größer die Spezialisierung, um so eher werden bestimmte Marketingkonzepte für eine Vielzahl von Kunden verwendet. So verursacht es für einen ausländischen Anbieter regelmäßig zusätzliche Kosten, wenn es die rechtlichen Regelungen des Bestimmungslandes verhindern, dass eine solche Dienstleistung dort erbracht werden kann und er das „Produkt“ Dienstleistung entsprechend abändern muss.<sup>1315</sup> Aus der Tatsache, dass durch produktbezogene Regelungen zusätzliche Kosten für den Hersteller oder Importeur verursacht werden, leitet der EuGH auch im Rahmen des Art. 28 EGV das Vorliegen einer „Maßnahme gleicher Wirkung“ ab.<sup>1316</sup>

Die in Deutschland geltenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen stellen daher eine grundsätzlich verbotene Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit professioneller Marketing-Agenturen dar, die einer Rechtfertigung bedürfen.<sup>1317</sup>

Die unterschiedslos anwendbare werbebeschränkende Regelung aufgrund der Generalklausel des § 1 UWG unterliegt somit einer strengeren Kontrolle, wenn die Beschränkung die Werbedienstleistung selbst betrifft, als wenn sie sich auf die Beschränkung des von der Werbung betroffenen Dienstleistungsverkehrs bezieht. Entsprechendes gilt im Vergleich zu einer Kontrolle des von der Beschränkung der Werbung betroffenen Warenverkehrs.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich daraus, dass die Beschränkung der Werbleistung vehementer ist als die Beschränkung des Dienstleistungs- oder Warenverkehrs, auf den sich die Werbung bezieht.<sup>1318</sup> Das Ergebnis findet im übrigen auch in der Rechtsprechung des EuGH eine Stütze. Der EuGH hat in dem bereits erwähnten Urteil „De Agostini“<sup>1319</sup> das Verbot der auf Kinder unter zwölf Jahren abzielenden Fernsehwerbung für eine Zeitschrift bei seiner Auslegung des Art. 28 EGV als eine Verkaufsmodalität i.S.d. „Keck“-Urteils gewürdigt. Zu Art. 49 EGV hat er jedoch

<sup>1315</sup> Dethloff, IPRax 1999, 347, 350 f.

<sup>1316</sup> EuGH, Urteil vom 2.02.1994, Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317, 337, Rdn. 9 (“Verband sozialer Wettbewerb e.V. gegen Clinique Laboratoires SNC und Estée Lauder Cosmetics GmbH”); EuGH, Urteil vom 6.07.1995, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, 1941, Rdn. 13 (“Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe Köln e.V. ./ Mars GmbH”).

<sup>1317</sup> Im Ergebnis ebenso: Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 288; Dethloff, IPRax 1999, 347, 350; Günther, CR 1999, 172, 178. A.A.: KG CR 1998, 9, 10, das von einer Regelung einer Modalität der Dienstleistungserbringung ausgeht.

<sup>1318</sup> So auch Schwarze-Timmermans, Werbung und Werbeverbote, S. 26, 35.

<sup>1319</sup> EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843 ff. („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

festgestellt, dass Bestimmungen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs enthalten, die die Möglichkeit für im Sendestaat niedergelassene Fernsehveranstalter beschränken, für im Empfangsstaate niedergelassene Werbetreibende Werbung zu verbreiten, die speziell für das Publikum im Empfangsstaat bestimmt ist.<sup>1320</sup>

## 2.2. Rechtfertigung der Beschränkung

Die weite Fassung der Art. 49 ff. EGV erfordert eine Korrektur zugunsten legitimer Regulierungsbedürfnisse der Mitgliedstaaten. Nach der Rechtsprechung des EuGH können in Ermangelung einer Harmonisierung der Vorschriften über Dienstleistungen Behinderungen der vom Vertrag in diesem Bereich garantierten Freiheit daher rühren, dass innerstaatliche Vorschriften, die alle im Inland ansässigen Personen erfassen, auf im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates ansässige Erbringer von Dienstleistungen angewandt werden, die bereits den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats genügen müssen.<sup>1321</sup> Beim Vorliegen solcher nicht diskriminierenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit hat das nationale Gericht zu prüfen, ob diese Vorschriften aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses oder zur Erreichung eines der in Art. 46 des Vertrages aufgeführten Ziele erforderlich sind, ob sie hierzu in einem angemessenen Verhältnis stehen und ob diese Ziele oder zwingenden Gründe nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen hätten erreicht werden können.<sup>1322</sup>

Die wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen in der Verwendung von Telefon, Telefax und E-mail zu Zwecken des Direktmarketing könnten aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Es handelt sich bei dem Verbot um eine nicht diskriminierende Maßnahme, da sie unterschiedslos auf Inländer und Ausländer Anwendung findet. Zur Beantwortung der Frage, ob das Verbot gerechtfertigt ist, muss zwischen den einzelnen Fernkommunikationsmitteln differenziert werden.

<sup>1320</sup> EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3892, Rdn. 50.

<sup>1321</sup> EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, 4040, Rdn. 12 (“Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. gegen Commissariaat voor de Media”); EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3892, Rdn. 51 („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“).

<sup>1322</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3893, Rdn. 52 („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“); EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, 4040, Rdn. 13 (“Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. gegen Commissariaat voor de Media”); EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1178, Rdn. 40 (“Alpine Investments BV gegen Minister van Financien”); Günther, CR 1999, 172, 178; Becker, NJW 1996, 179, 180.

### 2.2.1. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten Telefonwerbung

Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung als zwingende Gründe des Allgemeininteresses den Schutz der Verbraucher und die Lauterkeit des Handelsverkehrs anerkannt.<sup>1323</sup>

Im ersten Teil der Arbeit wurde festgestellt, dass tragender Gesichtspunkt für die Unlauterkeit der Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen das unkontrollierte Eindringen in die Privat- bzw. Individualsphäre des Angerufenen ist. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Telefonwerbung im privaten Bereich dient daher neben dem Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs vor allem auch dem Schutz der deutschen Verbraucher. Maßgeblicher Gesichtspunkt für das Verbot der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ist hingegen die mit unerbetenen Anrufen verbundene unerwünschte Störung ihrer beruflichen Tätigkeit. In diesem Fall ist der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs bezweckt.

Es fragt sich, ob bei einer vom Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie erfassten Telefonwerbung eine Berufung auf „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ ausgeschlossen ist, weil diesen zwingenden Gründen bereits durch das in Art. 10 Abs. 2 FARL enthaltene „opt-out“-Prinzip Genüge getan wurde. Hiernach ist die unaufgeforderte Telefonwerbung grundsätzlich zulässig, es sei denn, der Verbraucher hat sie offenkundig abgelehnt.

*Grundmann*<sup>1324</sup> vertritt die These, dass in Richtlinien fixierte Mindeststandards eine gemeinschaftsrechtliche Prägung des Allgemeininteresses enthielten, so dass eine Berufung auf das Allgemeininteresse des Mitgliedstaates entfiel. *Reich*<sup>1325</sup> zufolge habe der EG-Gesetzgeber in der Fernabsatzrichtlinie das Allgemeininteresse spezifisch definiert und auf ein „opt-out“-System reduziert. Eine Mindestharmonisierung müsse jedenfalls dort, wo eine Angleichung stattgefunden habe und im Gesetzgebungsprozess Kompromisse gefunden wurden, als allgemeine Regel für die Gemeinschaft gelten.

Gegen diese Auffassung spricht, dass sie den Unterschied zwischen einer Vollharmonisierung und einer Mindestharmonisierung einebnet. Während bei einer Vollharmonisierung das allgemein verbindliche „Allgemeininteresse“ gemeinschaftsrechtlich erschöpfend nach unten wie nach oben festgelegt wird, erfolgt die Festle-

<sup>1323</sup> EuGH, Urteil vom 9.07.1997, verbundene Rs. C-34/95, C-35/95 und C-36/95, Slg. 1997, I-3843, 3893, Rdn. 53 („Konsumentenombudsmannen (KO) gegen De Agostini (Svenska) Förlag AB und TV-Shop i Sverige AB“). Bzgl. des Verbraucherschutzes vgl.: EuGH, Urteil vom 4.12.1986, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, 3803, Rdn. 30 („Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland“); EuGH, Urteil vom 25.07.1991, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, 4041, Rdn. 14 („Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. gegen Commissariaat voor de Media“).

<sup>1324</sup> Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen, EWG-Vertrag und § 12 AGBG, IPRax 1992, 1, 4; ders. JZ 1996, 274, 278 ff.

<sup>1325</sup> EuZW 1997, 581, 586; ders in Micklitz, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 110.

gung in gemeinschaftsrechtlichen Mindestvorschriften nur „nach unten“. Eine Festlegung auch „nach oben“ anzunehmen würde ja gerade dem Gedanken der Mindestvorschriften widersprechen. Richtlinien, wie die Fernabsatzrichtlinie, die nur eine Mindestharmonisierung verwirklichen, haben gerade auf eine endgültige Fixierung des Allgemeininteresses verzichtet, um den Mitgliedstaaten einen weitergehenden Schutzstandard zu ermöglichen.<sup>1326</sup>

Zudem steht dieser These entgegen, dass sie Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten inländischer Anbieter zur Folge hat: Weil durch die Richtlinie nur das Minimum harmonisiert wird, ist strengeres nationales Recht grundsätzlich zulässig. Es kann nur den ausländischen Anbietern nicht entgegengesetzt werden. Inländer haben sich dagegen nach den strengeren nationalen Regeln zu richten.<sup>1327</sup>

Der Auffassung, dass in Richtlinien fixierte Mindeststandards eine gemeinschaftliche Prägung des Allgemeininteresses enthielten, ist daher nicht zu folgen. Es kann somit nicht ohne Verhältnismäßigkeitsprüfung davon ausgegangen werden, dass schon das in der Fernabsatzrichtlinie geregelte „opt-out“-Prinzip den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ genügt.

Fraglich ist daher, ob das deutsche Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung verhältnismäßig ist. Es ist sicherlich geeignet, die Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele zu gewährleisten. Ob es aber auch erforderlich und angemessen ist, wird äußerst kontrovers beurteilt. Dabei sind verschiedene Ansätze zu unterscheiden:

Teile der Literatur sind der Ansicht, dass ein gemeinschaftsrechtlich definierter Mindeststandard die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich weitergehender nationaler Schutzmaßnahmen präjudiziere.<sup>1328</sup> In die gleiche Richtung geht die Auffassung von *Leible* und *Sosnitza*.<sup>1329</sup> Diesen Autoren zufolge dienen die Regeln einer Richtlinie als Maßstab für die im Rahmen der Rechtfertigung vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dies gelte auch dann, wenn diese Regeln, wie im Fall der Fernabsatzrichtlinie, nur einen Mindeststandard festsetzen würden. Zwar könnten sie nicht der einzige Maßstab sein, da ansonsten strengere Regelungen praktisch nie zu rechtfertigen wären; den von den Mitgliedstaaten im Rat vorgenommenen Wertungen könnte eine Indizwirkung aber nicht abgesprochen werden. Da die die Ratsentscheidung tragenden Mitgliedstaaten davon ausgegangen seien, dass eine Widerspruchslösung ausreichend effektiven Verbraucherschutz gewährleiste, müsse ein generelles Verbot des „cold calling“ für nicht erforderlich angesehen werden.

Der Auffassung, dass Mindestharmonisierungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeitsprüfung präjudizieren würden, ist nicht zu folgen. Sie beruht auf der unzutref-

<sup>1326</sup> Everling/Roth-Strein, Mindestharmonisierung, S. 31; Roth, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, 5, 32.

<sup>1327</sup> So die These von Grundmann, JZ 1996, 274, 279.

<sup>1328</sup> Everling/Roth-Behrens, Mindestharmonisierung, S. 35.

<sup>1329</sup> K&R 1998, 283, 289.

fenden Prämisse, dass der gemeinschaftsrechtliche Mindeststandard für sich in Anspruch nehme, einen angemessenen und hinreichenden Schutz des jeweiligen Interesses oder Gutes zu verwirklichen.<sup>1330</sup> Die ist jedoch gerade nicht der Fall. Die Mindestharmonisierung beruht häufig auf puren politischen Kompromissen.<sup>1331</sup> Oftmals stimmen die Mitgliedstaaten der Harmonisierungsmaßnahme nur zu, weil sie im Hinblick auf darüber hinausgehende Regelungen auf die Mindestklausel vertrauen.<sup>1332</sup>

Ein Vergleich der in der Fernabsatzrichtlinie und in der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie enthaltenen, die Telefonwerbung betreffenden Regelungen verdeutlicht ebenfalls, dass diese Auffassung nicht zutreffend sein kann. So ergibt sich aus der in Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie enthaltenen Optionsmöglichkeit zwischen „opt-out“ und „opt-in“, dass die Mitgliedstaaten selbst nicht davon ausgehen, dass ein angemessener und hinreichender Schutz natürlicher Personen bereits durch die Widerspruchslösung verwirklicht wird.

Entgegen der Auffassung von Leible und Sosnitza ergibt sich hieraus auch, dass der in Art. 10 Abs. 2 FARL geregelten Widerspruchslösung noch nicht einmal eine Indizwirkung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zugesprochen werden kann. Diese Auffassung lässt sich nicht mit dem Hinweis auf Art. 95 Abs. 3 EGV begründen. Nach Satz 1 dieser Bestimmung geht die Kommission im Bereich Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus. Nach Satz 2 streben das Europäische Parlament und der Rat im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dieses Ziel ebenfalls an. Hieraus kann aber nun für die Fernabsatzrichtlinie nicht geschlossen werden, dass dieses hohe Verbraucherschutzniveau bereits durch eine Widerspruchslösung gewährleistet sei und es einer Zustimmungslösung nach deutschem Modell daher nicht bedürfe.<sup>1333</sup> Ein hohes Verbraucherschutzniveau kann nämlich auch dadurch erreicht werden, dass das Ziel der rechtsangleichenden Maßnahme nicht nur ein hohes Schutzniveau vorsieht, sondern darüber hinaus in der Weise beschränkt wird, dass den Mitgliedstaaten Freiraum für weitergehende Gestaltungen bleibt. Dies kann dadurch geschehen, dass die Bestimmungen der Angleichungsmaßnahme nur Mindeststandards festlegen und den Mitgliedstaaten in einem eigenen Artikel ausdrücklich die Befugnis eingeräumt wird, über die Richtlinie hinausgehende, ein höheres Schutzniveau gewährleistende Vorschriften zu erlassen.<sup>1334</sup> So ist es auch im Fall der Fernabsatzrichtlinie geschehen: Art. 10 FARL legt nur einen Mindeststandard fest und Art. 14 FARL räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Unter diesen Umständen kann der Mindestharmonisierungsmaßnah-

<sup>1330</sup> Everling/Roth-Behrens, Mindestharmonisierung, S. 35.

<sup>1331</sup> Everling/Roth-Remien, Mindestharmonisierung, S. 184.

<sup>1332</sup> Auf diesen Gesichtspunkt weist insbesondere Günther hin, CR 1999, 172, 179.

<sup>1333</sup> So aber Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 289. A.A.: Günther, CR 1999, 172, 178.

<sup>1334</sup> GTE-Bardenhewer/Pipkorn, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 2/II, 5. Auflage, Baden-Baden 1997, Art. 100 a EGV, Rdn. 77.

me gerade keine Indizwirkung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zugesprochen werden.

Unter Berufung auf die „Alpine Investments BV“-Entscheidung des EuGH<sup>1335</sup> halten Teile der Literatur<sup>1336</sup> schließlich ein allgemeines produktunabhängiges Verbot der unerbetenen Telefonwerbung für unverhältnismäßig.

Das bereits an anderer Stelle erwähnte Urteil des Gerichtshofs betraf das Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung für Finanzdienstleistungen gegenüber ausländischen potentiellen Kunden, das der niederländische Finanzminister gegenüber einem in den Niederlanden ansässigen Unternehmen ausgesprochen hatte. Als zu schützendes Allgemeininteresse sah der EuGH hier die Aufrechterhaltung des guten Rufs des nationalen Finanzsektors<sup>1337</sup> bzw. das Vertrauen der Kapitalanleger in die nationalen Finanzmärkte<sup>1338</sup> an. Da Art und Umfang des Verbraucherschutzes sich unmittelbar auf den guten Ruf der niederländischen Finanzdienstleistungen auswirken,<sup>1339</sup> zog der EuGH mittelbar den Verbraucherschutz zur Rechtfertigung heran.

Der Gerichtshof stellte ausdrücklich fest, dass die Privatperson, die im allgemeinen durch das „cold calling“ überrascht werde, nicht in der Lage sei, sich über die Risiken, die sich aus der Art der ihr vorgeschlagenen Transaktionen ergeben, zu informieren oder die Qualität und den Preis der Dienstleistungen des Anrufers mit den Angeboten der Konkurrenten zu vergleichen. Da der Warenerminmarkt äußerst spekulativ und für wenig erfahrene Kapitalanleger schwer durchschaubar sei, wäre es erforderlich gewesen, sie vor den aggressiven Methoden der Kundenwerbung zu schützen.<sup>1340</sup> Am Ende seiner Entscheidung weist der EuGH dann auf die begrenzte Tragweite der in Rede stehenden Regelung hin. Insbesondere sei das Verbot nicht erbetener Telefonanrufe auf den Markt beschränkt, auf dem Missbräuche festgestellt worden seien, im vorliegenden Fall auf den Markt für Warenerminverträge.<sup>1341</sup> Der Gerichtshof hält das Verbot des „cold calling“ daher im Ergebnis für verhältnismäßig.

Aus dieser Entscheidung wird nun der Schluss gezogen, dass der Gerichtshof die Individualsphäre von Inländern für ausländische Telewerber geöffnet habe, sofern diese Dienstleistungen anbieten, die keiner besonderen staatlichen Kontrolle bedürfen. Dienstleistungserbringern aus dem europäischen Ausland könne es deshalb in

<sup>1335</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141 ff.

<sup>1336</sup> Grosskopf, WRP 1995, 805, 807; Funk, CR 1998, 411, 416; Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 94. Zweifelnd: Dethloff, IPRax 1999, 347, 352; Leible/Sosnitza, K&R 1998, 283, 289, Fn. 41. Im Ergebnis ebenso: Ziem, MMR 2000, 129, 132.

<sup>1337</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1179, Rdn. 44.

<sup>1338</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1182, Rdn. 56.

<sup>1339</sup> So EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1179, Rdn. 43: „Der Schutz der Verbraucher im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates obliegt an sich nicht den niederländischen Behörden“.

<sup>1340</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1179 f., Rdn. 46.

<sup>1341</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1182, Rdn. 54.

Zukunft nicht mehr nach § 1 UWG verwehrt werden, teletechnischen Kontakt zu deutschen Privatpersonen aufzunehmen.<sup>1342</sup>

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass eine derartige Verallgemeinerung des Urteils „Alpine Investments BV“ bedenklich ist. Das Urteil ist vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts des Ausgangsverfahrens zu interpretieren. Es ging um einen sehr speziellen, empfindlichen und durch eine besondere Interessenlage charakterisierten Geschäftsbereich. Zum anderen bestand die Besonderheit auch darin, dass das Verbot des cold calling vom Herkunftsstaat, den Niederlanden, ausgegangen ist. Bei dem in Deutschland geltenden Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung geht es aber darum, dass den innerhalb der EU ansässigen Anbietern auf der Grundlage der Marktortregel der Zutritt zum deutschen Markt durch die Beanstandung dieser Marketingform als wettbewerbswidrig erschwert wird. Im Fall „Alpine Investments“ handelte es sich daher um die umgekehrte Konstellation. Aufgrund dieser Besonderheiten können die Ausführungen des EuGH nicht einfach auf das hier allgemein bestehende Verbot der unerbetenen Telefonwerbung übertragen und dieses als unverhältnismäßig qualifiziert werden.<sup>1343</sup> Im Hinblick auf die Frage, ob ein allgemeines Verbot der Telefonwerbung gerechtfertigt ist, hat vielmehr eine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen.

Es stellt sich daher die Frage, ob die in Deutschland bestehende Beschränkung in der unaufgeforderten Verwendung des Telefons zu Zwecken des Direktmarketing zum Schutze der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs erforderlich ist. Als weniger einschneidendes Mittel käme in Betracht, die Zulässigkeit der unaufgeforderten Telefonwerbung vom Fehlen einer offenkundigen Ablehnung des Angerufenen abhängig zu machen. Zusätzlich müsste der Werbetreibende verpflichtet werden, bei Telefongesprächen mit Verbrauchern zu Beginn des Gesprächs die Identität des Lieferers und den kommerziellen Zweck des Gesprächs ausdrücklich offenzulegen. Diese Lösung entspricht den in Art. 10 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 3 der Fernabsatzrichtlinie enthaltenen Regelungen.

Dieses Mittel ist aber zum Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs nicht gleich geeignet. Die Telefonwerbung stellt ein besonders aggressives Mittel der Kundenwerbung dar. Wäre die unaufgeforderte Telefonwerbung zulässig, würden sich eine Vielzahl von Unternehmen dieser überaus kostengünstigen Methode des Direktmarketing bedienen. Die Folge hiervon wäre, dass geschäftlich tätige Personen vermehrt bei ihrer Arbeit gestört und Verbraucher zunehmend durch Werbeanrufe in ihrem privaten Lebensbereich, in dem sie ein Recht auf Ruhe und Einsamkeit genießen, belästigt würden.

<sup>1342</sup> Vgl. Grosskopf, WRP 1995, 805, 808.

<sup>1343</sup> So auch Schrickler, GRUR Int. 1998, 541, 547; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 35; Köhler/Piper-Köhler, § 1 UWG, Rdn. 138.

Dieser Umstand lässt sich nicht mit dem Hinweis darauf entkräften, dass der EuGH von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ausgeht,<sup>1344</sup> von dem erwartet werden könne, dass er auf einen unaufgeforderten Telefonanruf durch Beendigung des Gesprächs reagieren könne.<sup>1345</sup> Sowohl der verständige Verbraucher als auch der Berufstätige werden durch ein Klingeln des Telefons gestört, müssen das Gespräch annehmen und sich mit dem Anrufer und seinem Anliegen beschäftigen. Ein speziell gegenüber dem Anrufer ausgesprochener Widerspruch stellt in diesem Fall kein geeignetes Mittel zum Schutz der Verbraucher und der Lauterkeit des Handelsverkehrs dar, da er an der bereits eingetretenen Störung nachträglich nichts mehr zu ändern vermag. Eine Möglichkeit, die Unterlassungsaufforderung allgemein zum Ausdruck zu bringen, etwa durch die Eintragung in ein sog. „Opt-out“-Register, besteht in Deutschland bislang nicht. Der Umworbene kann daher den Widerspruch nicht präventiv äußern.

Ein Widerspruchsrecht vermag im übrigen den Schutz der Verbraucher und die Lauterkeit des Handelsverkehrs nicht in gleich effektiver Weise zu gewährleisten. Die Widerspruchslösung verlagert nämlich die Initiative zur Abwehr der belästigenden Werbemethode auf den Angerufenen. Erst wenn dieser seine Ablehnung erklärt hat, wird die unaufgeforderte Telefonwerbung unzulässig. Unterlässt er dies, aus welchen Gründen auch immer, hat dies für ihn die Konfrontation mit unerwünschten telefonischen Anrufen zur Folge. Verbraucherschutz und Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs lassen sich daher besser dadurch erreichen, dass grundsätzlich zuerst der Werbende die Zustimmung des Angerufenen einholen muss und erst daraufhin die Telefonwerbung zulässig wird.

Gegen das generelle Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung lässt sich auch nicht einwenden, dass dem Verbraucher mögliche Informationsquellen genommen werden.<sup>1346</sup> Hintergrund des europäischen Verbraucherleitbildes ist das sog. Informationsmodell des Gemeinschaftsrechts. Dieses verfolgt als Regelungsziel eine informationelle Unterlegenheit, insbesondere eine geschäftliche und rechtliche Unerfahrenheit des Verbrauchers, durch die Bereitstellung von Informationen zu kompensieren.<sup>1347</sup> Der EuGH hat bereits in der Entscheidung „GB-INNO-BM“ festgestellt, dass das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der Unterrichtung der Verbraucher sieht und nationale Rechtsvorschriften, die dem Verbraucher Zugang zu bestimmten Informationen verwehren,

<sup>1344</sup> Vgl. z.B.: EuGH, Urteil vom 13.01.2000, Rs. C-220/98, Slg. 2000, I-117, 146, Rdn. 27 („Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG gegen Lancaster Group GmbH“); EuGH, Urteil vom 4.04.2000, Rs. C-465/98, Slg. 2000, I-2297, 2333, Rdn. 22 („Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe e.V. gegen Adolf Darbo AG“).

<sup>1345</sup> So aber Micklitz-Reich, Die Fernabsatzrichtlinie, S. 110

<sup>1346</sup> So Leible/Sosnitzer, K&R 1998, 283, 290.

<sup>1347</sup> Vgl. zum Informationsmodell des Gemeinschaftsrechts: Groeschke/Kieth, Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes - Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers, WRP 2001, 230, 231 f.; Kemper/Rosenow, Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa, WRP 2001, 370, 371.

nicht im Interesse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein können.<sup>1348</sup> Die Qualifizierung der unaufgeforderten Telefonwerbung als wettbewerbswidrig steht mit dem Informationsmodell in Einklang. Der an Informationen auf telefonischem Weg interessierte Verbraucher hat schließlich die Möglichkeit, dem Werbenden ausdrücklich die Zustimmung zur telefonischen Kontaktaufnahme zu erteilen oder diesen von sich aus anzurufen.

Gegen die Erforderlichkeit des generellen produktunabhängigen Verbots der Telefonwerbung spricht schließlich auch nicht, dass in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union weniger strenge Vorschriften existieren. Wie Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache „Alpine Investments BV“ ausführte, bedeute der Umstand, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer, nicht, dass dessen Vorschriften gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Dies werde aus dem Umstand deutlich, dass die Harmonisierungsrichtlinien auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes es den Mitgliedstaaten gewöhnlich gestatten, strengere oder zusätzliche Anforderungen aufzustellen.<sup>1349</sup> Der Gerichtshof ist in seinem Urteil dieser Auffassung gefolgt.<sup>1350</sup>

Schließlich müsste das Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung auch angemessen sein. Es darf also nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck stehen. Dies ist der Fall. Dem Dienstleistungserbringer steht weiterhin die Möglichkeit offen, seine Dienstleistung, wenn auch in modifizierter Weise, zu erbringen. Nach einer Änderung ihres Marketing-Konzepts können ausländische, auf cold calling spezialisierte Call-Center, weiterhin Telefonwerbung gegenüber Personen betreiben, die dieser Marketingform zuvor zugestimmt haben. Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass gegenüber Gewerbetreibenden und sonstigen beruflich tätigen Personen die Voraussetzungen eines zulässigen Telefonmarketing geringer sind. Hier ist schon das mutmaßliche Einverständnis ausreichend. Ferner bleiben andere Methoden der Kontaktaufnahme zulässig. Das Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung ist daher als angemessen anzusehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass Art. 49 EGV den in Deutschland geltenden Beschränkungen in der Verwendung des Telefons zu Zwecken des Direktmarketing nicht entgegensteht.<sup>1351</sup>

<sup>1348</sup> EuGH, Urteil vom 7.03.1990, Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667, 687 ff., Rdn. 13 ff., insbesondere Rdn. 18 („GB-INNO-BM gegen Confédération du commerce luxembourgeois“).

<sup>1349</sup> Schlussanträge in der Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1165, Rdn. 88 („Alpine Investments BV gegen Minister van Financien“).

<sup>1350</sup> EuGH, Urteil vom 10.05.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1181, Rdn. 51 („Alpine Investments BV gegen Minister van Financien“).

<sup>1351</sup> Im Ergebnis ebenso: Günther, CR 1999, 172, 179; Raeschke-Kessler/Schroeder, Festschrift für Piper, S. 399, 417; Glöckner, GRUR Int. 2000, 29, 36, der darauf hinweist, dass bislang keine effektiven Möglichkeiten zum Schutz der Individualsphäre bestehen.

## 2.2.2. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten Telefax-Werbung

In der europäischen Union erfolgte durch Art. 12 Abs. 1 der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie bereits eine Harmonisierung in Gestalt eines Verbot der Telefax-Werbung gegenüber natürlichen Personen, die nicht zuvor ihre Einwilligung erteilt haben. Rechtfertigungsbedürftige Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs durch unterschiedlich strenge Regelungen in den Mitgliedstaaten können daher nur noch im Hinblick auf die Telefax-Werbung gegenüber juristischen Personen auftreten. So können sich z.B. in Großbritannien juristische Personen vor dem Direktmarketing durch Telefaxsendungen nur dadurch schützen, dass sie entweder ihren Telefaxanschluss beim sog. „Fax Preference Service“ sperren lassen oder dem Anrufer unmittelbar mitteilen, dass sie keine Werbefriefe über ihren Telefaxanschluss erhalten wollen.<sup>1352</sup>

Das in Deutschland geltende wettbewerbsrechtliche Verbot der unaufgeforderten Telefax-Werbung könnte aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Das *KG Berlin*<sup>1353</sup> sieht die Sicherung und die Aufrechterhaltung der freien Telefax-Kommunikation als einen solchen Grund des Allgemeininteresses an. Es bestehen Zweifel, ob diese Ansicht vor dem EuGH Bestand haben würde. Dieser hat die Sicherung und Aufrechterhaltung der freien Telefax-Kommunikation bislang nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt. Der vom Kammergericht zu entscheidende Fall betraf die bürgerlich-rechtliche Beurteilung der unerbetenen Telefax-Werbung gegenüber einem Gewerbetreibenden. Das deliktsrechtlich begründete Verbot einer solchen Werbung zielt auf den Schutz von Eigentumsrechten, denn die Telefax-Werbung beeinträchtigt regelmäßig das Sacheigentum des Beworbenen, etwa Papier- und Tonerverbrauch sowie Geräteverschleiß. Das Kammergericht hätte daher richtigerweise den Schutz des Eigentums als vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Grund des Allgemeininteresses anführen sollen.<sup>1354</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit geht es aber um das wettbewerbsrechtliche Verbot unerbetener Telefax-Werbung. Dieses dient dem Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs.<sup>1355</sup> Hierzu ist es auch geeignet. Das Verbot müsste ferner erforderlich sein, d.h. das gleiche Ergebnis dürfte nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar sein.

Es wurden bereits im ersten Teil der Arbeit die Gründe dargelegt, die die Rechtsprechung veranlasst haben, die unaufgeforderte Telefax-Werbung als wettbewerbswid-

<sup>1352</sup> Vgl. Kilian, Direktmarketing in Großbritannien nach der Umsetzung der EU-Richtlinie 97/66, GRUR Int. 2000, 198, 200.

<sup>1353</sup> KG, Urteil vom 29.05.1997 – 25 U 9273/96, CR 1998, 9, 10 = NJW-CoR 1998, 111 (LS). Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Kammergerichts war die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie noch nicht erlassen. Die Fernabsatzrichtlinie war mangels Telefax-Werbung gegenüber einem Verbraucher nicht anwendbar.

<sup>1354</sup> So z.B.: EuGH, Urteil vom 5.10.1994, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973, 5065, Rdn. 78 („Bundesrepublik Deutschland gegen Rat der Europäischen Union - Bananenmarktordnung“).

<sup>1355</sup> So auch Dethloff, IPRax 1999, 347, 351.

rig anzusehen.<sup>1356</sup> Die Belästigung bei der Telefax-Werbung liegt insbesondere darin, dass der Werbetreibende sich zur Verfolgung seiner eigenen wirtschaftlichen Ziele des Eigentums des Umworbenen bedient und letzterer die Kosten hierfür zu tragen hat. Ein Widerspruchsrecht ist aus den bereits oben zur Telefonwerbung dargelegten Gründen nicht als ein gleich effektives Mittel anzusehen. Da von der Telefax-Werbung ein „geballter Belästigungseffekt“ ausgeht, ist ihr wettbewerbsrechtliches Verbot zum Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs erforderlich.

Das generelle produktunabhängige Verbot der unaufgeforderten Telefax-Werbung ist auch angemessen. Es kann insoweit auf die Ausführungen zum Verbot der unaufgeforderten Telefonwerbung verwiesen werden.<sup>1357</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist folglich gewahrt. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass das in Deutschland aufgrund der Generalklausel des § 1 UWG bestehende Verbot der unaufgeforderten Telefax-Werbung keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellt.

### 2.2.3. Rechtfertigung des Verbots der unaufgeforderten E-mail-Werbung

Das wettbewerbsrechtliche Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung könnte durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Wie die Beschränkungen in der Verwendung des Telefons dient auch das Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung dem Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und dem Verbraucherschutz, sofern die Werbung gegenüber einer Privatperson erfolgt.

Das Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung ist zum Schutz dieser Allgemeininteressen geeignet. Fraglich ist jedoch, ob dieses Verbot als erforderlich und dem verfolgten Ziel angemessen anzusehen ist.<sup>1358</sup>

Als weniger einschneidendes Mittel käme in Betracht, nur ungekennzeichnete E-mail-Werbung sowie E-mail-Werbung, deren Erhalt der Empfänger zuvor offenkundig abgelehnt hat, als wettbewerbswidrig anzusehen. Dies entspricht der Position, die Teile der deutschen Literatur im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung am Maßstab des § 1 UWG vertreten.<sup>1359</sup> Es wurden bereits im ersten Teil der Arbeit die Belästigungskriterien herausgearbeitet, die die E-mail-Werbung unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Nachahmungsgefahr als eine für den Empfänger unzumutbare Werbemethode erscheinen lassen. Des Weiteren wurde ausgeführt, dass sich die eine Belästigung begründenden Umstände durch eine Kennzeichnung der E-mail-Werbung weder gänzlich vermeiden noch auf ein

<sup>1356</sup> 1. Teil, 2. Kapitel, II., 3.2.

<sup>1357</sup> 2. Teil, 2. Kapitel, III, 2.2.1.

<sup>1358</sup> Zweifelnd: Dethloff, IPRax 1999, 347, 352.

<sup>1359</sup> Vgl. z.B.: Busche/Kraft, WRP 1998, 1142, 1146; Freitag/Busemann, AfP 1998, 475, 479; Freitag/Mitschke, Werbung und Recht im Internet, S. 111, 112; Funk, CR 1998, 411, 419 ff.; Heermann, K&R 1999, 6, 12; Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internet-Recht, S. 387; Lettl, GRUR 2000, 977, 982; Leupold/Pfeiffer/Bräutigam, WRP 2000, 575, 594; Leupold, WRP 1998, 270, 276, 279; Schmittmann, MMR 1998, 53, 54; ders. CR 1998, 499, 500.

hinnehmbares Maß reduzieren lassen. Die Kennzeichnungslösung stellt somit kein gleich effektives Mittel wie ein generelles Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung dar. Entsprechendes gilt für die Widerspruchslösung. Es kann insoweit auf die Ausführungen zur unaufgeforderten Telefonwerbung verwiesen werden.<sup>1360</sup> Auch für den Bereich der E-mail-Werbung ist nicht einzusehen, warum der Umworbene selbst aktiv tätig werden muss, um der Konfrontation mit unerwünschten Werbebotschaften zu entgehen.

Das generelle Verbot der E-mail-Werbung ist angemessen, denn es hat eine begrenzte Tragweite. Es verbietet nur die unaufgeforderte Versendung von E-mail-Werbung. An das Erfordernis der vorherigen Zustimmungen werden keine übertrieben hohen Anforderungen gestellt. Ein vermutetes Einverständnis ist ausreichend. Ferner kann der Werbetreibende die E-mail als Marketing-Instrument weiterhin nutzen. Gerade für den Bereich der Werbung mittels elektronischer Post bestehen die verschiedensten Möglichkeiten, E-mail-Werbung auf Berechtigungsbasis, sog. Permission Marketing, durchzuführen. Im übrigen ist aus der Sicht eines modernen kundenorientierten Marketing eine solche Zustimmungslösung dem Versand von Spams vorzuziehen.<sup>1361</sup> Das wettbewerbsrechtliche Verbot der unaufgeforderten E-mail-Werbung steht folglich nicht außer Verhältnis zu dem mit ihm verfolgten Zweck. Es ist daher verhältnismäßig. Die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist folglich durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, so dass ein Verstoß gegen Art. 49 EGV ausscheidet.

### **2.3. Ergebnis**

Es stellt keinen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit dar, dass in Deutschland die unaufgeforderte Telefonwerbung sowie die unaufgeforderte Versendung von Telefax- und E-mail-Werbeschreiben als i.S.d. § 1 UWG wettbewerbswidrig angesehen wird.

## **IV. Ergebnis zu den Grundfreiheiten**

Die in Deutschland bestehenden wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen bei der Verwendung des Telefons, Telefax und der E-mail zu Zwecken des Direktmarketing sind sowohl mit der Warenverkehrsfreiheit als auch mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar. Anbieter aus dem europäischen Ausland, die bei der Durchführung ihrer grenzüberschreitenden Werbestrategie behindert werden, können sich daher nicht auf diese Grundfreiheiten berufen.

---

<sup>1360</sup> 2. Teil, 2. Kapitel, III., 2.2.1.

<sup>1361</sup> Vgl. zum sog. Permission Marketing: Schwarz, Werbung auf Wunsch, Handelsblatt, Nr. 52, 14.03.2001, S. B 13; Bönisch, Datenschutz im Internet, Anonyme Kunden, Handelsblatt, Nr. 52, vom 14.03.2001, S. B 37.

### ***Zusammenfassung und Endergebnis***

Die Untersuchung hat ergeben, dass die unaufgeforderte E-mail-Werbung sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber beruflich tätigen Personen gegen § 1 UWG verstößt. Tragende Erwägung ist die mit ihrem Empfang verbundene belästigende Wirkung. Unter Umständen kommt auch eine Unlauterkeit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs wegen einer Verletzung vertraglicher Bindungen in Betracht, wenn der Internet-Provider dem Werbetreibenden die Nutzung des Dienstes zum unaufgeforderten Versand von Werbe-E-mails vertraglich untersagt hat.

Bereits der Versand einer einzigen Werbe-E-mail ist wettbewerbswidrig, wenn sich der Werbende über den erklärten Willen des Empfängers, von E-mail-Werbung verschont zu bleiben, hinwegsetzt. Der Wille des Einzelnen, einer Konfrontation mit der Suggestivwirkung von Werbung zu entgehen, ist als Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechts des Menschen schutzwürdig. Der Erhalt von E-mail-Werbung trotz Widerspruchs überschreitet daher das dem Werbeadressaten noch zumutbare Maß an Belästigung.

Im übrigen tritt die mit dem Empfang von Werbe-E-mails verbundene Belästigung nicht schon bei einer einzigen unerwünschten E-mail auf; vielmehr überschreitet die Belästigung das zumutbare Maß erst dann, wenn massenweise E-mails an einen E-mail-Account gesendet werden. Aus diesem Grund gewinnt bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der E-mail-Werbung der Aspekt der Nachahmungsgefahr durch Mitbewerber an Bedeutung. Aufgrund der Eigenart des Werbemittels, mit geringem finanziellen Aufwand weltweit unzählige Adressaten zu erreichen, ist zu befürchten, dass es bei einer Gestattung der unverlangten Zusendung von Werbe-E-mails zu einer Überflutung der E-mail-Accounts mit Werbebotschaften kommt. Eine unzumutbare Belästigung der E-mail-Nutzer wäre die Folge: Der Empfang von E-mail-Werbung verursacht bei dem Adressaten Kosten in Form von Providergebühren, die für die Zeit anfallen, in der er die E-mails oder deren Kopfzeilen auf seinen Computer herunterlädt. Da der dem Nutzer vom Internet-Provider eingeräumte Speicherplatz für eingehende E-mails begrenzt ist, besteht des weiteren die Gefahr, dass der Eingang großer Mengen werbender E-mails die Mailbox verstopft. Die Werbung kann somit dazu führen, dass der Empfänger an der bestimmungsgemäßen Nutzung des für seine eigenen Zwecke angeschafften Kommunikationsmittels gehindert ist. Ferner zwingt der Werbende den Empfänger dazu, Zeit- und Mühe aufzuwenden, um die unerwünschte Werbung auszusortieren und zu vernichten. Bei einem beruflich tätigen Werbeadressaten besteht darüber hinaus zusätzlich die Gefahr, dass der Empfang von Werbe-E-mails sich störend auf den Betriebsablauf auswirkt. Werbe-E-mails dringen in starkem Maße in die Geschäftsorganisation ein, indem sie jederzeit direkt an den Arbeitsplatz des Adressaten gelangen und diesen in seiner aktuellen beruflichen Beschäftigung unterbrechen.

Entgegen einer in der Literatur stark vertretenen Auffassung lassen sich durch eine Kennzeichnung von Werbe-E-mails die eine Belästigung begründenden Umstände nicht vermeiden. Die verschiedenen Filterlösungen vermögen ein Gelangen von Werbe-E-mails in die Mailbox des Nutzers nicht zuverlässig zu verhindern. Außerdem ist nicht einzusehen, warum dem Nutzer die Verpflichtung auferlegt werden soll, sich aktiv gegen auf ihn einwirkende Werbung zur Wehr zu setzen.

Unter diesen Umständen ist die E-mail-Werbung nur dann zulässig, wenn der private oder beruflich tätige Empfänger zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit dieser Werbemethode erklärt hat oder sein Einverständnis zu vermuten ist. Der Werbetreibende darf dann von einem mutmaßlichen Einverständnis des Adressaten ausgehen, wenn sich die Werbung auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die den eigentlichen Geschäftsgegenstand eines beruflich tätigen Werbeadressaten betreffen. Besteht zwischen Werbendem und Umworbenen eine ständige Geschäftsbeziehung, kann ebenfalls vom Vorliegen eines mutmaßlichen Einverständnisses mit der Zusendung von E-mail-Werbung ausgegangen werden.

Diese Lösung stellt keine einseitige Bevorzugung der Interessen des von der unerbetenen Werbung Betroffenen zu Lasten der Interessen des Werbetreibenden und der an Werbung interessierten Verbraucher dar. Dem Werbetreibenden steht es frei, erlaubnisbasiertes E-mail-Marketing zu betreiben. Diese in der Fachsprache als Permission Marketing bezeichnete Form des Marketing wird von Fachleuten als besonders effektiv empfohlen. Gerade erwünschte Informationen erwecken beim Empfänger Aufmerksamkeit und ermöglichen den Aufbau einer dauerhaften Unternehmen-Kunden-Beziehung. Verbraucher, die an Werbung per E-mail interessiert sind, können sich in eine der vielen von Unternehmen im Internet angebotenen Mailing-Listen eintragen, um auf Wunsch E-mail-Newletter zu erhalten. Durch das wettbewerbsrechtliche Verbot der Versendung unaufgeforderter E-mail-Werbung wird das Informationsinteresse dieser Verbraucher daher nicht beeinträchtigt.

Der unter den deutschen Instanzgerichten ganz überwiegend vertretenen Auffassung der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit der E-mail-Werbung ist daher uneingeschränkt zuzustimmen. Die mit der E-mail-Werbung verbundene Belästigung des Empfängers rechtfertigt es, die E-mail-Werbung ebenso restriktiv zu beurteilen wie das Direktmarketing mittels herkömmlicher Fernkommunikationsmittel.

Bei der wettbewerbswidrigen Zusendung von E-mail-Werbung bestehen Unterlassungsansprüche sowohl gegen den Werbetreibenden als auch gegen die Internet-Marketing- oder Werbeagentur, die der Werbetreibende mit der Durchführung der E-mail-Marketing-Kampagne beauftragt hat. Eine Haftung des Internet-Providers für die Zustellung wettbewerbswidriger E-mail-Werbung scheidet hingegen aus. Zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sind in erster Linie die unmittelbaren Mitbewerber des Werbetreibenden berechtigt. Daneben gewinnt in der Praxis die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Verbraucherverbände an Bedeutung.

Für den einzelnen Verbraucher besteht demgegenüber kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Zusendung von E-mail-Werbung.

Der einzelne Werbeadressat kann jedoch unter Umständen einen auf die §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog gestützten zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrecht geltend machen. Dies ist der Fall, wenn die E-mail-Werbung getarnt ist oder wenn er der Zusendung zuvor widersprochen hat. Nicht gefolgt werden kann hingegen der von einigen Instanzgerichten vertretenen Auffassung, dass die Zusendung unaufgeforderter E-mail-Werbung an die Adresse eines Gewerbetreibenden einen unzulässigen Eingriff in dessen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstelle. Diese Ansichten überdehnen die Reichweite des bürgerlichrechtlichen Rechtsschutzes, indem sie eine rein zivilrechtliche Grundlage ausschließlich mit wettbewerbsrechtlichen Beurteilungskriterien, insbesondere unter Heranziehung des Aspekts der Nachahmungsgefahr, begründen.

Die restriktive Beurteilung des Direktmarketing durch die deutsche Rechtsprechung auf der Grundlage des § 1 UWG steht im Einklang mit europäischen Primär- und Sekundärrecht. Dies gilt sowohl für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-mail-Werbung als auch für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefon- und Telefax-Werbung.

Das Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung kann im Lichte der Fernabsatzrichtlinie auf der Grundlage des § 1 UWG beibehalten werden. Art. 10 Abs. 1 FARL enthält ein ausdrückliches Verbot der Zusendung von Telefax-Werbung ohne Zustimmung des Verbrauchers. Nach der Fernabsatzrichtlinie ist zwar die unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung grundsätzlich erlaubt, Art. 14 FARL eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, ihre strengeren Bestimmungen aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.

Die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie gestattet die Telefax-Werbung gegenüber natürlichen Personen nur bei vorheriger Einwilligung des Umworbenen. Im Hinblick auf die unaufgeforderte Telefonwerbung räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich ein Wahlrecht zwischen einer „opt-in“ und einer „opt-out“-Lösung ein. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Telefonwerbung durch die deutsche Rechtsprechung kann daher aufrechterhalten bleiben. Bisher nicht vom Anwendungsbereich der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie erfasst ist die E-mail-Werbung. Dies kann sich jedoch in Zukunft ändern. Die Europäische Kommission hat erkannt, dass der Schutz des Einzelnen vor unerbetener E-mail-Werbung verstärkt werden muss, und sieht in ihrem Überarbeitungsvorschlag zur Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie die E-mail-Werbung nur bei vorheriger Einwilligung des Umworbenen als zulässig an.

Auch wenn der Vorschlag der Kommission nachdrücklich zu begrüßen ist, so ist doch zu kritisieren, dass der europäische Gesetzgeber im Hinblick auf die Beurteilung der E-mail-Werbung kein einheitliches Bild erkennen lässt. So überlässt es die wenige Wochen vor dem Kommissionsvorschlag in Kraft getretene E-Commerce-Richtlinie den Mitgliedstaaten, ob sie die unerbetene E-mail-Werbung verbieten wollen. Die deutsche Rechtsprechung ist daher durch die E-Commerce-Richtlinie nicht gehindert, die E-mail-Werbung für wettbewerbswidrig zu halten.

Gänzlich unklar stellt sich die Rechtslage dar, wenn man den geänderten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in die Betrachtung einbezieht. Nach dem Richtlinienvorschlag ist die unaufgeforderte Telefon- und E-mail-Werbung ohne vorherige Einwilligung des Verbrauchers zulässig, sofern der Verbraucher diese nicht offenkundig abgelehnt oder hiergegen keine deutlichen Einwände erhoben hat. Ob das wettbewerbsrechtliche Verbot der Telefon- und E-mail-Werbung gegenüber Verbrauchern in Zukunft auch im Bereich des Fernabsatzes für Finanzdienstleistungen aufrechterhalten bleiben kann, erscheint vor diesem Hintergrund fraglich. Es bleibt zu hoffen, dass der Richtlinienvorschlag im weiteren Gesetzgebungsverfahren wieder geändert wird.

Die restriktive Beurteilung des Direktmarketing mittels Telefon, Telefax und E-mail durch die deutsche Rechtsprechung verstößt weder gegen die Warenverkehrsfreiheit noch gegen die Dienstleistungsfreiheit. Werbetreibende aus dem europäischen Ausland können sich daher gegenüber deutschen Gerichten nicht darauf berufen, dass das Verbot unaufgeforderter Werbebotschaften mit den Grundfreiheiten nicht vereinbar und ihnen gegenüber daher nicht anwendbar sei.

Soweit die Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung zum Vertrieb von Waren eingesetzt wird, handelt es sich bei dem wettbewerbsrechtlichen Verbot ihrer unaufgeforderten Verwendung um eine sog. „bestimmte Verkaufsmodalität“ i.S.d. „Keck“-Rechtsprechung des EuGH, die nicht vom Anwendungsbereich des Art. 28 EGV erfasst wird.

Sofern die Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung als Marketing-Instrument zum Vertrieb von Dienstleistungen eingesetzt wird, betrifft das wettbewerbsrechtliche Verbot lediglich eine Modalität der Vermarktung der Dienstleistung. Bei einer entsprechenden Anwendung der „Keck“-Doktrin scheidet eine Beschränkung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus. Das produktunabhängig geltende Verbot der unaufgeforderten Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung stellt jedoch eine Beschränkung der grenzüberschreitenden Werbedienstleistung professioneller Direktmarketing-Agenturen dar. Diese Beschränkung ist aber zum Schutz von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

Im Ergebnis setzen sich daher ausländische Werbetreibende der Gefahr aus, vor deutschen Gerichten nach deutschem materiellen Wettbewerbsrecht auf Unterlassung

in Anspruch genommen zu werden, wenn sie gegenüber Personen im Inland unaufgeforderte Telefon-, Telefax- und E-mail-Werbung betreiben. Werbende aus dem europäischen Ausland können sich gegenüber dem wettbewerbsrechtlichen Verbot nicht auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrages berufen. In- und ausländische Werbetreibende haben sich daher bei ihren Direktmarketing-Maßnahmen gleichermaßen an die vom deutschen Wettbewerbsrecht aufgestellten Anforderungen zu halten.

## Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“, in: NJW 1994, 189 ff.
- Alt, Wilfried*, Rechtliche Probleme der Briefkastenwerbung, in: WRP 1985, 319 ff.
- Ders.*, Die Zusendung von Werbematerial trotz Widerspruchs des Umworbenen, in: NJW 1986, 1597 ff.
- Ders.*, Recht und Praxis der Briefkastenwerbung, Frankfurt am Main 1987
- Alternativkommentar*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in zwei Bänden, Band 1, Art. 1 – 37, Wassermann, Rudolf (Gesamthrg.), 2. Auflage, Neuwied 1989
- Apel, Jürgen / Grapperhaus, Tanja*, Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, in: WRP 1999, 1247 ff.
- Arndt, Hans-Wolfgang / Köhler, Markus*, Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie, in: EWS 2001, 102 ff.
- Ayad, Patrick*, E-Mail-Werbung – Rechtsgrundlagen und Regelungsbedarf, in: CR 2001, 533 ff.
- Bachmann, Birgit*, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet, in: IPRax 1998, 179 ff.
- Bar, Christian v.*, Internationales Privatrecht, 2. Band, Besonderer Teil, München 1991
- Basedow, Jürgen*, Keck on the facts, in: EuZW 1994, 225
- Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, Stand 1. September 2000, München 2001
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter*, Zivilprozessordnung, Band 1, 59. Auflage, München 2001
- Becker, Ulrich*, Voraussetzungen und Grenzen der Dienstleistungsfreiheit, in: NJW 1996, 179 ff.
- Bleckmann, Albert*, Staatsrecht II, Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln u.a. 1997
- Bodewig, Theo*, Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, in: DZWiR 1997, 447 ff.
- Boehme-Neßler, Volker*, Europäisches Internetrecht, in: EWS 2001, 149 ff.
- Bögeholz, Harald*, Wirbelwind, Elektronische Post im Internet, in: c't, Heft 8/1999, 152 ff.
- Böhm, Steffen*, Unerlaubte Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, in: MMR 1999, 643 ff.
- Börner, Fritjof / Heitmann, Stephan / Sengpiel, Markus / Strunk, Günther / Zöllkau, York*, Der Internet Rechtsberater, Rechtsfragen und steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten, 1. Auflage, Köln 1999
- Bröhl, Georg M.*, EGG – Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehr, in: MMR 2001, 67 ff.
- Bruns, Jürgen*, Direktmarketing, Ludwigshafen u.a., 1998
- Büchner, Wolfgang (Hrsg. u.a.)*, Beck'scher TKG-Kommentar, Telekommunikationsgesetz, 2. Auflage, München 2000
- Bülow, Peter*, Sittenwidrigkeit der Telefonwerbung und psychologischer Kaufzwang, in: WRP 1970, 413 ff.
- Ders.*, Haftung der Werbeagentur gegenüber Dritten bei Verstößen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, in: BB 1975, 538 f.
- Ders.*, Zur Telefonwerbung im gewerblichen Bereich, in: GRUR 1976, 180 ff.
- Ders.*, Neue Rechtsprechung zur Telefonwerbung, in: WRP 1978, 744 ff.
- Burckhardt, Peter*, Telefonwerbung und HaustürWG, in WRP 1996, 659 ff.

- Busche, Jan / Kraft, Hartmut*, Werbung per electronic mail: Eine neue Herausforderung für das Wettbewerbsrecht, in: WRP 1998, 1142 ff.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias*, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft -EUV/EGV-, Neuwied 1999
- Classen, Claus Dieter*, Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?, in: EWS 1995, 97 ff.
- Dallmer, Heinz (Hrsg.)*, Handbuch Direct-Marketing, 7. Auflage, Wiesbaden 1997
- Dethloff, Nina*, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: NJW 1998, 1596 ff.
- Dies.*, Grenzüberschreitende Telefonwerbung und Grundfreiheiten, in: IPRax 1999, 347 ff.
- Dies.*, Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: JZ 2000, 179 ff.
- Dieselhorst, Jochen*, Anwendbares Recht bei Internationalen Online-Diensten, in: ZUM 1998, 293 ff.
- Dolzer, Rudolf / Vogel, Klaus (Hrsg.)*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Stand: 96. Lieferung, Mai 2001
- Dreher, Meinrad*, Richtlinienumsetzung durch Exekutive und Judikative?, in: EuZW 1997, 522 ff.
- Dreyer, Wolfgang / Summa, Harald (Hrsg.)*, Praxishandbuch Internet Business: Online-Marketing, Electronic Commerce und Intranet, Band 1, Stand Januar 2000
- Eberhartinger, Michael*, Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten, in: EWS 1997, 43 ff.
- Ehlers, Wolfram*, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Verbrauchers vor Werbung, in: WRP 1983, 187 ff.
- Ehricke, Ulrich*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, in: EuZW 1999, 553 ff.
- Emmerich, Volker*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage, München 1998
- Endres, Johannes / Bager, Jo*, Briefkästen für @lle, in: c`t, Heft 8/1999, 156 ff.
- Engel-Flehsig, Stefan / Maennel, Fritjof A. / Tettenborn, Alexander*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, in: NJW 1997, 2981 ff.
- Engels, Stefan / Eimterbäumer, Stefanie*, Sammeln und Nutzen von e-Mail-Adressen zu Werbezwecken, in: K&R 1998, 196 ff.
- Engels, Stefan*, Zivilrechtliche Haftung für Inhalte im World Wide Web, in: AfP 2000, 524 ff.
- Erman, Walter (Hrsg.)*, BGB, Handkommentar, 1. Band (§§ 1 – 853), 10. Auflage, Köln u.a. 2000
- Ernst, Stefan*, Wirtschaftrecht im Internet, in: BB 1997, 1057 ff.
- Ders.*, Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Internets, in: VuR 1997, 259 ff.
- Everling, Ulrich / Roth, Wulf-Henning*, Mindestharmonisierung im europäischen Binnenmarkt, 1. Auflage, Baden-Baden 1997
- Federrath, Hannes*, Zur Kontrollierbarkeit des Internet, in: ZUM 1999, 177 ff.
- Feierabend, Harald*, Annahme verweigert, in: c`t, Heft 7/1997, 102 ff.
- Fenchel, Jörg*, Negative Informationsfreiheit: zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit, Diss. iur., Berlin 1997
- Fezer, Karl-Heinz*, Europäisierung des Wettbewerbsrecht, in: JZ 1994, 317 ff.
- Fikentscher, Wolfgang / Möllers, Thomas*, Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung, in: NJW 1998, 1337 ff.
- Fikentscher, Wolfgang*, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin 1997
- Freitag, Andreas / Busemann, Jan Rudolf*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von elektronischer Post als Mittel des Direktmarketing, in: AfP 1998, 475 ff.
- Freitag, Andreas / Mitschke, Martin*, Werbung und Recht im Internet von A-Z, Frankfurt am

Main 1999

- Freund, Stefan*, Das Persönlichkeitsrecht des Umworbenen: ein bürgerlich-rechtlicher Beitrag zum Verbraucherschutz unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, München u.a. 1983
- Ders.*, Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Werbeadressaten, in: BB 1986, 409 ff.
- Freytag, Stefan M.*, Haftung im Netz: Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und § 5 MDSStV, München 1999
- Ders.*, Urheberrechtliche Haftung im Netz, in: ZUM 1999, 185 ff.
- Funk, Axel*, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-mail, in: CR 1998, 411 ff.
- Gamm, Otto-Friedrich Freiherr v.*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 1993
- Geimer, Reinhold*, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Köln 1997
- Gellermann, Martin*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG: dargestellt am Beispiel des europäischen Umweltrechts, Diss. iur., 1993/94, Köln u.a. 1997
- Gierschmann, Sibylle*, Die E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2000, 1315 ff.
- Gilles, Peter*, Recht und Praxis des Telemarketing, in: NJW 1988, 2424 ff.
- Glöckner, Jochen*, „Cold Calling“ und europäische Richtlinie zum Fernabsatz – ein trojanisches Pferd im deutschen Lauterkeitsrecht, in: GRUR Int. 2000, 29 ff.
- Gloy, Wolfgang (Hrsg.)*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Auflage, München 1997
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard*, Das Recht der Europäischen Union, Band 1, EUV/EGV (Amsterdamer Fassung), Stand: 16. Ergänzungslieferung, Juli 2000, München
- Groeben, Hans von der / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, Art. A-F EUV, Art. 1-84 EGV, 5. Auflage, Baden-Baden 1997
- Grundmann, Stefan*, EG-Richtlinien und nationales Privatrecht, in: JZ 1996, 274 ff.
- Gummig, Christian*, Rechtsfragen bei Werbung im Internet, in: ZUM 1996, 573 ff.
- Günther, Andreas*, Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Art. 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, in: CR 1999, 172 ff.
- Hartwig, Henning / Fenschl, Christine*, Werbung per Telefon - Kostenlose Telefongespräche dank Werbung?, in: WRP 1999, 1083 ff.
- Härting, Niko*, Internetrecht, Köln 1999
- Ders.*, Erstkontakt mit dem Verbraucher nach dem Fernabsatzgesetz, in: DB 2000, 2312 ff.
- Ders.*, Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2001, 80 ff.
- Ders.*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2001, 271 ff.
- Henning-Bodewig, Frauke*, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen und Massenmedien nach deutschem und amerikanischem Recht, Köln u.a. 1981
- Dies.*, Die Tarnung von Werbung, in: GRUR Int. 1991, 858 ff.
- Heermann, Peter W.*, Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei der E-Mail-Nutzung, in: K&R 1999, 6 ff.
- Ders.*, Das deutsche Wettbewerbsrecht und die „Keck“-Rechtsprechung des EuGH, in: WRP 1999, 381 ff.
- Ders.*, Artikel 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung: Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Einführung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestandes? In: GRUR Int. 1999, 579 ff.
- Hey, Felix Ch.*, Direktmarketing und Persönlichkeitsschutz im Rahmen der Geschäftsverbindung von Banken und Kunden, Diss. iur., Berlin 1994
- Hinden, Michael von*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet: das anwendbare Recht, Tübingen 1999
- Hoeren, Thomas*, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: UFITA, Band 137,

- 1996, 35 ff.
- Ders.*, Cybermanners und Wettbewerbsrecht - Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, in: WRP 1997, 993 ff.
- Ders.*, Internet und Recht - Neue Paradigmen des Informationsrechts, in: NJW 1998, 2849 ff.
- Ders.*, Rechtsfragen des Internet: Ein Leitfaden für die Praxis, Köln 1998
- Ders.*, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, in: MMR 1999, 192 ff.
- Ders.*, Grundzüge des Internetrechts: E-Commerce/Domains/Urheberrecht, München 2001
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich (Hrsg.)*, Handbuch Multimedia Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Stand: Dezember 2000, München 2001
- Hoeren, Thomas / Oberscheidt, Jörn*, Verbraucherschutz im Internet, in: VuR 1999, 371 ff.
- Hoffmann, Bernd v.*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, München 2000
- Hoffmann, Helmut*, Die Entwicklung des Internet-Rechts, in: Beilage zu NJW 2001, Heft 14, 5 ff.
- Hofmann, Horst-Herbert*, Telefonwerbung: nicht nur lästig, sondern unlauter, in: WRP 1970, 8 ff.
- Hoppmann, Carsten*, Der Vorschlag für eine Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, in: VersR 1999, 673 ff.
- Horster, Patrick / Fox, Dirk*, Datenschutz und Datensicherheit, Braunschweig u.a. 1999
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Freiheitsrechte, Heidelberg 1989
- Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter F. / Teplitzky, Otto (Hrsg.)*, Großkommentar zum UWG, Einleitung, 9. Lieferung, Berlin u.a. 1994
- Dies.*, Großkommentar zum UWG, §§ 16 – 24, 3. Lieferung Berlin u.a., 1991
- Jankowski, Rayner*, Kosten beim Empfänger unverlangter E-Mails - nur ein Scheinargument?, in: K&R 2000, 499 ff.
- Jarass, Hans*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in: NJW 1989, 857 ff.
- Joliet, René*, Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung, in: GRUR Int. 1994, 979 ff.
- Jung, Peter*, Die Netiquette - Grundlage eines globalen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb in internationalen Datennetzen?, in: Immenhauser / Wichtermann (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 1998, Vernetzte Welt - globales Recht, Stuttgart u.a. 1999, S. 153 ff.
- Kelm, Stefan*, Technische Maßnahmen gegen Spam. Was tun gegen unerwünschte E-mails?, in: DuD 1999, 27 ff.
- Kewenig, Wilhelm A.*, Telefonische Nachbearbeitung von Abonnementverträgen und Verfassungsrecht, in: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, Badura / Scholz, (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, München 1993, S. 625 ff.
- Klauer, Irene*, Die Europäisierung des Privatrechts: Der EuGH als Zivilrichter, Diss. iur., 1. Auflage, Baden-Baden 1998
- Klawitter, Christian*, Telefonakquisition im gewerblichen Bereich verboten?, in: NJW 1993, 1620 ff.
- Koch, Frank A.*, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, in: CR 1997, 193 ff.
- Ders.*, Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet, in: CR 1999, 121 ff.
- Köhler, Helmut / Piper, Henning*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, München 2001
- Köhler, Helmut*, Die Haftung des Betriebsinhabers für Wettbewerbsverstöße seiner Angestellten und Beauftragten (§ 13 IV UWG), in: GRUR 1991, 344 ff.
- Köhler, Markus / Arndt, Hans-Wolfgang*, Recht des Internet, 2. Auflage, Heidelberg 2000
- Koos, Stefan*, Europäischer Lauterkeitsmaßstab und globale Integration: Beitrag zu einer weltmarktorientierten Sichtweise des nationalen und gemeinschaftlichen Wett-

- bewerbsrechts, Diss. iur., München 1996
- Kossel, Axel*, Reibungslose Kommunikation, Mail optimal nutzen, in: c`t, Heft 8/1999, 170 ff.
- Kotthoff, Jost*, Werbung ausländischer Unternehmen im Inland: Die Beurteilung grenzüberschreitender Werbung nach dem internationalen Privatrecht, dem Wettbewerbsrecht und dem Recht der Europäischen Union, Diss. iur., 1. Auflage, Baden-Baden 1995
- Ders.*, Der Schutz des Euro-Marketings über Art. 30 EGV, in: WRP 1996, 79 ff.
- Ders.*, Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, in: CR 1997, 676 ff.
- Krajewski, Markus F.*, Werbung über das Handy, in: MMR 2001, 86 ff.
- Kröger, Detlev / Gimmy, Marc A.*, Handbuch zum Internet-Recht, Electronic Commerce-, Informations-, Kommunikations- und Mediendienste, Berlin u.a. 2000
- Krüger-Nieland, Gerda*, Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1974, 561 ff.
- Kuner, Christopher*, Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, in: CR 1996, 453 ff.
- Lambsdorff, Hans Georg Graf v.*, Handbuch des Wettbewerbsverfahrensrechts, Neuwied, u.a. 2000
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, Halbband 2, 13. Auflage, München 1994
- Lehmann, Michael*, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz - Der Richtlinien-vorschlag der EU-Kommission, in: ZUM 1999, 180 ff.
- Lehmann, Michael (Hrsg.)*, Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997
- Leible, Stefan*, Kfz-Parallelimporte und deutsches Irreführungsverbot, in: WRP 1997, 517 ff.
- Leible, Stefan / Sosnitza, Olaf*, „2 für 1-Vorteil“, Rabattgesetz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: GRUR 1995, 799 ff.
- Dies.*, Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, in: NJW 1998, 2507 ff.
- Dies.*, Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie, in: K&R 1998, 283 ff.
- Lettl, Tobias*, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und e-mail, in: GRUR 2000, 977 ff.
- Ders.*, Die AGB-rechtliche Relevanz einer Option in der formularmäßigen Einwilligungserklärung zur Telefonwerbung, in: NJW 2001, 42 f.
- Leupold, Andreas*, Die massenweise Versendung von Werbe-eMails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung des Empfängers?, in: WRP 1998, 270 ff.
- Leupold, Andreas / Bräutigam, Peter / Pfeiffer, Markus*, Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, in: WRP 2000, 575 ff.
- Lindacher, Walter F.*, Zum Internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: WRP 1996, 645 ff.
- Ders.*, Internationale Zuständigkeit in Wettbewerbssachen. Der Gerichtsstand der Wettbewerbshandlung nach autonomen deutschen IZPR, in: Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Heldrich, Andreas / Uchida, Takeyoshi (Hrsg.), Tokyo 1996, S. 321 ff.
- Loewenheim, Ulrich / Koch, Frank A.*, Praxis des Online-Rechts, Weinheim u.a. 1998
- Lüder, Tilman E.*, Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung, in: EuZW 1996, 615 ff.
- Mangold, Hermann v. / Klein, Friedrich / Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 4. Auflage, München 1999
- Mankowski, Peter*, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR Int. 1999, 909 ff.
- Ders.*, Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR Int. 1999, 995 ff.
- Ders.*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, in: RabelsZ, Band 63

- (1999), 203 ff.
- Maunz, Theodor / Düring, Günther*, Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 1 - 11, Stand: 37. Lieferung, August 2000, München Oktober 2001
- Dies.*, Grundgesetz Kommentar, Band II, Art. 12 - 21, Stand: 37. Lieferung, August 2000, München Oktober 2001
- Melullis, Klaus-J.*, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Auflage, Köln 2000
- Menke, Burkhardt*, Die vergleichende Werbung in Deutschland nach der Richtlinie 97/55/EG und der BGH-Entscheidung „Testpreis-Angebot“, in: WRP 1998, 811 ff.
- Meyer, Alfred Hagen*, Anm. zum „Keck“-Urteil, in: WRP 1994, 100 ff.
- Ders.*, Bemerkungen zur „Mars“-Entscheidung des EuGH, in: GRUR Int. 1996, 98 ff.
- Micklitz, Hans-W.*, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998
- Ders.*, Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, in: ZEuP 1999, 875 ff.
- Micklitz, Hans-W. / Reich, Norbert*, Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, in: BB 1999, 2093 ff.
- Möschel, Wernhard*, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, in: NJW 1994, 429 ff.
- Münch, Ingo v. (Begr.)*, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 19, Kunig, Philip (Hrsg.), 5. Auflage, München 2000
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, Allg. Teil (§§ 1 - 240), AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Einführungsgesetz zum BGB (Art. 1 - 38), Internationales Privatrecht, 3. Auflage München 1998
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, §§ 1 - 354, München 1992
- Nirk, Rudolf / Kurtze, Helmut*, Wettbewerbsstreitigkeiten, 2. Auflage, München 1992
- Nordemann, Wilhelm*, Telefon- und Telexwerbung, in: WRP 1969, 16 ff.
- Ders.*, Telefonwerbung - bald ganz verboten?, in: AfP 1991, 484 ff.
- Ders.*, Wettbewerbs- und Markenrecht, 8. Auflage, Stand: 15. Dezember 1995, Baden-Baden 1996
- Olenhusen, Götz v.*, Schutz gegen Werbemaßnahmen durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Wettbewerbsrecht, in: FuR 1973, 417 ff.
- Oppermann, Thomas*, Europarecht, 2. Auflage, München 1999
- Ott, Sieghart*, Anwaltswerbung per E-Mail, Ohne Regeln geht gar nichts, in: Anwalt 2000, 14 f.
- Paefgen, Thomas Christian*, Über die Schwierigkeit unseres Rechts mit dem Direkt-Marketing, in: MDR 1992, 112 ff.
- Ders.*, Ist die Telefonwerbung noch zu retten?, in: WRP 1994, 73 ff.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001
- Pastor, Wilhelm L. (Begr.) / Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Der Wettbewerbsprozess: Ein Praxishandbuch, 4. Auflage, Köln u.a. 1999
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard*, Grundrechte, Staatsrecht II, 16. Auflage, Heidelberg 2000
- Piper, Henning*, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbsrecht: UWG, RabattG, ZugabeVO, Köln 1992
- Raczinski, Bernd / Bernhardt, Achim*, Rechtsfragen der Telefonakquise, in: VersR 1992, 405 ff.
- Raeschke-Kessler, Hilmar/Schroeder, Dirk*, 25 Jahre Rechtsprechung zur Telefonwerbung - und kein Ende?, in: Festschrift für Henning Piper zum 65. Geburtstag, Erdmann / Gloy / Herber (Hrsg.), München 1996, S. 399 ff.
- Reich, Norbert*, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: EuZW 1997, 581 ff.
- Reichelsdorfer, Jörg*, „e-Mails“ zur Werbezwecken - ein Wettbewerbsverstoß?, in: GRUR

- 1997, 191 ff.
- Remien, Oliver*, Grenzen gerichtlicher Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: JZ 1994, 349 ff.
- RGRK*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Band II, 5. Teil, §§ 821 - 831 BGB, 12. Auflage, Berlin u.a. 1989
- Roßnagel, Alexander*, Recht der Multimedia-Dienste, Kommentar zum IuKDG und zum MDStV, Stand: 1. Januar 2000, München 2000
- Roth, Wulf-Henning*, Freier Warenverkehr nach „Keck“, in: Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Hübner, Ulrich/Ebke, Werner F. (Hrsg.), Heidelberg 1999, S. 929 ff.
- Rüßmann, Helmut*, Wettbewerbshandlungen im Internet - Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, in: K&R 1998, 422 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.)*, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1999
- Sack, Rolf*, Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, in: WRP 1998, 103 ff.
- Ders.*, Auswirkungen der Artt. 30, 36 und 59 ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1998, 871 ff.
- Ders.*, Die Berücksichtigung der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung bei der Anwendung der §§ 1 und 3 UWG, in: WRP 1998, 241 ff.
- Ders.*, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, in: WRP 2000, 269 ff.
- Schack, Haimo*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, Internationales Privatrecht, in: MMR 2000, 59 ff.
- Ders.*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, Internationales Zivilprozessrecht, in: MMR 2000, 135 ff.
- Schad, Elvira*, Das Internet, kein rechtsfreier Raum, in: WRP 1999, 243 ff.
- Scharf, Heike*, Auswirkungen der Briefkastenwerbung in der Praxis, in: WRP 1996, 393 ff.
- Scherer, Inge*, Zur Frage der Schutzgesetzqualität von §§ 1, 3 UWG für Verbraucher, in: WRP 1992, 607 ff.
- Dies.*, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, Habil., Berlin 1996
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz*, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied u.a. 1999
- Schmittmann, Jens*, Telefaxwerbung im Lichte der Richtlinie des Europäischen Parlaments zum Datenschutz in digitalen Telekommunikationsnetzen, in: RDV 1995, 61 ff.
- Ders.*, Geschäfte und Werbung im Netz, in: DuD 1997, 636 ff.
- Ders.*, Rechtliche Aspekte der Short-Message-Service-Werbung, in: MMR 1998, 346 ff.
- Ders.*, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, Diss. iur., Münster 1999
- Schmitz, Dirk*, Ende des Verbots der Telefonwerbung, in: AfP 1998, 485 ff.
- Schmoll, Andrea*, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Frankreich, England und den USA, Jena, Univ., Diss. iur. 2000, Frankfurt am Main u.a. 2001
- Schrey, Joachim*, Wettbewerbsrechtliche Probleme beim Bildschirmtext, Diss. iur., München 1989
- Ders.*, Nachlese: Wettbewerbswidrige „Junk-e-Mails“, in: K&R 1998, 222 ff.
- Schrey, Joachim / Westerwelle, Kai*, „Junk-E-mails“ im Internet. Wenn der elektronische Briefkasten ungewollt verstopft wird, in: BB 1997, Beil. 18, 17 ff.
- Schrack, Andrea*, Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung, in: MMR 2000, 399 ff.
- Schricker, Gerhard*, Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, in: GRUR Int. 1998, 541 ff.

- Schroeder, Dirk / Federle, Anne*, Das Keck-Urteil: Tatsächlich eine Abkehr von „Yves Rocher“?, in: ZIP 1994, 1428 ff.
- Schütz, Jörg*, Nachahmungsgefahr und Unlauterkeit, in: WRP 1993, 168 ff.
- Schwarz, Mathias (Hrsg.)*, Recht im Internet. Der Rechtsberater für Online-Anbieter und -Nutzer, Band 1, Augsburg, Stand: 18. Lieferung Mai 2001.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1. Auflage, Baden-Baden 1999
- Schwerdtfeger, Armin / Evertz, Stephan / Kreuzer, Philipp Amadeus / Peschel-Mehner, Andreas / Poeck, Torsten*, Cyberlaw, Fallbeispiele und Checklisten zum Online-Recht, Wiesbaden 1999
- Sieber, Ulrich*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (1), in: JZ 1996, 429 ff.
- Ders.*, Verantwortlichkeit im Internet: technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen; zugleich eine Kommentierung von § 5 TDG und § 5 MDStV, München 1999
- Simon, Jürgen*, Telemarketing und Verbraucherschutz, in: CR 1991, 457 ff.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.) / Sieber W. (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823 – 853), 12. Auflage, Stuttgart u.a. Stand: Frühling 1998
- Sosnitzka, Olaf*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung: Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, zugl. Diss. iur., 1994, 1. Auflage, Baden-Baden 1995
- Speckmann, Gerhard*, Wettbewerbsrecht: UWG - Markenrechtsverletzungen - Wettbewerbsverfahrensrecht, 3. Auflage, Köln u.a. 2000
- Sperr, Bernhard / Fischer, Sabine*, Zulässige und unzulässige Werbung, 3. Auflage, Stuttgart u.a. 1998
- Spindler, Gerhard*, Deliktsrechtliche Haftung im Internet – nationale und internationale Rechtsprobleme, in: ZUM 1996, 533 ff.
- Ders.*, Störerhaftung im Internet, in: K&R 1998, 177 ff.
- Ders.*, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, in: ZUM 1999, 775 ff.
- Ders.*, E-Commerce in Europa, Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, in: MMR-Beilage 7/2000, 4 ff.
- Ders.*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Köln 2000
- Ders.*, Der Entwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: ZRP 2001, 203 ff.
- Spindler, Gerhard / Schmittmann, Jens M.*, Unerwünschte E-Mail-Werbung, in: MMR Beilage 8/2001, 10 ff.
- Staudinger, J.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Art. 38 EGBGB, 13. Bearbeitung, Berlin 1998
- Ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Internationales Wirtschaftsrecht, 13. Bearbeitung, Berlin 2000
- Ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 - 825, 13. Bearbeitung, Berlin 1999
- Steckler, Brunhilde*, Die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeitskriterien bei Verwendung teletechnischer Kommunikationsmedien im Direktmarketing, in: GRUR 1993, 863 ff.
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, §§ 1 - 90, 21. Auflage, Tübingen 1993
- Steindorff, Ernst*, Unvollkommener Binnenmarkt, in: ZHR 158 (1994), 149 ff.
- Ders.*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 1996
- Strömer, Tobias H.*, Online-Recht, 2. Auflage, Heidelberg 1999
- Stuyck, Jules*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Europäischen Union, in: WRP 1994, 578 ff.

- Teplitzky, Otto*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, Köln u.a. 1997
- Tettenborn, Alexander*, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K&R 1999, 252 ff.
- Ulrich, Gustav-Adolf*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz der Privatsphäre, in: Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, Baur / Jacobs / Lieb / Müller-Graff, Berlin u.a. 1995, S. 902 ff.
- Ultsch, Michael*, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen. Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, in: NJW 1997, 3007 ff.
- Vahrenwald, Arnold (Hrsg.)*, Recht in Online und Multimedia, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vertragsgestaltung, Praxis-Handbuch, 4. Aktualisierung, Dezember 1999
- Vehslage, Thorsten*, Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, in: GRUR 1999, 656 ff.
- Ders.*, E-Mail-Werbung. Ein Überblick zum Stand der Rechtsprechung und Literatur mit weitergehenden Lösungsansätzen, in: DuD 1999, 22 ff.
- Vogt, Stefan*, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1986, 1987 und 1988, in: NJW 1990, 357 ff.
- Ders.*, Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1989 bis 1993, in: NJW 1993, 2845 ff.
- Ders.*, Lexikon des Wettbewerbsrechts, München 1994
- Waldenberger, Arthur*, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, in: EuZW 1999, 296 ff.
- Wanckel, Endres*, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft: zugleich ein Beitrag zum Entwicklungsstand des allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Frankfurt am Main u.a. 1999
- Wienke, Martin*, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung über Bildschirmtext und Teletex, in: WRP 1986, 455 ff.
- Willingmann, Armin*, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Vertriebsrecht für Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union? – Die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG), in: VuR 1998, 395 ff.
- Wimmer, Norbert / Gerhard, Michael*, Der Online-Provider im neuen Multimediarecht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998
- Wolff, Dietmar*, Werbung direct, Bonn 1999
- Ders.*, Direktwerbung und Datenschutz, in: RDV 1999, 9 ff.
- Zehentmeier, Ursula*, Unaufgeforderte E-Mail-Werbung - Ein wettbewerbswidriger Boom im Internet?, in: BB 2000, 940 ff.
- Ziem, Claudia*, Spamming, Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, in: MMR 2000, 129 ff.
- Zöller, Alexander*, Telefonwerbung ist nicht grundsätzlich unzulässig, in: GRUR 1992, 297 ff.
- Zöller, Richard (Begr.)*, Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Köln 2001