

# Die rechtliche Zulässigkeit von Werbe-E-Mails

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Stefan Modemann

aus: Kronach

Referent: Prof. Dr. Hans-Peter Mansel

Korreferent: Prof. Dr. Anja Steinbeck

Tag der mündlichen Prüfung: 03.07.2003

# Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung .....	1
A.	Untersuchungsgegenstand .....	1
B.	Problemaufriss .....	2
1.	Was sind E-Mails? .....	2
a.	Kurzbeschreibung .....	2
b.	Geschichte .....	2
c.	Technik .....	4
2.	Vorteile und Umfang der Kommunikation via E-Mail .....	5
3.	Was sind Werbe-E-Mails? .....	6
4.	Wie erfolgt die Versendung von Werbe-E-Mails? .....	7
5.	Vorteile und Umfang von E-Mail-Werbung .....	7
6.	Welche Probleme entstehen durch Werbe-E-Mails .....	9
7.	Außergesetzliche Lösungsansätze .....	11
II.	Rechtslage bei anderen Formen des Direktmarketings .....	15
C.	Briefkastenwerbung .....	15
1.	Verstoß gegen §§ 823, 1004 BGB und §§ 903, 1004, 862 BGB .....	16
2.	Verstoß gegen § 1 UWG .....	17
3.	Widerspruch .....	19
D.	Telefonwerbung .....	20
1.	Telefonwerbung im privaten Bereich .....	20
a.	Verstoß gegen § 1 UWG .....	20
b.	Verstoß gegen § 823 I BGB .....	22
c.	Einverständnis .....	23
2.	Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich .....	26
E.	Telexwerbung .....	28
F.	Teletexwerbung .....	30
G.	Telefaxwerbung .....	32
1.	Verstoß gegen § 1 UWG .....	32
2.	Verstoß gegen § 823 BGB .....	35
3.	Einverständnis .....	35
H.	Btx-Werbung .....	37
III.	Materielle Rechtslage in Deutschland .....	41

I. Spezialgesetzliche Regelungen .....	41
1. FernAbsG .....	41
2. TDG/MDStV .....	41
3. Zwischenergebnis .....	43
J. § 1 UWG .....	43
1. Sittenwidrigkeit aufgrund von Belästigung .....	44
a. Belästigende Werbung .....	44
b. Interessen auf Seiten der Verbraucher .....	45
1) Gefahr der Nachahmung .....	46
a) Methodischer Ansatzpunkt .....	46
b) Nachahmungsgefahr bei E-Mails .....	52
2) Kosten .....	57
a) Nutzungsabhängige Telefon- und Providerkosten .....	58
b) Nutzungsunabhängige Telefon- und Providerkosten .....	70
c) Sonstige Kosten .....	71
3) Zeit- und Arbeitsaufwand .....	73
4) Blockade der Empfangsmöglichkeit / Funktionsbeeinträchtigung der Kommunikationsanlage .....	84
5) Informationsfreiheit .....	91
6) Allgemeines Persönlichkeitsrechts – Eingriff in die Individualsphäre .....	102
7) Interesse an Werbung .....	106
c. Interessen auf Seiten des Werbenden .....	107
1) Interesse an billiger Werbemethode .....	107
2) Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu ausländischen Unternehmen .....	108
d. Interessen auf Seiten der Allgemeinheit .....	110
e. Interessenabwägung .....	111
f. Einverständnis .....	117
1) Grundsätzliches Einverständnis .....	117
2) Ausdrücklich erklärtes Einverständnis .....	120
3) Konkludent erklärtes Einverständnis .....	120
4) Vermutetes Einverständnis .....	127
2. Behinderung .....	128

3. Täuschung .....	130
a. Täuschung über den werbenden Charakter der E-Mail .....	130
b. Täuschung über den Absender der Werbe-E-Mail.....	132
4. Sittenwidrigkeit aufgrund von Ablehnung.....	134
5. Ergebnis.....	135
K. § 3 UWG .....	135
1. Täuschung über den werbenden Charakter der Werbe-E-Mail.....	135
2. Täuschung über den Absender der Werbe-E-Mail.....	136
L. §§ 312c, 312e BGB.....	136
M. § 823 I BGB .....	137
1. Eigentumsbeeinträchtigung .....	137
2. Besitz.....	142
3. Eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	143
4. Informationsfreiheit .....	150
5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	151
6. Ergebnis.....	151
N. § 823 II BGB .....	152
a. Art. 10 II FARL.....	152
b. StGB .....	154
1) § 265a StGB.....	154
2) § 303 StGB.....	155
3) §§ 303a, 303b StGB.....	156
c. Ergebnis .....	158
O. Exkurs: Ausnahme für Angebote .....	158
P. Europarecht .....	160
1. Sekundäres Gemeinschaftsrecht.....	160
a. FARL .....	161
b. E-Commerce-Richtlinie.....	178
c. Datenschutzrichtlinie.....	182
2. EGV .....	185
a. Art. 28 ff. EGV (Art. 30 ff. EGV a.F.).....	185
1) Anwendungsbereich.....	185
2) Rechtfertigung .....	190
3) Ergebnis .....	193

b. Art. 49 ff. EGV (Art. 59 ff. EGV a.F.).....	193
1) Anwendungsbereich.....	194
2) Rechtfertigung .....	197
Q. Ergebnis.....	197
R. Ausblick.....	199
1. Außergesetzliche Lösungsansätze .....	199
2. opt-out-Lösung.....	200
Literaturverzeichnis .....	204

## **I. Einleitung**

### **A. Untersuchungsgegenstand**

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Problem der rechtlichen Zulässigkeit von unverlangten Werbe-E-Mails. Es soll die Frage geklärt werden, ob und inwieweit kommerzielle Werbung sich des Mediums E-Mail bedienen darf. Hierbei sollen die Grenzen der Zulässigkeit des Kommunikationsmediums E-Mail im Bereich der kommerziellen Werbung beleuchtet werden. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwieweit die bestehende deutsche Rechtslage den Anforderungen der Datenschutzrichtlinie genügt.

Der Untersuchungsgegenstand beschränkt sich auf Fragen, welche sich unmittelbar aus der werbemäßigen Nutzung dieses Kommunikationsmittels ergeben. Aspekte, die nur im mittelbaren Zusammenhang stehen, bleiben unberücksichtigt. Eine Behandlung aller Probleme würde den Rahmen einer derartigen Arbeit sprengen. Hinsichtlich des Inhaltes der Nachricht soll daher nur kommerzielle Werbung an sich untersucht werden. Wahlwerbung oder ähnliches bleibt unberücksichtigt. Auch produktspezifische und berufsgruppenbezogene Reglementierungen werden nicht angesprochen. Werbeverbote, für z.B. Tabakprodukte oder Prostitution, sind daher ebenso wenig Gegenstand der Arbeit wie standesrechtliche Beschränkungen von Werbung, wie z.B. für Rechtsanwälte<sup>1</sup>. Als nicht E-Mail-spezifisches Problem wird ebenfalls die Frage nicht behandelt, ob sich die Unzulässigkeit von Werbe-E-Mails aus dem darin enthaltenen

---

<sup>1</sup> vgl. umfassend Hoeren/Sierber-Marwitz Teil 11.2, Rn. 100ff.; Vahrenwald 10.1.2.

diffamierenden Inhalt der Nachricht ergeben kann.<sup>2</sup> Auch Fragen und Probleme, die sich aus der Vermischung von werbenden und redaktionellen Inhalten ergeben - Missachtung des Trennungsgebotes - sind nur insoweit Gegenstand der Ausführungen, wie ein spezifischer Zusammenhang zum Medium E-Mail besteht.

## **B. Problemaufriss**

Im Zuge der fortschreitenden Vernetzung<sup>3</sup> durch das Internet wird dieses Medium auch verstärkt für kommerzielle Zwecke genutzt. Insbesondere Werbung per Internet erfreut sich wachsender Popularität<sup>4</sup>. Eine Werbeform ist diejenige per E-Mail.

### **1. Was sind E-Mails?**

#### *a. Kurzbeschreibung*

E-Mail ist einer der Dienste, welche im Internet zur Verfügung stehen. Mit E-Mail können, vergleichbar mit der Briefpost, Nachrichten auf elektronischem Wege von Computer zu Computer verschickt werden.

#### *b. Geschichte*

Das Medium E-Mail hat, wie das gesamte Internet, seine Wurzeln im frühen ARPANet. Die ARPA (Advanced Research Projects Agency) war eine Arbeitsgruppe, die vom US-Verteidigungsministerium eingerichtet wurde, um nach neuen Ideen und Technologien Ausschau zu halten und diese finanziell zu unterstützen und zu koordinieren. Aufgrund der Budgetknappheit war es der ARPA nicht möglich, jeder Forschungseinrichtung einen Großrechner zukommen zu lassen. Daher wurde 1966 die Idee geboren, die ARPA-Rechner zu vernetzen<sup>5</sup> und somit einzelne Großrechneranlagen kostengünstig allen angeschlossenen Rechnern zugänglich zu machen.

---

<sup>2</sup> vgl. hierzu LG München CR 1997, 155ff.; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593; Leupold WRP 1998, 270, 277

<sup>3</sup> Im Oktober 2000 waren bereits 18,3 Millionen Deutsche ab 14 Jahre Nutzer des Internets (MediaGruppe Digital, @facts-monthly Oktober 2000, [http://www.sevenonemedia.de/service/publikationen/download/at\\_facts1000.pdf](http://www.sevenonemedia.de/service/publikationen/download/at_facts1000.pdf)).

<sup>4</sup> Kiethe WRP 2000, 616, 617

<sup>5</sup> Zu den verschiedenen Arten von Netzwerken vgl. Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/aufbau/netzwerk.html>

1969 wurden diese Idee mit dem ARPANet realisiert, indem zunächst vier Forschungseinrichtungen vernetzt wurden. Dieses Netz wurde in der nachfolgenden Zeit erweitert, so dass 1971 schon fast vierzig Einrichtungen das ARPANet darstellten. Mit dem ARPANet wurde auch die paketorientierte Übertragung entwickelt<sup>6</sup>, welche bis heute mit dem TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) dem Internet zugrunde liegt.<sup>7</sup> Das ARPANet stellt verschiedene Dienste zur Verfügung. Die ersten beiden Dienste im ARPANet waren Telnet und FTP (File Transfer Protocol). 1971 wurde diesen eine individuelle Kommunikationsplattform hinzugefügt, die E-Mail (Electronic Mailing).

Das ARPANet entwickelte sich mit der Zeit zum privat organisierten Internet, so wie wir es heute kennen. So schloss es sich 1984 mit dem 1979 entstandenen NSFNet (National Science Foundation Network), einem rein universitären Netzwerk, das sich aus dem CSNet (Computer Sciences Network) gebildet hatte, zusammen. Zuvor spaltete sich 1983 das MILNet ab, das den gesamten militärischen Datenverkehr übernahm. Grund hierfür war die Sorge des US-Verteidigungsministeriums um die Offenheit des ARPANet, welche durch den dem NSFNet gewährten Zugriff verstärkt wurde. Mit der Zeit wuchsen die angeschlossenen Netze und das NSFNet übernahm immer mehr Funktionen des ARPANetzes. Daher beschloss die ARPANet, das äußerst organisations-, pflege- und kostenintensive ARPANet einzustellen. In den nächsten Jahren entwickelte sich das Internet immer weiter und gewann immer mehr an Größe, insbesondere bedingt durch die Entwicklung des WWW (World Wide Web).<sup>8</sup> Einer der populärsten Dienste ist und bleibt aber die E-Mail.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Im ARPANet war das grundlegende Übertragungsprotokoll das NTP (Network Transfer Protocol), welches vom TCP/IP ersetzt wurde. (Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/geschichte/history.html>)

<sup>7</sup> Nähere Erläuterungen zur paketorientierten Übertragung und zum TCP/IP-Schichtenmodell vgl. Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/aufbau/routing.html>; Ritterhofer, <http://www.rittershofer.de/info/bagindra/tcpip.htm>

<sup>8</sup> Karadeniz, Netplanet, , <http://www.netplanet.org/geschichte/history.html>

<sup>9</sup> Donath, E-Mail bleibt wichtigste Internet-Anwendung, <http://www.golem.de/0010/10296.html>

c. Technik

Die Versendung und der Empfang von E-Mails erfolgt mittels des SMTP (Simple Mail Transfer Protocol)<sup>10</sup>, welches auf der TCP/IP-Schicht<sup>11</sup> aufsetzt. SMTP hat aber den Nachteil, dass eingehende E-Mails nur ausgeliefert werden können, wenn der Empfänger gerade "online" ist. SMTP als reines "Push-Protocol" erlaubt nicht, dass Nachrichten gelagert und zum Abruf bereitgehalten werden.<sup>12</sup> Dieses Manko wird mit Hilfe von unterschiedlichen Protokollen behoben, die sich in drei Kategorien einteilen lassen.<sup>13</sup>

Beim sogenannten "offline-model" verbindet sich der Nutzer mit dem Server<sup>14</sup>, lädt alle Nachrichten von seiner Mailbox, in der diese gespeichert sind, herunter und löscht sie dann vom Server. Der Server speichert und leitet die Nachrichten nur weiter. Die Sichtung, Bearbeitung und Verwaltung der Nachrichten erfolgt lokal beim Nutzer und ist vor dem "Download" nicht möglich. Protokolle dieser Kategorie sind z.B. der weitverbreitete POP3 (Post Office Protocol Version 3) und UUCP (Unix to Unix Copy)<sup>15</sup>. Beim sog. "online-model" greift der Nutzer auf die Nachrichten zu, während er "online" ist, d.h. eine Verbindung zum Server unterhält. Die Daten in der Mailbox bleiben grundsätzlich auf dem Server. Der Client sichtet und verwaltet die Nachrichten auf dem Server. Protokolle dieser Art sind

---

<sup>10</sup> vgl. eingehend Klensin, Simple Mail Transfer Protocol, RFC 2821, <http://www.cis.ohio-state.edu/Services/rfc/rfc-text/rfc2821.txt>; Postel, Simple Mail Transfer Protocol, RFC 821, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc0821.html>; eine anschauliche Kurzdarstellung findet sich unter Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/protokoll.html>

<sup>11</sup> vgl. eingehend zum Schichtenmodell: Ritterhofer, <http://www.rittershofer.de/info/bagindra/tcpip.htm>

<sup>12</sup> Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/pop3.html>; Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_p.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_p.htm)

<sup>13</sup> Crispin, Distributed Electronic Mail Models in IMAP 4, RFC 1733, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1733.txt>; Gray, Comparing Two Approaches to Remote Mailbox Access: IMAP vs. POP, <http://www.imap.org/papers/imap.vs.pop.brief.html>

<sup>14</sup> Ein Server bezeichnet einen Computer, welcher Informationen bereithält. Diese können von dem sogenannten Client, dem Nutzer, abgerufen werden. (Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/abisz/s.html>; Malkin, Internet Users' Glossary, RFC 1983, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1983.html>). Zum Server-Client-Modell vgl. auch: Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/aufbau/architektur.html>.

<sup>15</sup> Crispin, Distributed Electronic Mail Models in IMAP 4, RFC 1733, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1733.txt>

NFS (Network File System) und IMAP4 (Internet Message Access Protocol Version 4).<sup>16</sup>

Das "disconnected-model" stellt eine Hybride zwischen den beiden vorherigen Modellen dar. Der Nutzer lädt einen Satz Nachrichten vom Server herunter, bearbeitet sie "offline", um später die Änderungen auf den Server zu laden, welcher die Verwaltung der Nachrichten übernimmt. Unter diese Kategorie fällt z.B. DMSP (Distributed Mail System Protocol).<sup>17</sup>

Die beiden populärsten Protokolle, die für den Empfang von E-Mails verwendet werden sind POP3<sup>18</sup> und IMAP4. Zu letzterem ist noch anzumerken, dass dieses nicht nur "online-", sondern auch "offline-" und "disconnected-processing" ermöglicht, also eigentlich unter alle drei Kategorien fällt.<sup>19</sup>

Die Adressierung einer Nachricht erfolgt auch bei E-Mails mit Hilfe des URL-Schemas. Eine E-Mail-Adresse setzt sich grundsätzlich aus zwei Teilen zusammen, User und Host, die durch einen sogenannten Klammeraffen - @ - getrennt werden, z.B. Modemann@gmx.de. "Modemann" ist hier der Name der Mailbox des Users, "gmx.de" der Host.<sup>20</sup>

## **2. Vorteile und Umfang der Kommunikation via E-Mail**

Kommunikation via E-Mail erlaubt dem Nutzer ähnlich schnell erreichbar wie bei der Kommunikation per Telefon zu sein. Daneben kann er aber auch, wie bei der Verständigung per Post, die Nachrichten später abrufen. Die Erreichbarkeit ist also in jeder Form gewährleistet. Auch erlaubt es die Kommunikation via E-Mail die Mitteilung, ähnlich wie Telefaxe, schriftlich zu dokumentieren. Dabei fallen aber erheblich geringere Papier- und Be-

---

<sup>16</sup> Crispin, a.a.O.

<sup>17</sup> vgl. eingehend Lambert, PCMail: A Distributed Mail System for Personal Computers, RFC 1056, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1056.html>

<sup>18</sup> vgl. hierzu Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/pop3.html>; Meyers, Post Office Protocol - Version 3, RFC 1939, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1939.txt>

<sup>19</sup> vgl. hierzu vgl. hierzu Crispin, Internet Message Access Protocol - Version 4rev1, RFC 2060, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc2060.txt>; Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/pop3.html>; Meyers, Post Office Protocol - Version 3, RFC 1939, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1939.txt>

<sup>20</sup> vgl. eingehend zur Adressierung Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/protokoll.html>; ders., Netplanet, <http://www.netplanet.org/adressierung/url.html>

triebskosten an. So ist die Übertragung preiswerter, da der Adressat nicht direkt angewählt werden muss, sondern die Einwahl beim jeweiligen Provider erfolgt. Weiterhin ist bei der Kommunikation per E-Mail die Vertraulichkeit im größeren Maße gewährleistet, als beispielsweise bei Telefaxen. Zu letzteren haben, insbesondere im gewerblichen Bereich, meist mehrere Leute Zugang, während bei Mailboxen nur der Inhaber des Passwortes die Nachrichten einsehen kann. Ferner können mit Hilfe von E-Mails eine Vielzahl von Adressaten, ohne dass die Nachricht mehrmals abgeschickt werden muss, erreicht werden. Auch können mittels E-Mail nicht nur schriftliche Nachrichten sondern Daten jeder Art versandt werden, so z.B. Videofilme, Musikstücke oder Grafiken.<sup>21</sup>

Aufgrund dieser Vorteile erfreut sich das Medium E-Mail ständig wachsender Beliebtheit. Es wird von ca. 10 Milliarden Menschen genutzt. Diese Zahl soll auf ca. 35 Milliarden im Jahre 2005 anwachsen.<sup>22</sup> Das Medium E-Mail wird aber nicht nur zur privaten Kommunikation benutzt, sondern setzt sich auch verstärkt im geschäftlichen Bereich durch.<sup>23</sup>

### **3. Was sind Werbe-E-Mails?**

Hat eine E-Mail einen werbenden Inhalt, so wird sie als Werbe-E-Mail oder Unsolicited Commercial E-Mails (UCE), bei einem massenhaften Versand als Spam<sup>24</sup> bezeichnet. Werbe-E-Mails stellen eine Untergruppe der Unsolicited-Bulk-E-Mails dar, die alle unerwünschten Mails bezeichnen.<sup>25</sup> Es handelt sich hierbei um eine Form des Direktmarketings. Hierunter ver-

---

<sup>21</sup> Forster NJW-CoR 1997, 27; Funk CR 1998, 411, 413f.; Heermann K&R 1999, 6; Manowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17

<sup>22</sup> Donath, E-Mail bleibt wichtigste Internet-Anwendung, <http://www.golem.de/0010/10296.html>

<sup>23</sup> Zur Nutzung von E-Mails in europäischen und US-amerikanischen Unternehmen vgl. eingehend Empirica, Tabellenanhang, [http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/Empirica\\_Tabellenanhang.doc](http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/Empirica_Tabellenanhang.doc), S. 10ff., 20ff., 30ff., 70, 75ff., 105, 112ff.

<sup>24</sup> Die Bezeichnung Spam beruht auf einen Sketch aus der Monty-Python-Serie. Dort wurde die amerikanische Dosenfleischmarke als sog. running gag gebraucht: Spam konnte man nicht entgehen. So gelang es einem Ehepaar in einem Restaurant nicht, ein Frühstück ohne Spam zu bestellen. Letztlich blieb dem Paar nur die Wahl zwischen einem Frühstück mit Spam oder keinem Frühstück (Der komplette Sketch findet sich unter <http://bau2.uibk.ac.at/sg/python/Scripts/TheSpamSketch>)

<sup>25</sup> Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/abisz/u.html>

steht man eine Marketingaktivität mit einer unmittelbaren, individuellen Einzelansprache von Zielpersonen.<sup>26</sup>

#### **4. Wie erfolgt die Versendung von Werbe-E-Mails?**

Da die manuelle Versendung einzelner Werbe-E-Mails an ausgewählte Empfänger zu zeitraubend und daher unrentabel ist, erfolgt die Versendung mit Hilfe von Bulk-E-Mail-Programmen (z.B. "floodgate", "goldrush") und Mailing-Listen. Die Adressen für die Mailing-Listen können auf verschiedene Weise gesammelt werden, z.B. mittels automatisierter Scripts in News-Groups oder "Whois"-Datenbanken, durch Internet-Provider oder von Mailing-Listen. Vielfach bieten Unternehmen auch einen "Komplett-Service" an, der neben dem zur Verfügung stellen der gespeicherten Adressen auch die Versendung der E-Mails enthält.<sup>27</sup>

#### **5. Vorteile und Umfang von E-Mail-Werbung**

Die Nutzung von E-Mail erlaubt es Werbemitteilungen kostengünstig, schnell und nahezu vollautomatisch an eine Vielzahl von Empfängern zu versenden. Mit der richtigen Software ist es dem Werbenden möglich, eine große Anzahl an Werbesendungen zu versenden, ohne dass teure Prospekte oder Briefe gedruckt werden müssen. Papier- und Portokosten entfallen. Auch sind im Vergleich zu Telefaxen, Telex oder ähnlichen Kommunikationsmitteln die Übertragungskosten wesentlich geringer, da (neben eventuell anfallenden Provider-Gebühren) nur die Verbindungskosten zum nächsten Einwahlknotenpunkt gezahlt werden müssen, was besonders bei Versendungen in das Ausland erhebliche Kosten einspart und so für viele kleine und mittlere Unternehmen grenzüberschreitendes Marketing erst möglich macht.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Funk CR 1988, 411, 412

<sup>27</sup> Leupold WRP 1998, 270, 27; vgl. eingehend zur Frage, wie die Versender an die Adressen gelangen können Raz, How do spammers harvest E-Mail addresses?, <http://www.private.org.il/harvest.html>

<sup>28</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142; Dethloff NJW 1998, 1596, 1598; Freitag/Busemann AfP 1998, 475f.; Funk CR 1998, 411, 412f.; Heermann K&R 1999, 6; Köhler NJW 1998, 185; Leupold WRP 1998, 270, 271; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 193; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17; Schrick MMR 2000, 399, 400;

Als eine Form des Direktmarketing ermöglicht E-Mail-Werbung, anders als allgemeine Publikumswerbung, eine direkte und gezielte Ansprache des Kunden. Die Werbung kann direkt an Personengruppen mit bestimmten Merkmalen gerichtet werden, welche anhand von Eintragungen in bestimmte News-Groups, Mailing-Listen oder anhand von Bestellungen per Internet ermittelt werden. Dies ist nicht nur kostengünstiger als eine breit gestreute Werbung, sondern auch effektiver.<sup>29</sup> Durch die Möglichkeit der direkten Ansprache entfällt auch das sogenannte "Random-Chance-Shopper-Problem", das bei Werbung auf Websites besteht. Der Kunde muss nicht erst auf die Webseite des Werbenden stoßen.<sup>30</sup>

Auch kann mit dem Kunden, mittels des Kommunikationskanals E-Mails, eine interaktive Beziehung aufgebaut werden. Es besteht, anders als bei Telex, Telefax oder Briefverkehr, die Möglichkeit einer unmittelbaren Interaktion mit dem angesprochenen Kunden. Nur E-Mail erlaubt es dem Adressaten, durch einen bloßen Mausklick eine Maske für eine Antwort aufzurufen und so eine Antwort zu generieren.<sup>31</sup>

Weiterhin ist die Übermittlungsgeschwindigkeit, insbesondere im Vergleich zur Kommunikation per Post, sehr viel höher. Die Werbung, das Angebot erreicht den Adressaten wesentlich schneller. Ebenso erhält der Werbende schneller eine Reaktion auf seine Bemühungen.<sup>32</sup>

Ferner erlaubt es die Kommunikationsform E-Mail die Werbemitteilung mit gesprochenem Text, Musik, animierten Bildern zu versehen bzw. ganze Videoclips zu versenden.<sup>33</sup> Die Möglichkeiten, welche die Werbung per E-Mail bietet, sind also wesentlich größer als diejenigen anderer Direktmarketingformen. Die Werbung kann daher interessanter gestaltet werden.

---

BB 1997, Supplement Nr. 18, 17; Schrick MMR 2000, 399, 400; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>29</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142; Dethloff NJW 1998, 1596, 1598; Funk CR 1998, 411, 412; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 192f.; Schrick MMR 2000, 399, 400

<sup>30</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000

<sup>31</sup> Funk CR 1998, 411, 412

<sup>32</sup> Funk CR 1998, 411, 413

Aufgrund der oben beschriebenen Vorteile erfreut sich das Werbemedium E-Mail wachsender Beliebtheit. So schätzten Internet-Service-Provider den Anteil der Werbe-E-Mails am übermittelten Nachrichtenaufkommen auf bis zu 30%.<sup>34</sup> Eine Umfrage unter Internetnutzern hat diese Schätzung bestätigt.<sup>35</sup>

## **6. Welche Probleme entstehen durch Werbe-E-Mails**

Ein Hauptproblem der Werbe-E-Mails sind die mit ihnen verbundenen Kosten bzw. deren Verteilung. Für den Werbenden ist das Werbemittel E-Mail im Vergleich zu anderen Werbeformen sehr günstig. Kosten entstehen hauptsächlich bei denen, die diese E-Mails weiterleiten und empfangen.<sup>36</sup> Der Internet-Service-Provider, der die Werbenachrichten weiterleitet, muss Aufwendungen für den Ausbau der Bandbreite seines Netzes bzw. der Speicherkapazitäten seiner Server, der aufgrund der Belastung durch E-Mails nötig wird, tätigen. Weiterhin muss der Provider die Kosten tragen, die durch das Filtern von E-Mails entstehen (z.B. Software, Arbeitsaufwand), und diejenigen Kosten, die im Zuge der Kundenbetreuung nötig werden (z.B. Beschwerdestellen).<sup>37</sup> So sind z.B. bei Concentric Networks, einem großen amerikanischen Internet-Provider, fünf Vollzeit-Arbeitskräfte mit dem Aufspüren von Werbe-E-Mails und der Bearbeitung von Kundenbeschwerden beschäftigt. Auch musste Concentric die Anzahl der Computer verdoppeln, um Werbe-E-Mails kontrollieren zu können.<sup>38</sup> Weitere Kosten entstehen dem Anbieter dadurch, dass Kunden den Pro-

---

<sup>33</sup> Heermann K&R 1999, 6; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 193; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17

<sup>34</sup> vgl. im einzelnen Dern, Postage due on junk e-mail -- Spam costs Internet millions every month, <http://content.techweb.com/se/directlink.cgi?INW19980504S0003>;

<sup>35</sup> Jones, Poll Analysis, Almost All E-Mail Users Say Internet, E-Mail Have Made Lives Better, <http://www.gallup.com/poll/releases/pr010723.asp>

<sup>36</sup> Bowen, Controlling unsolicited bulk e-mail, [http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail\\_p.html](http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail_p.html); Leupold, WRP 1998, 270

<sup>37</sup> Bowen, Controlling unsolicited bulk e-mail, [http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail\\_p.html](http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail_p.html); H.R. 3113, sec.2 Congressional Findings and Policy (5); Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 18

<sup>38</sup> Bowen, Controlling unsolicited bulk e-mail, [http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail\\_p.html](http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail_p.html); Leupold, WRP 1998, 270, 271

vider wechseln. Entweder, weil sie über die Belästigung mit Werbe-E-Mails verärgert sind, oder weil erwünschte E-Mails durch den Anbieter als unerwünschte Werbung deklariert und ausgefiltert werden und somit nicht mehr an den Kunden gelangen.<sup>39</sup>

Der Empfänger - Adressat der E-Mail - wird durch die zusätzlichen Telefon- und Access-Providerkosten und Kosten für den E-Mail-Provider, die durch das Abrufen der Nachrichten entstehen, belastet.<sup>40</sup> Weiterhin kostet das Sichten, Sortieren, Löschen der unerwünschten Nachrichten, das Schreiben von Beschwerden an die Werbenden und das Verlangen, dass man von den Verteilungslisten des Werbenden entfernt wird, Zeit, Mühe und Geld. Insbesondere in Unternehmen wird hierdurch Arbeitskraft in einer für das Unternehmen unerwünschten Weise gebunden. Auch wird der einzelne Empfänger durch die Kosten belastet, die dem Provider entstehen und die dieser an den einzelnen User weiterleitet. Schon 1998 wurden in den U.S.A. die Kosten für den einzelnen User auf monatlich \$ 2 geschätzt.<sup>41</sup>

Ferner besteht durch die verstärkte Zusendung von E-Mails die Gefahr, dass die Speicherkapazität des betroffenen E-Mail-Accounts erschöpft wird.<sup>42</sup> Die meisten Anbieter von E-Mail-Accounts beschränken zumindest für den privaten Nutzer den Speicherplatz, der durch die eingehenden E-Mails auf dem Server belegt werden darf.<sup>43</sup> Ist der Speicher voll, so schi-

---

<sup>39</sup> Bowen, Controlling unsolicited bulk e-mail, [http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail\\_p.html](http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail_p.html); Byrne, Squeezing Spam Off the Net: Federal Regulation of Unsolicited Commercial E-Mail, Absatz 15, <ftp://www.wvjolt.wvu.edu/v2i1/byrne.htm>; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 18

<sup>40</sup> Ziem MMR 2000, 129, 131

<sup>41</sup> Bowen, Controlling unsolicited bulk e-mail, [http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail\\_p.html](http://www.sunwold.com/sunworldonline/swol-08-1997/swol-08-junkE-Mail_p.html); Dem, Postage due on junk e-mail -- Spam costs Internet millions every month, <http://content.techweb.com/se/directlink.cgi?INW19980504S0003>; Donath, E-Mail bleibt wichtigste Internet-Anwendung, <http://www.golem.de/0010/10296.html>; Leupold WRP 1998, 270, 271; Smith, CRS Report for Congress, Junk E-Mail, CRS-1f.; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000

<sup>42</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000

<sup>43</sup> So ist beim größten deutschen Anbieter T-Online der Speicherplatz für E-Mails auf 5 MB beschränkt (<http://service.t-online.de/t-on/dien/emai/ar/CP/ar-email-ueberblick.html>),

cken manche Anbieter die eingehenden E-Mails an den Absender zurück.<sup>44</sup> Durch E-Mail-Werbung wird aber nicht nur die Speicherkapazität des einzelnen Accounts belastet, sondern auch die zur Datenübertragung zur Verfügung stehenden Übermittlungskapazitäten. Durch große Mengen der versandten E-Mails werden die Mail-Server belastet, was dazu führt, dass diese langsamer werden.<sup>45</sup> Vereinzelt sind sogar schon Server unter der Last von Massen-E-Mails zusammengebrochen.<sup>46</sup>

Außerdem ist, wie oben erläutert, die Zusendung von E-Mails oftmals mit Mühen und Kosten für den Empfänger verbunden. Daher genießt diese Werbeform bei vielen (potentiellen) Empfängern kein gutes Ansehen, ebenso wie die Unternehmen, die sich dieser Werbeform bedienen. Daher kann, wie im Falle des Unterhaltungselektronik-Herstellers Samsung, durch Werbe-E-Mails auch das Image einer Firma geschädigt werden. Durch gefälschte Werbe-E-Mails hatte dieses Unternehmen täglich zwischen 6.000 und 10.000 E-Mails von verärgerten Kunden erhalten.<sup>47</sup> Aber auch die Access-Provider erleiden durch Werbe-E-Mails, die durch sie ja weitergeleitet werden, einen Imageverlust.<sup>48</sup>

## **7. Außergesetzliche Lösungsansätze**

Die oben geschilderte Problematik hat zu einer Reihe von Initiativen geführt, die auf verschiedenen Wegen diese Problematik zu bewältigen suchen.

So sind verschiedene Verhaltenskodizes aufgestellt worden. Der Populärste ist die sogenannte Netiquette. Unter diesen Begriff fallen diejenigen

---

bei CompuServe auf 20 MB  
(<http://www.compuServe.de/cso/hilfe/win/nutzungsbedingungen>).

<sup>44</sup> So T-Online (<http://service.t-online.de/t-on/dien/email/ar/CP/ar-email-ueberblick.html>)

<sup>45</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000

<sup>46</sup> So ist am 10.12.2000 E-Mail-Dienst des Providers Verizon, einer der größten Backbone-Provider an der Ostküste der U.S.A., aufgrund von Massen-E-Mails zusammengebrochen (Wulf/Weiß, E-Mail-Service an der Ostküste zusammengebrochen, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_18679.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_18679.html))

<sup>47</sup> Leupold, WRP 1998, 270, 271

<sup>48</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000

Regeln, welche sich die Netzgemeinde selbst gibt.<sup>49</sup> Unaufgeforderte Werbe-E-Mails werden diesem Regelwerk nach als nicht willkommen angesehen und sie sollten nicht versendet werden.<sup>50</sup> Zu beachten ist aber, dass die Netiquette keinerlei Bindungswirkung hat, sondern nur Richtlinien aufstellt, welche die Nutzer und Provider beachten sollten.

Ferner gibt es auch mehrere, von den werbenden Unternehmen selbst aufgestellte, Regulative.<sup>51</sup> Diese Selbstrestriktionen basieren hauptsächlich auf der Überlegung, dass E-Mail-Werbung den Empfänger nicht belästigen darf, um eine hohe Akzeptanz dieser Werbeform zu erreichen.<sup>52</sup> Verwirklicht werden soll dieses Ziel insbesondere durch eine entsprechende Kennzeichnung der Nachrichten<sup>53</sup> bzw. durch Beachtung des Wunsches des Empfängers, keine Werbe-Nachrichten zu empfangen<sup>54</sup>. Problematisch ist aber auch hier, dass diese Richtlinien keinerlei Bindungswirkung entfalten.

Eine weitere Schutzmöglichkeit gegen Werbe-E-Mails sind "Robinsonlisten" (opt-out-Register)<sup>55</sup>. In diese können sich Inhaber von E-Mail-Accounts eintragen, wenn sie keine Werbung empfangen möchten. Werbende Unternehmen können diese Listen dann erwerben und so die Versendung von unerwünschten Nachrichten an diese Empfänger vermeiden. Die Wirksamkeit dieser Listen ist aber sehr begrenzt, da ihnen zum

---

<sup>49</sup> Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/netiquette/index.html>

<sup>50</sup> Hambridge, Netiquette Guidelines, RFC 1855, <http://www.dtcc.edu/cs/rfc1855.html>, 2.1.1.

<sup>51</sup> so z.B. mehrere Guidelines der International Chamber of Commerce: ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/internet\\_guidelines.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/internet_guidelines.asp); ICC International Code of Direct Marketing, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/marketcod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/marketcod.asp); ICC International Code of Advertising Practice (1997 Edition), [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1997/advercod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp)

<sup>52</sup> vgl. Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 586f.

<sup>53</sup> Art. 12 des ICC International Code of Advertising Practice (1997 Edition), [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1997/advercod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp)

<sup>54</sup> Art. 27 des ICC International Code of Direct Marketing, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/marketcod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/marketcod.asp); Art. 5, Nr. 6 des ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/internet\\_guidelines.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/internet_guidelines.asp)

<sup>55</sup> so z.B. E-Robinson - Deutsche Mailschutzliste, [www.erobinson.com](http://www.erobinson.com); Freitag-Liste, <http://www.de/freitag/info.html>

einen die Bindungswirkung fehlt. Weiterhin ist die Beachtung mit Kosten für den Unternehmer verbunden. Außerdem gibt es keine allumfassende Robersonliste, die alle Personen enthält, die keine Werbung erhalten möchten.

Ferner können sich die Adressaten der Werbe-E-Mails und Provider mit sogenannten Filterprogrammen<sup>56</sup> gegen den Empfang von Werbe-E-Mails schützen. Diese ermöglichen es, anhand der Absenderadresse, bestimmter Begriffe in der Betreffzeile bzw. des Nachrichtenteils<sup>57</sup> oder der Größe der Mitteilung, Werbenachrichten auszusortieren. Stammt die Nachricht von einem bestimmten Absender, enthält ihre Betreffzeile bzw. der Nachrichtenteil Schlagworte oder ist die Nachricht von einer bestimmten Größe, so werden die Nachrichten automatisch gelöscht, aussortiert oder ihr Empfang wird abgelehnt.<sup>58</sup> Bei dem Einsatz von Filtersoftware besteht aber die Gefahr, dass die Filter auch erwünschte Nachrichten, bei denen es sich nicht um Werbe-E-Mails handelt, aussortieren und löschen.<sup>59</sup> So hat im März 2001 AOL mehrere hunderttausend E-Mails fälschlicherweise als Werbe-E-Mails identifiziert und gelöscht.<sup>60</sup> Auch können Filter von Werbenden umgangen werden und so ihre Wirksamkeit verlieren.<sup>61</sup>

Eine andere Möglichkeit Werbe-E-Mails zu vermeiden ist der Wechsel der E-Mail-Adresse und / oder des Providers bzw. die Einrichtung mehrerer. Auch eine Geheimhaltung der Adresse trägt zur Vermeidung von Werbe-

---

<sup>56</sup> Eine Übersicht zu diesen Programmen findet sich unter <http://www.mail.de.uu.net/spam/spamfilter.html>

<sup>57</sup> Eine E-Mail besteht grundsätzlich aus zwei Teilen: dem Header und dem Nachrichtenteil. Der Header enthält u.A. den Absender, den Empfänger und die Betreffzeile. Im Nachrichtenteil ("Body") befindet sich die eigentliche Nachricht. Vgl. eingehend zu den Bestandteilen einer E-Mail Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/E-Mail/protokoll.html>.

<sup>58</sup> Jud, Mail-Filter für ankommende Mails, <http://www.zi.unizh.ch/publications/pdf/mailfilter.pdf>

<sup>59</sup> Kelm, Technische Maßnahmen gegen Spam, Was tun gegen unerwünschte E-Mails?, <http://www.cert.dfn.de/infoserv/dib/dib-9901.html>; Gerling, Rechtslage zu Mailfilter, [http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling\\_mail-filter.html](http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling_mail-filter.html)

<sup>60</sup> Wulf/Weiß, AOL: E-Mails von Earthlink boykottiert, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_141773.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_141773.html).

<sup>61</sup> Papst, Spam Spam Spam Spam Spam Spam Spam Spam, [http://www.univie.ac.at/comment/arch/98-1/981\\_30.html](http://www.univie.ac.at/comment/arch/98-1/981_30.html); Schrick MMR 2000, 399, 401

E-Mails bei, weiterhin kann die Nutzung von Internetdiensten komplett aufgegeben werden.<sup>62</sup>

Neben den verschiedenen Initiativen zum Schutz vor E-Mail-Werbung, schlagen manche Nutzer einen anderen Weg ein und versuchen durch Gegenaktionen die Werbenden von der Nutzung des Mediums E-Mail abzuhalten. Dies geschieht insbesondere durch Denial of Service Attacks (DoS). Ziel dieser Angriffe ist es, den Rechner des Opfers zum Absturz zu bringen, so dass dieser bestimmte Dienste nicht mehr nutzen kann.<sup>63</sup> Dies kann insbesondere durch sogenanntes Mail-Bombing geschehen. Hierbei wird der Versender durch die geballte Rücksendung extrem umfangreicher E-Mails bzw. einer großen Anzahl von E-Mails blockiert.<sup>64</sup> Ein weiteres Mittel sind Teergruben, welche die Leistungsfähigkeit des Senders verringern.<sup>65</sup> Eine andere Art, Werbende vom Versenden von Werbe-E-Mails abzuhalten, ist die Einrichtung von Schwarzen Listen (Blacklists), auf denen die Namen und Web-Adressen von identifizierten Versendern von Werbe-E-Mails genannt werden, um diese in Misskredit zu bringen, sie zum Ziel anderer Gegenaktionen, wie Mail-Bombing, zu machen oder das Filtern anhand der Adresse zu ermöglichen.<sup>66</sup>

Neben den Nutzern gehen vereinzelt auch Provider gegen die Versender von Werbe-E-Mails vor. Um dem Imageverlust entgegenzuwirken, den verschiedene Provider erlitten haben und um den Gegenreaktionen der User entgegenzuwirken, sind Provider vereinzelt dazu übergegangen, Versendern von E-Mail-Werbung den Netzzugang zu sperren.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Heermann K&R 1999, 6, 13

<sup>63</sup> Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_d.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_d.htm)

<sup>64</sup> Heermann K&R 1999, 6, 13; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 18;

Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_m.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_m.htm)

<sup>65</sup> Donnerhacke, Teergruben FAQ, [\[jena.de/mitarb/lutz/usenet/teergrube.html\]\(http://www.iks-jena.de/mitarb/lutz/usenet/teergrube.html\); Heermann K&R 1999, 6, 13](http://www.iks-</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>66</sup> Boldt, Blacklist of Internet Advertisers, <http://math-www.uni-paderborn.de/~axel/BL/>; Eine umfangreiche Liste derartiger Blacklists findet sich unter <http://www.declude.com/JunkMail/Support/ip4r.htm>

<sup>67</sup> Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 18; So hat AOL einen angeblichen Versender von Massen-Werbe-E-Mails zeitweise blockiert (Wulf/Weiß, AOL hebt E-Mail-Blockade von Harris wieder auf, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_40056.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_40056.html)).

## II. Rechtslage bei anderen Formen des Direktmarketings

Bei E-Mail-Werbung handelt es sich um eine Form des Direktmarketings. Andere Formen des Direktmarketings sind z.B. Werbung via Telefon, Telefax oder Postwurfsendung. Im Folgenden wird die Rechtslage hinsichtlich der Arten von Werbung dargestellt, die gewisse Parallelen zur E-Mail-Werbung aufweisen. Im Einzelnen sind dies Werbemaßnahmen via Telefon, Telex, Teletex, Telefax und Btx, da es sich, wie beim Medium E-Mail, primär um technische Übertragungsformen handelt. Ferner wird auf die Briefkastenwerbung eingegangen, da bei dieser, wie bei der Kommunikation per E-Mail, ein Briefkasten (Mailbox) vorliegt, in dem die Nachrichten gelagert (gespeichert) und von dem die Nachrichten abgeholt (abgerufen) werden.

Die Darstellung der Rechtslage zu diesen Werbeformen ist insbesondere angezeigt, da, sowohl die Rechtsprechung, als auch die Literatur, bei der Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit von E-Mail-Werbung auf die Rechtslage zu anderen Direktmarketingformen Bezug nehmen.<sup>68</sup>

### C. Briefkastenwerbung

Nach allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung und der Literatur ist Briefkastenwerbung per Werbebrief, Handzettel, Prospekt, Anzeigenblatt oder Ähnlichem grundsätzlich zulässig.<sup>69</sup> Etwas anderes gilt aber im Fall, dass der Umworbene dem Empfang widersprochen hat.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> vgl. unter anderem LG Kiel DuD 2000, 737ff.; LG Traunstein MMR 1998, 109; Funk CR 1998, 411, 412; Günther CR 1999, 172 m.w.N.; Heermann K&R 1999, 6, 11ff.; Leupold WRP 1998, 270

<sup>69</sup> Eine Differenzierung zwischen Briefwerbung i.S.v. persönlich adressierten Briefen mit werbenden Inhalt und Briefkastenwerbung i.S.v. nicht adressiertem Werbematerial, wie sie Köhler/Piper-Köhler § 1 UWG, Rn. 170ff. vornimmt, ist hier nicht von Nöten, da sich nur in Detailfragen Unterschiede ergeben.

<sup>70</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1992, 1958; BGH NJW 1992, 1109; BGH NJW 1989, 902, 903; BGH NJW 1973, 1119, 1120; KG NJW 1990, 2824, 2825; KG NJW 1990, 2142; OLG Bremen NJW 1990, 2140; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854; OLG Hamburg NJW 1991, 2914; OLG Hamburg NJW-RR 1989, 873; OLG Karlsruhe NJW 1991, 2910f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 244; OLG München NJW 1984, 2422; LG Bremen NJW 1990, 456; LG Freiburg NJW 1990, 2824; LG Hagen NJW 1991, 2911; LG Kassel NJW

### 1. Verstoß gegen §§ 823, 1004 BGB und §§ 903, 1004, 862 BGB

Hat der Empfänger dem Erhalt der Werbung widersprochen, so stellt die Nichtbeachtung des Widerspruchs eine Verletzung des Eigentums- und Besitzrechts bzw. des Persönlichkeitsrechts dar.<sup>71</sup>

Erhält der Empfänger trotz ausdrücklichen Widerspruchs Briefkastenwerbung, so werde das Eigentums- und Besitzrecht beeinträchtigt. Dem Empfänger steht als Haus- oder Wohnungseigentümer bzw. -besitzer aus §§ 1004, 903, 862 BGB das Recht zu, sich gegen eine Beeinträchtigung seiner räumlich-gegenständlichen Sphäre durch das Aufdrängen von unerwünschtem Werbematerial zur Wehr zu setzen. Dieses Recht besteht nicht nur dann, wenn Werbematerial in einer solchen Menge eingeworfen werde, dass die eigentliche Funktion des Briefkastens - die Aufnahme von Postsendungen - in Frage gestellt wird. Der Betroffene kann sich vielmehr auch gegen vereinzelte Zusendung wehren. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die von Briefkastenwerbung ausgehende Beeinträchtigung als sozialadäquat oder gar als Ausfluss von "gewachsenen Besitzständen" der Werbewirtschaft hinzunehmen ist. Angesichts des Ausmaßes von Werbung dieser Art kann die Beeinträchtigung nicht mehr als unwesentlich eingeordnet werden. Ebenso kann die Inanspruchnahme der Besitz- und Eigentumsrechte nicht als missbräuchlich angesehen werden. Auch gilt § 906 BGB hier nicht, da es sich hier nicht um Immissionen handelt.<sup>72</sup>

---

1991, 2912, 2913; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 71; Ehlers WRP 1983, 187, 192; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 24; Staudinger-Hager BGB § 823, C 232; Ziem MMR 2000, 129, 130;

<sup>71</sup> BGH NJW 1992, 1958, 1959; BGH NJW 1973, 1119, 1120; KG NJW 1990, 2824, 2825; KG NJW 1990, 2142; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855; OLG Hamburg NJW 1991, 2914; LG Freiburg NJW 2824; LG Hagen NJW 1991, 2911; LG Kassel NJW 1991, 2912, 2913; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 24;

Beachte auch OLG Bremen NJW 1990, 2140 und LG Bremen NJW 1990, 456, wonach dies auch für Wahlwerbung gilt. Art. 21 GG rechtfertige keine andere Behandlung von Konsumwerbung und politischer Werbung. Hingegen lehnt Löwisch NJW 1990, 437f. ein Verbot von Wahlwerbung ab.

<sup>72</sup> BGH NJW 1989, 902, 903; KG NJW 1990, 2142; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855; OLG Hamburg NJW 1991, 2914; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 244; LG Freiburg NJW 1990, 2824; LG Kassel NJW 1991, 2912, 2913; LG Hagen NJW 1991, 2911; Staudinger-Hager BGB § 823, C 232

Ferner verstößt bei Nichtbeachtung des Widerspruches die Zusendung von Briefkastenwerbung gegen das durch § 823 I BGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen gemäß Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG. Der Wille des Bürgers, seinen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit und Beeinflussung durch Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, ist als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig. Dieses Interesse setzt sich angesichts des Stellenwertes dieses Bereiches für eine individuelle Lebensgestaltung ohne Fremddiktat gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Werbewirtschaft durch. Aufgrund dieses schützenswerten Interesses des Verbrauchers greift auch der Einwand nicht, Briefkastenwerbung sei sozialadäquat und üblich.<sup>73</sup>

Eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird insbesondere dann angenommen, wenn die Werbung als Privatbrief getarnt ist, deren Charakter erst nach teilweiser Lektüre deutlich wird und den Adressaten zumindest faktisch zwingt, sie zur Kenntnis zu nehmen.<sup>74</sup>

## **2. Verstoß gegen § 1 UWG**

Nach dem BGH geht auch im Wettbewerbsrecht, wie beim Persönlichkeitsrecht, der Schutz der Individualsphäre dem wirtschaftlichen Gewinnstreben der Werbewirtschaft vor. Es ist aber nicht jede Beeinträchtigung

---

<sup>73</sup> BGH NJW 1989, 902, 903; KG NJW 1990, 2824, 2825; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 244; OLG München NJW 1984, 2422, 2423; LG Bremen NJW 1990, 456, 457; LG Freiburg NJW 1990, 2824; LG Kassel NJW 1991, 2913; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 71a; Staudinger-Hager BGB § 823, C 232; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 24; a.A.: BVerwG NJW 1989, 2409; VGH Mannheim NJW 1990, 2145, 2147f.; Ehlers WRP 1983, 187, 192. Das VGH Mannheim (NJW 1990, 2145, 2147f.) hat die Zustellung von zwei Werbewerksendungen im Monat als verhältnismäßigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht einordnete. Es ist aber zu beachten, dass in der vom VGH Mannheim vorgenommenen Abwägung die Interessen des Empfängers hinter den Interessen der Deutschen Bundespost und damit der Allgemeinheit zurückstehen mussten. Da die Post inzwischen privatisiert worden ist, könne aber die Interessen der Allgemeinheit nicht mehr beeinträchtigt werden. Die Argumentation des VGH Mannheim ist insoweit hinfällig. Dem BVerwG (BVerwG NJW 1989, 2409) folgend ist die Zusendung von Werbung zusammen mit den Kontoauszügen bei drei Kontoauszügen im Monat sozialadäquat und stellt keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Dieses Urteil ist aber nach Außerkrafttreten der PostgiroVO und der Privatisierung der Post überholt (ebenso Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 71c; Staudinger-Hager § 823, C 235).

gung des persönlichen Bereiches des Einzelnen durch Werbung wettbewerbswidrig. Die Frage, ob eine Beeinträchtigung der persönlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen zugleich als ein sittenwidriges Wettbewerbsverhalten des Werbenden zu beanstanden ist, wird anhand einer umfassenden Interessenabwägung beantwortet. Dem berechtigten Verlangen des Einzelnen, unerwünschte Werbung fernzuhalten, wird das berechnete Interesse der Werbung treibenden Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, gegenübergestellt. Bei dieser Gesamtabwägung ist insbesondere die Gefahr der Nachahmung, die zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führen kann, zu berücksichtigen.<sup>75</sup> Grundsätzlich kann eine Beeinträchtigung nicht ohne weiteres angenommen werden, wenn die individuelle Beeinträchtigung als gering einzustufen ist, das Verhalten des Werbenden darauf ausgerichtet ist, die Interessen des Einzelnen in zumutbarer Weise zu beachten und Auswüchse in der Werbung und eine Verwilderung der Wettbewerbssitten nicht zu befürchten ist.<sup>76</sup> Anders als bei der Beeinträchtigung des Eigentums- und Besitzrechts verstößt die Zusendung von einzelnen Werbebriefen daher nicht gegen § 1 UWG, da diese keine wettbewerbswidrige Belästigung darstellt. Der Empfänger kann das Werbeschreiben ohne weiteres erkennen, wegwerfen und unbeachtet lassen.<sup>77</sup> Die Nichtbeachtung des kundgegebenen Willens, keine Werbung empfangen zu wollen, ist nur dann als wettbewerbswidrig einzuordnen, wenn dem Willen des Betroffenen in nennenswertem Umfang nicht Folge geleistet wird. Vereinzelt Ausreißer bei massenhafter Verteilung von Werbematerial sind wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> BGH NJW 1973, 1119, 1120; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 24; Staudinger-Hager BGB § 823, C 232

<sup>75</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1992, 1958, 1959; BGH NJW 1992, 1109, 1110; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855; OLG Hamburg NJW-RR 1989, 873; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 244

<sup>76</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1992, 1958, 1959; BGH NJW 1992, 1109, 1110

<sup>77</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1992, 1109, 1110; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>78</sup> BGH NJW 1992, 1958, 1959; OLG Hamburg NJW 1991, 2914; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 71a; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 24; i.E. auch BGH NJW 1992, 1109, 1110; OLG Stuttgart NJW 1991, 2912; a.A. KG NJW 1990, 2142, wonach Briefkastenwerbung ohne Einschränkungen wettbewerbswidrig sei bei Widerspruch des Empfängers.

Anzumerken ist, dass die Frage, ob der Aspekt der Verwilderung der Wettbewerbssitten auch bei der Briefkastenwerbung zu befürchten ist, von der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinsichtlich Werbung per Handzetteln bejaht<sup>79</sup>, hinsichtlich der Werbung per Postwurfsendung jedoch noch nicht beantwortet worden ist.<sup>80</sup> Zwar hat der BGH die Wettbewerbswidrigkeit unter anderem hierauf begründet.<sup>81</sup> Diese Entscheidung ist aber nicht generell auf Werbung per Postwurfsendung übertragbar. Es handelte sich, wie auch der BGH feststellte, um eine neue Art der Werbung. Die Gefahr der Nachahmung wurde auf Aspekte gestützt, welche bei Briefkastenwerbung im herkömmlichen Sinne, nicht vorliegen.<sup>82</sup> In der Rechtsprechung der unteren Instanzen wurde teilweise die Nachahmungsgefahr bejaht.<sup>83</sup>

### 3. Widerspruch

Hinsichtlich des Widerspruchs ist zu beachten, dass dieser ausdrücklich kundgetan werden muss. Als ausreichend wird ein Hinweis am Briefkasten angesehen, keine Werbung bzw. Anzeigenblätter empfangen zu wollen.<sup>84</sup> Ein Widerspruch hinsichtlich jeder einzelnen Postsendung wird nicht gefordert.<sup>85</sup>

---

<sup>79</sup> vgl. BGH NJW 1989, 902, 903

<sup>80</sup> vgl. BGH NJW 1992, 1109, 1110

<sup>81</sup> In BGH GRUR 1992, 622 hat ein Autoverkäufer in Werbebriefen die Empfänger aufgefordert, ihm Adressen anderer potentieller Kaufinteressenten mitzuteilen, um diese gezielt anschreiben zu können. Er versprach den Empfängern eine Prämie bei einem Kaufabschluss mit den eventuellen Interessenten, wobei diesen die Mitteilung der Adresse durch den Empfänger verschwiegen werden sollte.

<sup>82</sup> Aufgrund der gezielten Ausspähung der Adressen ordnete der BGH diese Werbung als besonders effektiv ein, so dass die Konkurrenz zur Nachahmung gezwungen werde. Auch zog der BGH im Rahmen der Wettbewerbswidrigkeit nicht diejenigen Folgen der Nachahmung heran, welche gewöhnlich bei Briefkastenwerbung zu erwarten sind, sondern Konsequenzen der Nachahmung, die nur im speziellen Fall vorlagen (Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, welche durch die Ausspähung der Kaufinteressenten durch die Empfänger der Werbemitteilungen gefährdet werde und Gefahr der Werbung durch Laien, vgl. BGH a.a.O.).

<sup>83</sup> OLG Frankfurt NJW 1988, 1855, 1855

<sup>84</sup> BGH NJW 1992, 1958; BGH NJW 1989, 902; OLG Karlsruhe NJW 1991, 2910, 2911; LG Hagen NJW 1991, 2911

<sup>85</sup> a.A. anscheinend noch BGH NJW 1992, 1109, 1110 bezüglich der Zustellung von Wurfensendungen durch die Post. Der BGH ging aber bei diesem Urteil von den Ausführungsbestimmungen der Deutschen Post zu § 59 II Nr. 1 PostO aus, wonach die Annahme von Postsendungen für jede einzelne ausgesprochen werden musste, Aufkleber auf dem Briefkasten ("Keine Werbung") aber nicht zu beachten sind. Die Deutsche Bundes-

Liegt kein ausdrücklicher Widerspruch vor, darf der Werbende von einem Einverständnis des Umworbenen ausgehen, da bei dieser Form der Werbung die Gefahr der unzumutbaren Belästigung gering ist. Auch besteht bei vielen Umworbenen das Interesse an Information durch Werbeschriften, die Werbung diene daher dem Interesse des Umworbenen.<sup>86</sup>

Der Widerspruch des Umworbenen muss aber nicht berücksichtigt werden, wenn die Beachtung des Widerspruches für den Werbenden mit Mühen und Kosten verbunden ist, die in keinem angemessenen Verhältnis zu der Verärgerung und Belästigung des Umworbenen stehen. Das Interesse des Umworbenen, von der Werbung verschont zu bleiben, tritt dann hinter dem Werbeinteresse des Unternehmers zurück.<sup>87</sup>

## **D. Telefonwerbung**

### **1. Telefonwerbung im privaten Bereich**

Telefonwerbung gegenüber Privaten wird als unzulässig angesehen, sofern der Umworbene nicht vorher ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis mit der Werbung erklärt hat.<sup>88</sup>

#### **a. Verstoß gegen § 1 UWG**

Telefonwerbung gegenüber Privaten verstößt außer bei Vorliegen eines Einverständnisses gegen § 1 UWG.<sup>89</sup>

---

post hat aber inzwischen ihre Bestimmungen geändert und beachtet nun auch solche Aufkleber. Das Urteil ist insofern überholt.

<sup>86</sup> BGH NJW 1989, 902, 903; BGH NJW 1973, 1119, 1120; LG Kassel NJW 1991, 2912, 2913

<sup>87</sup> BGH NJW 1973, 1119, 1120f.; OLG Bremen NJW 2140, 2141; OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855; OLG Hamburg NJW-RR 1989, 873; OLG Karlsruhe NJW 1991, 2910, 2911; OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 244; OLG München NJW 1984, 2422, 2423; LG Kassel NJW 1991, 2912, 2913; LG Nürnberg-Fürth NJW 1985, 1642, 1643; a.A. Ehlers WRP 1983, 187, 192; a.A. Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 71a; Staudinger-Hager BGB § 823, Rn. C 233

<sup>88</sup> BGH WRP 2000, 722; BGH MMR 1999, 477; BGH GRUR 1995, 220; BGH NJW 1994, 1071; BGH NJW 1991, 2087, 2088; BGH NJW-RR 1990, 359; BGH NJW 1989, 2810; BGH NJW 1970, 1738; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Droste GRUR 1970, 524; Ehlers WRP 1983, 187, 190; Köhler/Piper-Köhler § 1, Rn. 107; Lettl GRUR 2000, 977, 978ff.; Staudinger-Hager BGB § 823, C 237; Steinbeck GRUR 1995, 492, 493 Ziem MMR 2000, 129, 130

Ausgangspunkt dieser Beurteilung ist, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht nur dann vorliegt, wenn es dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise, d.h. des redlichen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden des betreffenden Gewerbezweiges widerspricht, sondern auch dann, wenn die fragliche wettbewerbliche Maßnahme von der Allgemeinheit missbilligt und für untragbar angesehen wird; denn § 1 UWG will nicht nur die Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb schützen, sondern auch die Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs bewahren. Als Maßstab, was der Allgemeinheit (i.S.v. aller an der Werbung wirtschaftlich nicht beteiligten und nicht interessierten Personen) nicht mehr zumutbar ist, wird der verfassungsmäßige Schutz des privaten Bereiches des Einzelnen herangezogen. Im Vordergrund steht der Schutz der Individualsphäre gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Dritter.<sup>90</sup> Die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, erfordert es angesichts der Vielfältigkeit der Werbemethoden nicht, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des umworbenen Verbrauchers einzudringen.<sup>91</sup>

Die technischen Eigenarten des Telefons ermöglichen ein unkontrollierbares Eindringen in die Privatsphäre des Anschlussinhabers. Diesem ist nicht erkennbar, wer anruft, und welchem Zweck der Anruf dient. Der Anschlussinhaber ist gezwungen, sich eingehender mit dem Anrufer zu beschäftigen, um herauszufinden, ob es sich um einen wichtigen Anruf handelt. Ferner bergen Werbeanrufe die Gefahr weiterer Belästigungen in sich, indem es zu einem Wortgefecht kommt, welches den Umworbenen

---

<sup>89</sup> BGH WRP 2000, 722; BGH MMR 1999, 477; BGH GRUR 1995, 220 ; BGH NJW 1994, 1071; BGH NJW 1991, 2087, 2088; BGH NJW-RR 1990, 359; BGH NJW 1989, 2810; BGH NJW 1970, 1738; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67 m.w.N.; Ehlers WRP 1983, 187, 190; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 22; Lettl GRUR 2000, 977, 978f.; Leupold WRP 1998, 270, 273; Staudinger-Hager § 823, C 237; Steinbeck GRUR 1995, 492, 493; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>90</sup> BGH GRUR 1995, 220; BGH NJW-RR 1990, 359f.; BGH NJW 1989, 2810; BGH NJW 1970, 1738, 1739

<sup>91</sup> BGH MMR 1999, 477, 478; BGH GRUR 1995, 220; BGH NJW 1994, 1071, 1072; BGH NJW-RR 1990, 359, 360; BGH NJW 1989, 2810; Lettl GRUR 2000, 977, 978; Leupold WRP 1998, 270, 273

auch über das Gespräch hinaus emotional belastet. Dieser Gefahr kann auch nicht durch ein höfliches Auftreten des Anrufers begegnet werden, selbst wenn dieser für derartige Gespräche extra geschult worden ist.<sup>92</sup> Außerdem ist bei der Frage, ob eine im Rahmen des § 1 UWG relevante Belästigung vorliegt, zu berücksichtigen, dass die Werbemethode der Telefonwerbung den Keim zu einem weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen sind, diese Wettbewerbsmethoden nachzuahmen. Diese Gefahr ist bei Telefonwerbung besonders groß, da diese Art der Werbung besonders wirtschaftlich ist und eine kaum zu übertreffende Nähe des Werbenden zu den angesprochenen Personen mit einer optimalen Zeitausnutzung verbindet.<sup>93</sup>

Aufgrund dieser Erwägung wird Telefonwerbung gegenüber Privaten grundsätzlich als wettbewerbswidrig eingeordnet.

*b. Verstoß gegen § 823 I BGB*

Telefonwerbung stellt ferner einen Eingriff in das von § 823 I BGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG dar. Der Anruf, zumindest am Privatanschluss des Betroffenen, ist ein Eingriff in die Privatsphäre des Umworbenen.<sup>94</sup>

Der Einwand, dass eine Persönlichkeitsverletzung erst dann vorliegt, wenn der Anruf einen beleidigenden Inhalt hat, der Empfänger verspottet oder verbal sexuell belästigt wird<sup>95</sup>, greift nicht. Ansonsten würde der Schutz des Umworbenen zu sehr aufgeweicht, da § 1 UWG dem einzel-

---

<sup>92</sup> BGH MMR 1999, 477; BGH NJW 1994, 1071, 1072; BGH NJW 1991, 2087, 2088; BGH NJW 1970, 1738, 1739; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Droste GRUR 1970, 524; Ehlers WRP 1983, 187, 190; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 22; Köhler/Piper-Köhler § 1, Rn. 107; Lettl GRUR 2000, 977, 988; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 19; Ziem MMR 2000, 129, 130; kritisch Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1339

<sup>93</sup> BGH MMR 1999, 477, 478; BGH NJW 1994, 1071, 1072; BGH NJW 1970, 1738, 1739; Droste GRUR 1970, 524; Ehlers WRP 1983, 187, 190; Steinbeck GRUR 1995, 492f.

<sup>94</sup> Staudinger-Hager BGB § 823, C 237; Ehlers WRP 1983, 187, 190, welcher aber der Ansicht ist, dass es des Persönlichkeitsrechts aufgrund des durch § 1 UWG gewährten Schutzes nicht bedarf; a.A. Schmittmann MMR 1998, 346, 348, der nur bei einer Häufung der Anrufe von einer Verletzung ausgeht.

nen angesichts der fehlenden Klagemöglichkeit gemäß § 13 II UWG nicht weiterhilft; er also der Werbung schutzlos ausgeliefert wäre.<sup>96</sup>

c. Einverständnis

Ein die Unzulässigkeit der Werbung ausschließendes Einverständnis kann der Umworbene ausdrücklich oder konkludent abgeben.<sup>97</sup>

Ein konkludentes Einverständnis, telefonisch umworben zu werden, liegt nicht in der Einrichtung des Telefons. Aus dem Anschluss an das Telefonnetz darf, selbst wenn geschäftliche Beziehungen bestehen, kein Einverständnis gefolgert werden. Dies widerspricht dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Privatsphäre.<sup>98</sup> Der Einwand, dass derjenige, welcher sich einen Telefonanschluß zulegt und sich in das Fernsprechverzeichnis aufnehmen lässt, sich und sein Heim "der großen Welt" mit allen Folgen öffnet, trifft nicht zu. Der Anschlussinhaber öffnet sich nur den Personen, zu denen er in solchen Beziehungen steht, welche die Inanspruchnahme gerechtfertigt erscheinen lassen.<sup>99</sup>

Ein konkludentes Einverständnis kann aber unter Umständen darin zu sehen sein, dass der Umworbene bei der Bitte um Informationen auch seine Telefonnummer angibt. Gibt der Verbraucher aber bei einer solchen Bitte seine Telefonnummer nicht an, so kann der Werbende ausnahmslos nicht von einem Einverständnis ausgehen.<sup>100</sup>

Die Angabe der Telefonnummer bei Abschluss eines Vertrages kann nur als konkludentes Einverständnis gedeutet werden, im Rahmen des schon bestehenden Vertrages und des durch ihn begründeten Wirkungsbereiches angerufen zu werden. Eine andere Deutung drängt sich auch nicht

---

<sup>95</sup> so Erman-Ehmann Anh § 12, Rn. 678

<sup>96</sup> Staudinger-Hager BGB § 823, C 237

<sup>97</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 22

<sup>98</sup> BGH NJW 1989, 2820; zustimmend BGH NJW-RR 1990, 359, 360

<sup>99</sup> BGH NJW 1970, 1738, 1739; Ehlers WRP 1983, 187, 190; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; i.E. auch Köhler/Piper-Köhler § 1, Rn. 107

<sup>100</sup> BGH NJW-RR 1990, 359, 360; BGH NJW 1989, 2820; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Lettl GRUR 2000, 977, 978

dadurch auf, dass Werbender und Umworbener in geschäftlicher Verbindung stehen. Zwar kann innerhalb eines bestehenden Dauerschuldverhältnisses mit einer größeren Bereitschaft zur Entgegennahme von Telefonanrufen gerechnet werden. Es müssen aber trotz des bestehenden Vertragsverhältnisses konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Schluss auf ein konkludentes Einverständnis hinsichtlich Werbung, welche über das konkrete Vertragsverhältnis hinausgeht, erlauben.<sup>101</sup>

Ferner ist eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werbenden unwirksam, in welcher der Kunde sein Einverständnis mit Telefonanrufen erklärt, die über das schon bestehende Vertragsverhältnis hinausgehen. Eine derartige vertragliche Regelung verstößt gegen § 9 AGBG<sup>102</sup>, da sie mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung von der abgewichen werde - § 1 UWG -, nicht vereinbar ist. Die Unangemessenheit einer derartigen Klausel wird, auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die vorformulierte Einverständniserklärung jederzeit widerrufen werden kann. Denn damit wird die Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre in unzulässiger Weise auf den Betroffenen verlagert.<sup>103</sup> Auch wird die Möglichkeit eines Einverständnisses per Allgemeiner Geschäftsbedingungen die Werbewirtschaft zur Anpassung ihrer AGBs ermuntern, welches letztlich zu einer massenhaften Belästigung des Verbrauchers führen wird.<sup>104</sup>

Des weiteren kann das Schweigen auf die schriftliche Ankündigung eines Werbeanrufes nicht als Einverständnis gedeutet werden. Die Rechtsordnung stellt es dem Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr grund-

---

<sup>101</sup> BGH MMR 1999, 477, 478; BGH GRUR 1995, 220f.; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Steinbeck GRUR 1995, 492, 493; a.A. Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 193, Fn. 29

<sup>102</sup> Dem § 9 AGBG entspricht nach der Schuldrechtsreform § 307 BGB.

<sup>103</sup> BGH WRP 2000, 722, 723; BGH MMR 1999, 477, 478; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Lettl GRUR 2000, 977, 978, 980

<sup>104</sup> BGH MMR 1999, 477, 478

sätzlich ohne Rechtsfolgen frei, ob er auf unverlangt zugewandene Angebote geschäftlicher Art reagiert.<sup>105</sup>

Anders als im geschäftlichen Bereich kann im privaten Bereich ein Einverständnis auch nicht vermutet werden.<sup>106</sup> Dies gilt auch im Versicherungswesen hinsichtlich des Abschlusses neuer Verträge. Die Informationspflicht des Versicherers führt zu keinem anderen Ergebnis, da diese nur im Rahmen bereits abgeschlossener Verträge besteht. Auch das möglicherweise bestehende Interesse am Abschluss neuer Verträge führt nicht dazu, dass das Einverständnis vermutet werden darf.<sup>107</sup>

Eine andere Beurteilung gebietet sich auch nicht in Fällen, in denen der Anruf der Vorbereitung eines Vertreterbesuches dient. Auch wenn Vertreterbesuche grundsätzlich zulässig sind, sind Telefonanrufe zur Vorbereitung des Besuches wettbewerbswidrig, da die Belästigung durch diese nicht geringer ist als in anderen Fällen des geschäftlichen Eindringens. Ferner haben auch diese Anrufe einen werbenden Charakter. Telefonische Besuchsankündigungen sind nicht mit Hausbesuchen vergleichbar, da erstere zeitlich unbegrenzt möglich sind, während letztere in der Regel tagsüber und werktags stattfinden. Auch können Vertreterbesuche alsbald als solche erkannt und beendet werden, während bei Telefonanrufen der Umworbene sich zuerst mit dem Anrufer beschäftigen muss, um den Grund des Anrufs zu erfahren. Auch treten Telefonanrufe häufiger auf als Vertreterbesuche. Für die Zulässigkeit von Anrufen, welche einen Vertreterbesuch ankündigen, spricht auch nicht, dass hierdurch der Verbraucher vor einer möglichen Überrumpelung geschützt wird. Dieses Ziel wird auch durch eine schriftliche Ankündigung mit frankiertem Rückumschlag erreicht.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> BGH GRUR 1989, 2820; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 22

<sup>106</sup> BGH GRUR 1995, 220, 221; BGH NJW 1994, 1071, 1072; Köhler/Piper-Köhler § 1, Rn. 107

<sup>107</sup> BGH GRUR 1995, 220, 221; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67; Lettl GRUR 2000, 977, 978; Steinbeck GRUR 1995, 492, 493; a.A. Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 193, Fn. 29

<sup>108</sup> BGH NJW 1994, 1071, 1072; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 67

Es gebietet sich keine andere Beurteilung in denjenigen Fällen, in denen der Anruf dem Zwecke dient, den Verbraucher nach den Gründen für seine Widerrufserklärung oder Kündigung zu befragen. Das Fortwirken der widerrufenen Bestellung umfasst in keinem Fall ein Einverständnis in ein solches Telefonat.<sup>109</sup>

## **2. Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich**

Auch die Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden verstößt nach Ansicht des BGH gegen § 1 UWG, wenn sie ohne Einverständnis des Umworbenen geschieht.<sup>110</sup>

Der BGH räumt ein, dass sich die von ihm entwickelten Grundsätze zur Telefonwerbung gegenüber Privaten nicht uneingeschränkt auf die Werbung gegenüber Gewerbetreibenden übertragen lassen. Denn eine nicht hinnehmbare Belästigung im Individualbereich scheidet hier aus. Gleichwohl können Werbeanruf gegenüber Gewerbetreibenden nicht uneingeschränkt zulässig sein. Diese stehen zwar Anrufen nicht bekannter Dritter aufgeschlossener gegenüber als Private. Es ist aber zu berücksichtigen, dass es zu Beeinträchtigungen durch die Werbeanrufe kommen kann, nämlich zu belästigenden und unerwünschten Störungen in der beruflichen Tätigkeit des Gewerbetreibenden und zu einer den Geschäftsgang störenden Belegung des Telefonanschlusses für die Dauer des Anrufes.<sup>111</sup>

Ob und inwieweit der gewerbliche Anschlussinhaber trotz solcher Beeinträchtigungen bereit ist, telefonische Werbemaßnahmen hinzunehmen mit der Folge, dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Werbung zu bejahen ist, ist von dem Grad des Interesses abhängig zu machen, das der Gewerbetreibende der jeweiligen Werbung entgegen-

---

<sup>109</sup> BGH NJW 1994, 1071, 1072; Steinbeck GRUR 1995, 492, 493; kritisch Lettl GRUR 2000, 977, 980

<sup>110</sup> BGH NJW 1991, 2087; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 68; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 23; Lettl GRUR 2000, 977, 978

<sup>111</sup> BGH NJW 1991, 2087, 2088; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 19; kritisch Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1339

bringt. Ein bloß allgemeiner Sachbezug zu seinem Geschäftsbetrieb kann allerdings für sich allein ein ausreichend großes Interesse nicht begründen. Dies würde zu einer nahezu unbeschränkten Zulässigkeit von Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich mit den oben beschriebenen Folgen führen. Daher muss neben dem Sachbezug ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegen, der diese Art der Werbung rechtfertigt und der – mit Blick auf das Interesse des Anzurufenden an telefonischer Werbung – regelmäßig nur dann in Betracht gezogen werden kann, wenn der Anzurufende ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder wenn auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vom Anrufer vermutet werden kann.<sup>112</sup> Maßgeblich hierbei ist keine generalisierende Betrachtungsweise, welche nicht hinreichend auf das Interesse des Anzurufenden an der jeweiligen Werbung abstellt.<sup>113</sup> Entscheidend ist vielmehr, ob nach den Umständen des Einzelfalles die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht.<sup>114</sup>

Die oben genannten Voraussetzungen sind in der Regel bei Bestehen einer Geschäftsverbindung gegeben. Hingegen kann außerhalb einer Geschäftsverbindung aus der Aufforderung des Umworbene zur Abgabe eines schriftlichen Angebotes nicht dessen Interesse an einem geschäftlichen Kontakt und sein Einverständnis mit einem Werbeanruf geschlossen werden. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Umworbene sich in das Branchenbuch eintragen hat lassen.<sup>115</sup> Ein Anruf zur Ermittlung eines konkreten Ansprechpartners für eine spätere Briefwerbung ist zulässig, da damit

---

<sup>112</sup> BGH NJW 1994, 1071, 1072; BGH NJW 1991, 2087, 2088; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 68; Köhler/Piper-Köhler § 1, Rn. 108; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>113</sup> Der BGH hat im konkreten Fall (NJW 1991, 2087) die Ansicht des Berufungsgerichtes abgelehnt, welches zwischen Werbung, die den Geschäftsgegenstand des Umworbene betrifft, und Werbung, die bloß Hilfsmittel der beruflichen Tätigkeit betrifft, differenziert hat. Bei einer solchen Herangehensweise werde, wie oben beschrieben, das konkrete Interesse des Umworbene nicht ausreichend beachtet.

<sup>114</sup> BGH NJW 1991, 2087, 2088; Lettl GRUR 2000, 977, 978

<sup>115</sup> Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 68 m.w.N.

im Interesse des Umworbene Arbeit und Verzögerung in der Postbearbeitung vermieden wird.<sup>116</sup>

### **E. Telexwerbung**

Telexwerbung verstößt nach der heutigen Rechtslage gegen § 1 UWG, es sei denn der Umworbene ist mit dem Empfang einverstanden.<sup>117</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei dem Empfänger weder um Wiederverkäufer oder Weiterverarbeiter der beworbenen Waren<sup>118</sup>, Vermittler solcher Geschäfte, noch um Unternehmen handle, mit denen der Werbetreibende bereits geschäftlichen Kontakt hat<sup>119</sup>.

Wie bei der Telefonwerbung, werden neben den Interessen der Mitbewerber auch die Interessen der Allgemeinheit herangezogen.<sup>120</sup> Anders als bei Werbung mittels Fernsprecher kommt bei der Beurteilung der Telexwerbung dem Schutz der Individualsphäre gegenüber dem Gewinnstreben Dritter eine geringe Bedeutung zu, da es an dem unmittelbaren Kontakt des Werbenden zum Adressaten fehlt und somit die unerfreulichen Begleiterscheinungen, die mit einem Werbeanruf verbunden sein können, entfallen.<sup>121</sup>

Die grundsätzliche Unzulässigkeit von Telexwerbung ergibt sich vielmehr aus der mit ihr einhergehenden Funktionsbeeinträchtigung der Fernschreibeinrichtung. Der Anschluss an das Fernschreibnetz erfolgt, um den anfallenden Schriftverkehr zu rationalisieren, um Geschäftspartner schnell und zuverlässig erreichen zu können und um selbst schnell erreichbar zu sein, ohne auf einen schriftlichen Beleg verzichten zu müssen. Aufgrund der Tatsache, dass die Fernschreibanlage zur gleichen Zeit nur ein

---

<sup>116</sup> Lettl GRUR 2000, 977, 980

<sup>117</sup> BGH NJW 1973, 42; OLG Stuttgart WRP 1987, 641; LG Saarbrücken WRP 1985, 517; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>118</sup> Die Eingrenzung von Baumbach/Hefermehl auf Wiederverkäufer oder Weiterverarbeiter von Kugelschreibern(!) ist zu eng und nicht nachzuvollziehen.

<sup>119</sup> Der BGH hat in NJW 1973, 42 in seiner Entscheidung diese Fälle ausdrücklich nicht entschieden.

<sup>120</sup> BGH NJW 1973, 42; LG Saarbrücken WRP, 517; vgl. eingehend oben I.D.1

Schreiben empfangen bzw. absenden kann, also die Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung besteht, hat der Anschlussinhaber ein berechtigtes Interesse, die Anlage von jeder Inanspruchnahme, welche nicht der bestimmungsgemäßen Funktion entspricht, freizuhalten.<sup>122</sup>

Weiterhin kann es durch die Weiterleitung des Werbeschreibens zu Störungen im Betriebsablauf kommen. Bei Telexschreiben besteht eher als bei Werbetrieben die Gefahr, dass der werbende Charakter verkannt wird. Das Schreiben kann daher eher in den Geschäftsgang gelangen und so Zeit- und Arbeitsaufwand möglicherweise unter Einschaltung unzuständiger Betriebsangehöriger auf sich ziehen.<sup>123</sup>

Ferner besteht bei dieser Werbemethode die Gefahr der Verwilderung der Wettbewerbssitten. Telexwerbung trägt den Keim zum immer weiteren Umsichgreifen in sich.<sup>124</sup> Eine Ausweitung von Telexwerbung würde aber zu einer verstärkten Blockade der Fernschreibeinrichtung und zu einem vermehrten Arbeits- und Zeitaufwand führen. Auch würden die beim Empfänger entstehenden Papierkosten nicht mehr zumutbar sein. Im übrigen könnten einzelne Empfänger durch die Kapazitätsauslastung ihrer Anlage zur Anschaffung einer neuen Anlage gezwungen werden. Aufgrund der zu befürchtenden Ausweitung von Telexwerbung kann die Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung nicht dadurch umgangen werden, dass die Werbung in verkehrsarme Zeiten, etwa auf die Nacht, verlegt wird.

---

<sup>121</sup> BGH NJW 1973, 42; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; Ehlers WRP 1983, 187, 190f.

<sup>122</sup> BGH NJW 1973, 42; OLG Stuttgart WRP 1987, 641, 642; LG Saarbrücken WRP 1985, 571, welches die Blockadefahr auch bei Geräten, welche technisch auf neuestem Stand sind, als gegeben sieht; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Winkler WRP 1987, 643, 644; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>123</sup> BGH NJW 1973, 42; OLG Stuttgart WRP 1987, 641, 643; LG Saarbrücken WRP 1985, 571; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Winkler WRP 1987, 643, 644

<sup>124</sup> Ein Ausweitung ist nach Winkler WRP 1987, 643, 644 aufgrund der weiterentwickelten technischen Möglichkeiten, insbesondere aufgrund der Möglichkeit der Massensendung via Telex, zu erwarten.

Denn auch in diesen Zeiten besteht die Gefahr, den Telexverkehr, insbesondere denjenigen aus anderen Zeitzonen zu blockieren.<sup>125</sup>

Aus diesen Gründen ist Telexwerbung grundsätzlich als wettbewerbswidrig anzusehen, es sei denn, der Empfänger ist mit dem Empfang einverstanden.

Aufgrund der mit Telexwerbung einhergehenden Beeinträchtigungen kann von einem generellen Einverständnis nicht ausgegangen werden. Das Einverständnis darf aber vorausgesetzt werden, wenn es sich zum einen um sachbezogene Werbung handle, d.h. um Werbung, welche das Angebot einer Ware oder Leistung zum Gegenstand hat, für die beim Adressaten ein Bedürfnis bestehe oder aufgrund sachlicher Erwägungen vermutet werden kann. Zum anderen muss ein sachlicher, in der Interessensphäre des Adressaten liegender Grund bestehen, die Werbung über Fernschreiber zu übermitteln. Ein solcher ist insbesondere in der Eilbedürftigkeit des Angebotes zu sehen.<sup>126</sup>

## **F. Teletextwerbung**

Teletextwerbung<sup>127</sup> wird als unzulässig gemäß § 1 UWG angesehen, es sei denn, es liegt ein Einverständnis des Empfängers mit der Werbesendung vor.<sup>128</sup> Die für die Wettbewerbswidrigkeit genannten Gründe sind an diejenigen angelehnt, welche im Zusammenhang mit Telexwerbung<sup>129</sup> angeführt werden.

---

<sup>125</sup> BGH NJW 1973, 43; OLG Stuttgart WRP 1987, 641, 643; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; i.E. auch Ehlers WRP 1983, 187, 191

<sup>126</sup> BGH NJW 1973, 42f.; OLG Stuttgart WRP 1987, 641, 642f.; Baumbach/Hefermehl UWG § 1 Rn. 69a; Winkler WRP 1987, 643, 644. In BGH NJW 1973, 42f. wurde dieses besondere Interesse bei Bürobearbeitung an einen Anwalt verneint, da die Fernschreibeinheit dem beruflichen Schriftverkehr diene. Der Materialbeschaffung komme hierbei nur eine untergeordnete Rolle zu. Winkler sieht in WRP 1987, 643, 644 ein besonderes Interesse gegeben, wenn es sich bei dem Empfänger um einen Wiederverkäufer der beworbenen Ware handelt oder wenn er im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung mit der konkreten Werbung einverstanden ist.

<sup>127</sup> vgl. Wienke WRP 1986, 455, 456 zur Erläuterung des Begriffes Teletext.

<sup>128</sup> KG NJW-RR 1986, 122, 123; LG Hamburg NJW-RR 1986, 124; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a

<sup>129</sup> vgl. oben I.E

Teletextwerbung ist wettbewerbswidrig, da es zu einer Funktionsbeeinträchtigung der Teletextanlage kommt. Die Funktion von Teletextgeräten ist ebenso wie die von Telexgeräten, den anfallenden Schriftverkehr zu rationalisieren, Geschäftspartner schnell und zuverlässig zu erreichen und für Mitteilungen ohne Verzögerung erreichbar zu sein, ohne auf einen schriftlichen Beleg zu verzichten. Durch die Beschränkung der Speicherkapazität der Geräte besteht im stärkeren Maß als bei Telexgeräten die Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung.<sup>130</sup>

Ferner kann es durch die Weiterleitung der Werbemitteilung, wie bei Werbung via Telex, zu Störungen im Betriebsablauf<sup>131</sup> kommen. Das Personal des Empfängers wird bei dieser Werbeform nachhaltiger als bei anderen Werbemitteln in Anspruch genommen, um die Mitteilungen als Werbung zu identifizieren und auszusortieren. Auch besteht verstärkt die Gefahr, dass der werbende Charakter verkannt wird und die Mitteilung in den Geschäftsgang gelangt, so dass Zeit und Arbeit von unzuständigen Betriebsangehörigen beansprucht wird.<sup>132</sup>

Neben den Personalkosten wird der Empfänger aber auch mit den Kosten für Strom und Papier belastet. Selbst wenn diese im Einzelfall gering sind, so kann es durch die zu erwartende Ausdehnung der Teletextwerbung zu erheblichen Belastungen kommen.<sup>133</sup>

Aufgrund dieser Erwägungen ist Teletextwerbung grundsätzlich als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG einzuordnen. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass der Umworbene mit dem Empfang einverstanden ist.

---

<sup>130</sup> KG NJW-RR 1986, 122, 123; LG Hamburg NJW-RR 1985, 124; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a; a.A. Wienke WRP 1986, 455, 458. Das KG lässt aber offen, ob dieses Problem durch die weitere technische Entwicklung beseitigt werden könnte.

<sup>131</sup> vgl. oben I.E

<sup>132</sup> KG NJW-RR 1986, 122, 123; a.A. Wienke WRP 1986, 455, 458 für den Fall, dass der Werbende die Werbemitteilung als solche kennzeichnet.

<sup>133</sup> KG NJW-RR 1986, 122, 123; a.A. Wienke WRP 1986, 455, 458 für den Fall, dass der Werbende die Werbemitteilung als solche kennzeichnet.

Aufgrund der mit dem Empfang verbundenen Probleme kann, wie bei der Telexwerbung<sup>134</sup>, nicht von einem generellen Einverständnis ausgegangen werden. Ein Einverständnis darf nur dann vorausgesetzt werden, wenn es sich um sachbezogene Werbung handelt und ein sachlicher, in der Interessensphäre des Adressaten liegender Grund besteht, die Werbung via Teletex zu übermitteln. Aufgrund der größeren Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung sind aber an das sachliche Interesse am Empfang von Teletexwerbung höhere Anforderungen zu stellen als bei Telexwerbung.<sup>135</sup>

### **G. Telefaxwerbung**

Telefaxwerbung ist unzulässig, sofern der Umworbene nicht mit dem Empfang einverstanden ist.<sup>136</sup>

#### **1. Verstoß gegen § 1 UWG**

Die Zusendung von Werbetelefaxen ist wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG.<sup>137</sup> Zur Begründung werden größtenteils die gleichen Erwägungen

---

<sup>134</sup> vgl. oben I.E

<sup>135</sup> KG NJW-RR 1986, 122, 123; Widersprüchlich LG Hamburg NJW-RR 1986, 124 und Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 69a a.E.: Hier wird einerseits von der unbedingten Vergleichbarkeit von Teletex- und Telexwerbung ausgegangen, d.h. die Werbung ist grundsätzlich unzulässig außer bei Vorliegen eines Einverständnisses, andererseits soll wie bei der Briefkastenwerbung die Unzulässigkeit beim Widerspruch des Empfängers gegeben sein. Dies wirft die Frage auf, inwieweit bei Fehlen der Einwilligung die Wettbewerbswidrigkeit durch einen Widerspruch begründet werden kann. Dem Widerspruch kann nur Bedeutung zukommen, wenn die betreffende Werbeart grundsätzlich zulässig ist. Ferner führt das Anknüpfen an den Widerspruch dazu, dass analog zur Rechtsprechung zur Briefkastenwerbung der Widerspruch unbeachtlich ist, wenn seine Beachtung mit Kosten und Mühen verbunden ist (Hiervon scheint auch das LG Hamburg auszugehen). Aus diesen Gründen kann dem Widerspruch in diesem Zusammenhang nur klarstellende Wirkung zukommen. Die Wettbewerbswidrigkeit begründen kann er aber nicht.

<sup>136</sup> BGH NJW 1996, 660; KG WRP 1992, 652, 653; OLG Stuttgart WRP 1995, 670; OLG Koblenz WRP 1995, 1069; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; ders. NJW-RR 1991, 160; OLG Koblenz WRP 1995, 1069; OLG München NJW-RR 1994, 1054; OLG Oldenburg NJW 1998, 3208; OLG Stuttgart WRP 1995, 670; ders. NJW-RR 1995, 615; OLG Zweibrücken BB 1997, 115, 116; LG Hamburg NJW-RR 1989, 487; Baumbach/Hefermehl UWG § 1 Rn. 69b; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>137</sup> BGH NJW 1996, 660; KG WRP 1992, 652, 653; KG CR 1998, 9, 10; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; ders. NJW-RR 1991, 160; OLG Koblenz CR 1996, 207, 208; OLG Oldenburg NJW 1998, 3208; OLG Stuttgart WRP 1995, 670; ders. NJW-RR 1995, 615; OLG Zweibrücken BB 1997, 115, 116; LG Hamburg 1989, 487; LG Frankfurt/M. MMR 2002, 395f.; Baumbach/Hefermehl UWG § 1 Rn. 69b, welcher auch die Wettbewerbswidrigkeit im privaten Bereich bejaht.

wie bei der Beurteilung der Telexwerbung herangezogen.<sup>138</sup> Wie bei der Telefon- und Telexwerbung ist Ausgangslage der Beurteilung, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht nur bei einer Verletzung des Anstandsgefühls der Mitbewerber anzunehmen ist, sondern auch bei einer Missbilligung der Maßnahme durch die Allgemeinheit.<sup>139</sup>

Die Wettbewerbswidrigkeit ergibt sich (entsprechend den Erwägungen zur Telexwerbung) aus der Funktionsbeeinträchtigung der Telefaxanlagen. Die Funktion von Telefaxgeräten ist ebenso wie die von Telexgeräten die Rationalisierung des Schriftverkehrs und zuverlässige Erreichbarkeit.<sup>140</sup> Da die Anlage aber nur ein Telefax zur gleichen Zeit empfangen kann, hat der Anlageinhaber ein berechtigtes Interesse daran, die Anlage von jeder Inanspruchnahme freizuhalten, welche deren bestimmungsgemäßen Funktion beeinträchtigt.<sup>141</sup>

Ferner kann es durch Werbe-Telefaxe zu weiteren Störungen im Betriebsaufbau kommen. Anders als bei Werbebriefen wird solchen Schreiben erfahrungsgemäß mehr Bedeutung beigemessen. Auch werden solche Telefaxe häufig nicht sogleich als Werbung erkannt. Daher besteht im höheren Maße die Gefahr, dass die Mitteilung in den Geschäftsgang gelangt und erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand in Anspruch nimmt. Es kommt ferner hinzu, dass infolge des jederzeitigen Zugangs der Mitteilung anders als bei Postsendungen eine Arbeitsunterbrechung stattfindet.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> vgl. oben I.E; Einzig die Ausnahme von Werbemitteilungen, die an Wiederverkäufer oder Weiterverarbeiter gesandt werden, wird nicht übernommen (vgl. KG WRP 1992, 652, 654).

<sup>139</sup> OLG Hamm NJW-RR 1990, 661; ders. NJW-RR 1991, 160; LG Hamburg 1989, 487; vgl. eingehend oben I.D.1

<sup>140</sup> vgl. eingehend oben I.E

<sup>141</sup> BGH NJW 1996, 660; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; KG CR 1998, 9, 10; OLG Oldenburg NJW 1998, 3208; OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 615K; Baumbach/Hefermehl UWG § 1 Rn. 69b; Ziem MMR 2000, 129, 130; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25

<sup>142</sup> BGH NJW 1996, 660, 661; KG WRP 1992, 652, 653; KG CR 1998, 9, 10; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; OLG Oldenburg NJW 1998, 3208; OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 615; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25

Unabhängig davon wird durch den Empfang von Werbetelefaxen dem Empfänger Kosten für Papier, Toner, Strom und anteilig für die Wartung aufgebürdet.<sup>143</sup> Auch besteht die Gefahr, dass aufgrund der geringen Speicherkapazität und der begrenzten Papierreserven der Empfangsgeräte unter Umständen wichtige und eilige Nachrichten den Empfänger nicht erreichen, obwohl der Absender ein Sendeprotokoll mit einem positiven Vermerk erhält.<sup>144</sup>

Außerdem ist zu beachten, dass in der Zukunft mit einer Zunahme von Werbemitteilungen mittels Faxgeräten zu rechnen ist, was mit der wachsenden Zahl der Telefaxgeräte zusammenhängt. Auch ist aufgrund der Möglichkeit der automatisierten Versendung von Telefaxen mittels Computern ein zeit- und kostengünstige Werbung möglich. Es besteht die Gefahr der Nachahmung durch andere Mitbewerber, welche zu einer unerträglichen Belastung und Belästigung der Telefaxteilnehmer führen würde.<sup>145</sup>

Aufgrund dieser Überlegungen ist Telefaxwerbung grundsätzlich als wettbewerbswidrig einzustufen.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> KG WRP 1992, 652, 653; KG CR 1998, 9, 10; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324, 1325; ders. NJW-RR 1991, 160; OLG Oldenburg NJW 1998, 3208; OLG Stuttgart NJW-RR 1995, 615; LG Hamburg 1989, 487; Baumbach/Hefermehl UWG § 1 Rn. 69b; Hören/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>144</sup> Rechelsdorfer GRUR 1997, 191, 195

<sup>145</sup> BGH NJW 1996, 660, 661; OLG Koblenz CR 1996, 207, 208; LG Hamburg 1989, 487

<sup>146</sup> Dieses Einordnung hat den Gesetzgeber davon abgehalten, die Regelung in Art. 10 I der sog. Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Abl. Nr. L 144/24) spezialgesetzlich umzusetzen. Gemäß Art. 10 I der Richtlinie ist Werbung via Telefax ohne vorherige Zustimmung des Empfängers unzulässig. Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass es einer Umsetzung nicht bedarf, da die deutsche Rechtslage den Anforderungen des europäischen Gesetzgebers entspricht (vgl. BT-Ds. 14/2658, S. 25). Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Umsetzung des Art. 7 des sog. E-Commerce-Richtlinie (Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte des Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), Abl. EG L 178/2), welcher eine Kennzeichnungspflicht und die Einrichtung von Robinsonlisten vorschreibt. Auch hier hat der Gesetzgeber die Umsetzungsbedürftigkeit verneint und keine entsprechenden Regelungen in die bisherigen Vorschläge zur Umsetzung aufgenommen (vgl. den Entwurf des Kabinetts: Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG), S. 22, <http://www.bnotk.de/gesetzesvorhaben/entwuerfe/pdf/EGG-Fassung-Kabinett.pdf>).

## 2. Verstoß gegen § 823 BGB

Ferner verstößt die Zusendung von Werbetelefaxen gegen § 823 I BGB, es sei denn der Umworbene ist mit dem Empfang einverstanden.<sup>147</sup>

Durch die Zusendung von Telefaxen wird das Sacheigentum des Empfängers beeinträchtigt. Hierdurch entstehen dem Empfänger Kosten für Papier, Toner, Strom und Wartung. Weiterhin ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigt aufgrund der zeitweiligen Blockade der Empfangsanlage und der mit dem Empfang von Telefaxen einhergehenden Arbeitsbelastung und Beeinträchtigung des Arbeitsablaufes.<sup>148</sup>

Ein Verstoß gegen § 823 II BGB i.V.m. § 303 StGB scheidet aus. Der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache ist keine Beschädigung i.S.d. § 303 StGB. Maßgeblich für die Frage der Zweckbestimmung einer Sache ist nicht die Intention des Eigentümers bzw. Berechtigten. Entscheidend ist die wirtschaftliche Zweckbestimmung, welche bei Telefaxpapier in dem Empfang von Nachrichten liegt.<sup>149</sup>

## 3. Einverständnis

Aus den oben genannten Gründen ist daher grundsätzlich von einer Unzulässigkeit von Telefaxwerbung auszugehen, es sei denn ein Einverständnis des Empfängers liegt vor.<sup>150</sup>

Aufgrund der mit der Telefaxwerbung einhergehenden Beeinträchtigung kann nicht von einem generellen Einverständnis des Anlageinhabers ausgegangen werden. Mit der Installation eines Telefaxgerätes geht nicht die

---

<sup>147</sup> KG CR 1998, 9f.; OLG München NJW-RR 1994, 1054, 1055

<sup>148</sup> KG CR 1998, 9f.; OLG München NJW-RR 1994, 1054, 1055, welches auch im Rahmen des § 823 I BGB die Nachahmungsgefahr einbezieht.; AG Frankfurt/M. MMR 2002, 490; Schmittmann MMR 2002, 263

<sup>149</sup> GenStA Frankfurt/M MMR 2002, 263; a.A. Schmittmann MMR 2002, 263

Bereitschaft einher, von jedwedem Gewerbetreibenden zu Werbezwecken angesprochen zu werden. Das Einverständnis muss vielmehr ausdrücklich oder konkludent erklärt werden oder es müssen konkrete Umstände vorliegen, die es dem Absender erlauben, das Einverständnis zu vermuten.<sup>151</sup> Wie bei der Telexwerbung<sup>152</sup> darf ein Einverständnis angenommen werden, wenn es sich um sachbezogene Werbung handelt und ein sachlicher, in der Interessensphäre des Empfängers liegender Grund besteht, die Werbung per Telefax zu erhalten.<sup>153</sup> Ein Einverständnis kann insbesondere dann vermutet werden, wenn das Schreiben angefordert wird oder im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung erfolgt. Die Beweislast für das Vorliegen eines Einverständnisses liegt beim Absender.<sup>154</sup>

Abschließend ist noch anzumerken, dass sich nach Ansicht des OLG Oldenburg an der Unzulässigkeit von Telefaxwerbung durch die inzwischen stattgefundene technische Weiterentwicklung der Geräte nichts geändert hat. Zwar ermöglicht es der neuste Stand der Technik, die den Empfang von unaufgeforderten Telefaxen durch das Gerät auszuschließen. Der gesetzestreue Bürger ist aber nicht verpflichtet, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen anderer zu treffen.<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> BGH NJW 1996, 660f.; KG WRP 1992, 652, 654; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; ders. NJW-RR 1991, 160f.; OLG Koblenz CR 1996, 207, 208; OLG München NJW-RR 1994, 1054, 1055; LG Hamburg NJW-RR 1989, 487f.; Schmittmann CR 1996, 208, 209

<sup>151</sup> In NJW 1996, 660 hat es der BGH als nicht ausreichend angesehen, dass der Empfänger eine Werbeanzeige unter Angabe der Telefaxnummer geschaltet hatte. Hierin könne kein ausreichender Grund gesehen werden, dass der Empfänger mit dem Empfang der Telefax-Werbung einverstanden sein. Die Werbeanzeige richte sich vielmehr ausschließlich an potentielle Kunden. In NJW-RR 1995, 615 hat der OLG Stuttgart das Einverständnis vermutet, wenn eine laufende Geschäftsbeziehung besteht, in deren Verlauf auch Werbefaxe versandt wurden.

<sup>152</sup> vgl. oben I.E

<sup>153</sup> BGH NJW 1996, 660f.; KG WRP 1992, 652, 654; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1324; ders. NJW-RR 1991, 160f.; OLG München NJW-RR 1994, 1054, 1055; LG Hamburg NJW-RR 1989, 487f.

<sup>154</sup> OLG Koblenz a.a.O., welcher fordert, dass der Versender nicht nur dem Namen, derjenigen Person, welches das Einverständnis erklärt hat, angibt, sondern auch verlangt, dass der Versender darlegt, dass diese Person für die Abgabe eines Einverständnisses zuständig war. Letzteres ist aber zur Recht in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. Schmittmann CR 1996, 208, 209).

<sup>155</sup> OLG Oldenburg NJW 1998, 3208

## **H. Btx-Werbung**

Unverlangte Werbesendungen im Btx-Mitteilungsdienst<sup>156</sup> werden grundsätzlich als wettbewerbswidrig gemäß § 1 UWG angesehen.<sup>157</sup> Wie bei der Beurteilung von Telefon<sup>158</sup>- und Telexwerbung<sup>159</sup> ist Ausgangspunkt, dass eine Werbemaßnahme nicht nur dann wettbewerbswidrig ist, wenn sie gegen das Anstandsgefühl der Mitbewerber verstößt, sondern auch wenn die Maßnahme von der Allgemeinheit missbilligt wird.<sup>160</sup>

Anders als bei Werbung via Telefon kann der Umworbene aber durch Btx-Werbung nicht zu jeder Zeit in seiner Privatsphäre gestört werden. Auch besteht nicht die Gefahr, dass der Anschlussinhaber in ein Gespräch mit dem Werbenden verwickelt wird. Ferner entstehen für den Umworbene anders als bei der Telexwerbung keine vergleichbaren Kosten oder sonstiger Aufwand.<sup>161</sup>

Die Unzulässigkeit von Btx-Werbung gemäß § 1 UWG ergibt sich aber aus der mit dem Empfang einhergehenden Belästigung (in Verbindung mit der Gefahr der Verwilderung der Wettbewerbssitten).<sup>162</sup> Der Umworbene muss bei der Kontrolle seines elektronischen Briefkastens zunächst das Inhaltsverzeichnis der vorhandenen Nachrichten überprüfen und die für ihn wesentlichen Mitteilungen von den unwesentlichen trennen. Die Belästigung wird noch dadurch verstärkt, dass aufgrund der technischen Gegebenheiten das Löschen einer unwesentlichen Mitteilung erst nach deren Abruf erfolgen kann, welcher 8 bis 30 Sekunden dauert. Werden Nachrichten nicht abgerufen, so erscheinen diese bis zur ihrer automatischen Löschung durch die Bundespost nach 15 Tagen, weiterhin im Inhaltsver-

---

<sup>156</sup> vgl. Wienke WRP 1986, 455 hinsichtlich technischer Erläuterung des Begriffes Btx-Mitteilungsdienstes.

<sup>157</sup> BGH NJW 1988, 1670; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 70a f.; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 26; a.A.: KG NJW 1986, 3215; LG Berlin NJW 1984, 2423; Ziem MMR 2000, 129, 130

<sup>158</sup> vgl. oben I.D.1

<sup>159</sup> vgl. oben I.E

<sup>160</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1671; LG Berlin NJW 1984, 2423; Wienke WRP 1986, 455, 457

<sup>161</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1671; KG NJW 1986, 3215, 3216; LG Berlin NJW 1984, 2423

zeichnis und zwar vom Empfänger unbeeinflussbar in der zeitlichen Reihenfolge ihres Eingangs. Das Inhaltsverzeichnis kann aber nur 9 Einträge pro Seite aufnehmen. Ferner ist zu beachten, dass der Empfänger oftmals gezwungen ist, sich über den Charakter der Mitteilung zu informieren und daher die Nachricht abrufen muss. Während der Dauer der Überprüfung und des Abrufens von Nachrichten ist der Fernsprechanschluss des Umworbenen belegt.<sup>163</sup>

Hinsichtlich der Belästigung durch Btx-Werbung ist zwar nicht geklärt, ob diese schon einen die Wettbewerbswidrigkeit rechtfertigenden Umfang erreicht hat. Es besteht zumindest die Gefahr der Nachahmung, da Werbung per Btx als Direktmarketingform nach Ansicht der Werbewirtschaft ein besonders wirksames Mittel ist, insbesondere da der Empfänger gezwungen ist, sich eingehend mit ihr zu beschäftigen. Es liegt daher nahe, dass die Werbewirtschaft in Zukunft sich verstärkt des Mediums Btx bedienen wird, so dass mit einer nicht unerheblichen Zahl von Werbemitteilungen zu rechnen ist. Aufgrund der Tatsache, dass der Teilnehmer Mitteilungen nur nach Abruf löschen kann bzw. Mitteilungen erst nach 15 Tagen automatisch gelöscht werden, besteht die Gefahr, dass die Zahl der gleichzeitig gespeicherten Mitteilungen eine Größenordnung erreicht, die schon den jeweils nur seitenweise möglichen Aufbau des Inhaltsverzeichnisses - jeweils neun Absender und ca. acht Sekunden Aufbauzeit pro Seite - sowie dessen jeweils sorgfältige Prüfung als einen für den Teilnehmer nicht mehr zumutbaren Aufwand erscheinen lassen. Btx-Werbung trägt daher den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich und führt daher zu einer untragbaren Belästigung und zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten. Daran können auch korrigierende Maßnahmen der Deutschen Bundespost in gebührenrechtlicher und technischer Hinsicht

---

<sup>162</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1671; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 70a; Ziem MMR 2000, 129, 130; a.A. Wienke WRP 1986, 455, 457

<sup>163</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1671; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 70a; a.A. KG NJW 1986, 3215, 3216

nichts ändern, da diese nicht nur zugunsten des Umworbene[n] sondern auch vorteilhaft für den Werbenden ausfallen können.<sup>164</sup>

Gegen die Annahme der Wettbewerbswidrigkeit kann auch nicht angeführt werden, dass eine Belastung des Btx-Teilnehmers durch Werbung systemimmanent, vorhersehbar und daher nicht wirklich belästigend ist.<sup>165</sup> Aus dem Btx-Staatsvertrag<sup>166</sup> ergibt sich, dass das Btx-System nicht vor allem der wirtschaftlichen Kommunikation dient, sondern als Zielsetzung die allgemeine Kommunikation hat.<sup>167</sup> Selbst wenn aber die tatsächliche Nutzung von Btx hauptsächlich wirtschaftlicher Natur ist, so muss der Teilnehmer nicht mit mehr Werbung rechnen und diese auch nicht verstärkt hinnehmen. In Anbetracht der Trennung der Btx-Dienste in Angebote und sonstige Kommunikationsformen (Art. 1, 3 Btx-Staatsvertrag) und im Hinblick auf die funktionale Zugehörigkeit breiter Werbung zur Kategorie Angebote rechnet der Btx-Teilnehmer nicht mit gehäufte[r], pseudo-individuell aufgemachte[r] Breitenwerbung. Aber selbst derjenige, welcher mit der Möglichkeit der gelegentlichen Werbeansprache rechnet, muss nicht diejenige[n] Belästigung hinnehmen, welche mit einer großen Zahl unerbetene[r] Werbemitteilung einhergehen.<sup>168</sup>

Auch greift der Einwand nicht, dass der Btx-Teilnehmer der Werbung durch Sperrung des Btx-Mitteilungsdienstes entgehen kann. Eine auf Werbemitteilungen beschränkte Sperrung ist technisch nicht möglich und auch zukünftig aufgrund der fehlenden Verpflichtung zur Kennzeichnung nicht realisierbar<sup>169</sup>. Eine Sperrung des kompletten Btx-Mitteilungsdienstes ist aber dem Teilnehmer nicht zumutbar.<sup>170</sup>

---

<sup>164</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1671; Jäckle WRP 1986, 648; a.A. KG NJW 1986, 3215, 3216; Wienke WRP 1986, 455, 457

<sup>165</sup> so KG NJW 1986, 3215, 3216f.; LG Berlin NJW 1984, 2423f.; Wienke WRP 1986, 455, 457

<sup>166</sup> Zu beachten ist, dass gemäß § 23 III des Mediendienste-Staatsvertrag der Btx-Staatsvertrag am 1.9.1997 außer Kraft getreten ist.

<sup>167</sup> ebenso Jäckle WRP 1986, 648

<sup>168</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1672

<sup>169</sup> Lachmann geht hingegen in GRUR 1988, 617, 618 von einer Kennzeichnungsverpflichtung aus, dies sich direkt aus § 1 UWG ergibt. Werbemitteilungen ohne Kennzeichnung seien als "getarnte" Werbung unlauter.

<sup>170</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1672

Die gegen Btx-Werbung vorgebrachten Bedenken würden aber entfallen, wenn die Möglichkeit geschaffen würde, Werbemitteilungen schon anhand des Inhaltsverzeichnisses nicht nur ohne weiteres als solche zu identifizieren, sondern auch ohne vorherigen Abruf, zu löschen.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> BGH NJW 1988, 1670, 1672; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 25; Diese Möglichkeit ist inzwischen realisiert worden. Die Deutsche Bundespost hat ihre Vorschriften dahingehend geändert, dass Werbetexte nunmehr durch ein "W" kenntlich zu machen sind, und hat ferner die Möglichkeit geschaffen, dass Btx-Mitteilungen auch ohne Abruf zu löschen sind (vgl. BGH WRP 1992, 757). Es ist daher zumindest zweifelhaft, dass der BGH weiterhin der von ihm getroffenen Beurteilung von Btx-Werbung festhält (ebenso Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 195).

### III. Materielle Rechtslage in Deutschland

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der Zulässigkeit von E-Mail-Werbung nach der deutschen Rechtslage.

#### I. Spezialgesetzliche Regelungen

##### 1. FernAbsG

Mit dem Fernabsatzgesetz (FernAbsG) wurde die sogenannte Fernabsatzrichtlinie (FARL)<sup>172</sup> umgesetzt. Letztere enthält mit Art. 10 eine Regelung, welche die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung regelt.<sup>173</sup> Eine derartige Regelung enthält das FernAbsG nicht. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer spezialgesetzlichen Regelung abgesehen. Ein Umsetzungsbedarf bestehe nicht, da die ständige Rechtsprechung zu § 1 UWG und §§ 823, 1004 BGB den Vorgaben der FARL und der Art. 28–49 EGV entspreche und teilweise sogar über diese hinausgehe.<sup>174</sup>

Mit der Schuldrechtsreform wurde der Regelungsgehalt des FernAbsG in das BGB aufgenommen und findet sich jetzt in den §§ 312b ff. BGB.<sup>175</sup>

##### 2. TDG/MDStV

Auch im Teledienstegesetz (TDG) und dem Staatsvertrag über Mediendienste (Mediendienste-Staatsvertrag, MDStV) finden sich keine Regelungen, welche die Zulässigkeit von Werbung per E-Mail betreffen.<sup>176</sup> In § 6 TDG / § 10 I, II MDStV<sup>177</sup> findet sich nur eine Regelung, wonach die

---

<sup>172</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 144/24; Zu den Auswirkungen der Richtlinie im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung vgl. unten I.P.1.a

<sup>173</sup> vgl. eingehend unten I.P.1.a

<sup>174</sup> BT-DS 14/2658, Begr. III.4.c); ebenso AG Dachau MMR 2002, 179; Ernst NJW-CoR 1999, 314

<sup>175</sup> vgl. eingehen unten I.L

<sup>176</sup> Funk CR 1998, 411, 414; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 18

<sup>177</sup> Grundsätzlich findet auf das Medium E-Mail das TDG und nicht der MDStV Anwendung, da es sich um reine Individualkommunikation gemäß § 2 TDG handelt (Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575,583; Beucher/Leyendecker/Rosenberg, Mediengesetze, TDG § 2, Rn. 4; Engel-Flechsigg, ZUM 1997, 231, 234f.). Bei E-Mail handelt es sich um ein Angebote, welche sich nicht an die Allgemeinheit richten, wie es § 2 MDStV verlangt, sondern durch die Anzahl der verwendeten E-Mail-Adressen beschränkt wird

Diensteanbieter für ihre geschäftsmäßigen Telediensten bestimmten Angaben, z.B. Name und Adresse, machen müssen. Gemäß § 7 TDG / § 10 IV MDStV treffen den Dienstanbieter bei kommerzieller Kommunikation die Bestandteil eines Teledienstes sind oder die einen solchen Dienst darstellen besondere Kennzeichnungsvoraussetzungen, z.B. die Kennzeichnung der kommerziellen Kommunikation als solche. Gemäß § 12 TDG bzw. § 20 I Nr. 1, II MDStV kann bei Verstoß gegen diese Kennzeichnung ein Bußgeld verhängt werden.

In § 9 MDStV findet sich eine Regelung Werbung betreffend. So darf gemäß § 9 I MDStV die Werbung, welche sich an Kinder und Jugendliche richtet, nicht deren Interessen schaden oder ihre Unerfahrenheit ausnützen. § 9 II MDStV enthält eine spezielle Ausformung des Trennungsgebotes. Sowohl bei der Einschränkung der Werbung an Kinder, als auch bei dem Trennungsgebot handelt es sich um Regelungen, welche nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Medium E-Mail stehen. Die Einschränkung der Werbung an Kinder stellt eine Regelung dar, welche unabhängig von der Art der Werbung, an den Adressaten anknüpft. Das Trennungsgebot knüpft an den Inhalt an, wiederum unabhängig von dem Kommunikationsmedium. Es muss gleichermaßen bei der Werbung via Rundfunk, Fernsehen oder ähnlichem beachtet werden. Da also keine E-Mail-spezifischen Anknüpfungspunkte bestehen, soll § 9 MDStV im Rahmen dieser Arbeit außer Acht bleiben.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von E-Mail-Werbung wird durch TDG/MDStV nicht berührt. Ungeachtet davon ist zu beachten, dass auch die Kennzeichnungspflicht gem. §§ 6, 7 TDG bzw. § 10 MDStV nur für den

---

(Funk CR 1998, 411, 414). Vereinzelt wird aber auf Mailing-Listen das MDStV angewandt (Roßnagel-Meier § 2 MDStV, Rn. 66). Aufgrund der Tatsache, dass die Regelungen des TDG und des MDStV größtenteils übereinstimmen und aufgrund der Tatsache, dass sowohl das TDG als auch das MDStV keine Regelungen die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung betreffend enthalten, kann die Frage nach der Anwendbarkeit des MDStV dahingestellt bleiben.

Anbieter von Tele- bzw. Mediendiensten gilt, so z.B. für den Access-Provider, nicht hingegen für den Nutzer der Angebote.<sup>178</sup>

### **3. Zwischenergebnis**

Spezialregelungen, welche die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung behandeln, existieren also nicht. Rechtsprechung und Literatur nehmen daher Bezug auf die Rechtslage zu anderen Formen des Direktmarketings<sup>179</sup>. Diese wird, soweit sie auf E-Mail-Werbung übertragbar ist, herangezogen. Dem liegt der Grundgedanke zugrunde, dass Werbung per E-Mail den gleichen Bedenken unterliegt, wie diejenigen Formen des herkömmlichen Marketings, welche ihr in Funktionsweise und Wahrnehmung durch den Umworbenen gleichen<sup>180</sup>. Entsprechend wird E-Mail-Werbung an § 1, 3 UWG und §§ 823, 1004 BGB gemessen. Diskutiert wird vor allem im Rahmen des § 823 I BGB ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. gegen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Im Rahmen des § 1 UWG steht hingegen die Wettbewerbswidrigkeit aufgrund von Belästigung des Empfängers im Mittelpunkt.

### **J. § 1 UWG**

Höchstrichterliche Rechtsprechung, welche sich mit der Wettbewerbswidrigkeit i.S.d. § 1 UWG von unerbetenen Werbe-E-Mails beschäftigt, existiert noch nicht. Die Rechtsprechung der unteren Instanzen ist ebenso wie die Literatur uneinheitlich. Diskutiert wird die Frage der Zulässigkeit von Werbe-E-Mails vor allem unter dem Gesichtspunkt Belästigung und Täuschung.

---

<sup>178</sup> vgl. zur Frage, wer Adressat des TDG / MDStV ist Bleisteiner, Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, Teil 3, II. 3. (S. 159).

<sup>179</sup> Herangezogen werden die oben beschriebenen Formen von Direktmarketing: Werbung mittels Brief, Telefon, Telefax, Telex und Btx., vgl. LG Traunstein MMR 1998, 109; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1144; Funk CR 1998, 411, 412, 419; Lettl GRUR 2000, 977, 981

<sup>180</sup> Busche/Kraft WRP1998, 1142, 1144

## 1. Sittenwidrigkeit aufgrund von Belästigung

Hauptdiskussionspunkt im Rahmen des § 1 UWG ist, ob E-Mail-Werbung aufgrund der Belästigung des umworbenen Kunden sittenwidrig ist. Bei dieser Diskussion werden verschiedene Aspekte von E-Mail-Werbung angesprochen, die im Folgenden ausführlich dargestellt und diskutiert werden.

### a. Belästigende Werbung

Unter belästigender Werbung sind Werbemethoden zu verstehen, die unabhängig vom Inhalt bereits wegen der Art und Weise der Übermittlung der Werbebotschaften vom Adressaten als Belästigung empfunden werden. Die Eigenart von belästigender Werbung liegt darin, dass Werbung ohne oder gegen den Willen des Empfängers auf dessen Kosten betrieben wird. Es werden Ressourcen des Werbeadressaten (z.B. Zeit, Arbeitskraft) in Anspruch genommen. Hinzukommt die Gefahr, dass die Werbung einen Grad der Aufdringlichkeit annimmt, der dem Kunden eine ruhige und sachliche Prüfung unmöglich macht ("Anreißen").

Auf der anderen Seite ist Werbung grundsätzlich darauf gerichtet, die Aufmerksamkeit des Kunden zu wecken und auf ihn einzuwirken. Hiermit ist unvermeidbar ein gewisses Maß an Belästigung verbunden. Diese muss aber grundsätzlich hingenommen werden unabhängig vom Empfinden des Umworbenen, denn ohne Werbung kommt eine freie Marktwirtschaft, die den Wettbewerb zu ihrem Ordnungsprinzip gemacht hat, nicht aus. Die mit der Werbung zwangsläufig verbundene Belästigung darf aber nicht das zumutbare und übliche Maß überschreiten.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> BGH GRUR 1960, 431, 432; Baumbach/Hefermehl § 1 UWG, Rn. 57; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1144; Gamm § 1 Rn. 149; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1., Rn. 20; HK-WettbR-Plaß § 1 UWG Rn. /Piper-Köhler § 1 UWG, Rn. 107; zur Entwicklung des Begriffs der belästigenden Werbung vgl. Fernández-Nóvoa GRUR Int. 1973, 436ff.

Bei der Beantwortung, ob letzteres der Fall ist, ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Hierbei sind die Interessen der Verbraucher, der Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit zu berücksichtigen.<sup>182</sup>

Im Folgenden wird zuerst auf die Interessen der Verbraucher, dann auf die der Werbenden und der Allgemeinheit eingegangen, bevor diese Interessen abgewogen werden. Am Ende wird noch die Frage behandelt, ob und inwieweit die Interessenverletzung durch ein Einverständnis ausgeschlossen werden kann.

*b. Interessen auf Seiten der Verbraucher*

Bei der Frage, inwieweit eine die Wettbewerbswidrigkeit begründende Belästigung des Verbrauchers vorliegt, werden verschiedene Ansatzpunkte diskutiert, so z.B. entstehende Kosten, Arbeitsaufwand, Blockade der Empfangseinrichtung.

Von grundsätzlicher Bedeutung bei all diesen Punkten ist die sogenannte Nachahmungsgefahr. Die mit einer bestimmten Werbemethode verbundene Belästigung kann in Grenzfällen ein so geringes Ausmaß besitzen, dass sie, solange sie nicht massiv auftritt, gerade noch hinnehmbar ist. Dann ist aber der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur folgend zu fragen, welche Auswirkungen die Werbemethode hätte, wenn sie als zulässig erachtet wird. Müsse damit gerechnet werden, dass andere Gewerbetreibende diese Werbemethode nachahmten und es durch diese Nachahmung zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der von § 1 UWG geschützten Interessen komme, so sei die Werbemethode aus diesem Grund unzulässig.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Baumbach/Hefermehl § 1 UWG, Rn. 57; Gamm § 1, Rn. 37<sup>183</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1990, 185, 186; BGH GRUR 1990, 371, 372; BGH GRUR 1972, 364, 366; BGH GRUR 1971, 322; BGH GRUR 1967, 430, 431; BGH NJW 1965, 1325, 1327; BGH GRUR 1960, 431, 432; BGH GRUR 1959, 277, 279; BGH GRUR 1957, 365, 367; Baumbach/Hefermehl Einl UWG Rn. 123; ders. § 1 UWG, Rn. 57; Ernst BB 1997, 1057, 1060; v. Falck GRUR 1967, 432; ders. GRUR 1960, 433, 434; Gamm Einf A, Rn. 16, 23, 34; ders. § 1, Rn. 136; Gloy § 49, Rn. 35; HK-WettbR-Plaß UWG § 1, Rn. 81

Bei jeder der zu diskutierenden Auswirkungen von Werbe-E-Mails, kann sich die Frage stellen, ob diese aufgrund dieser Nachahmungsgefahr eine wettbewerbsrechtlich relevante Belästigung darstellen. Es wird daher den einzelnen Anknüpfungspunkten die Frage vorangestellt, ob eine Nachahmungsgefahr bei E-Mail-Werbung überhaupt gegeben ist. Inwieweit im Falle einer bestehenden Nachahmungsgefahr diese im Zusammenhang mit den einzelnen Auswirkungen der Werbung zur Wettbewerbswidrigkeit führen kann, wird im Rahmen der jeweiligen Anknüpfungspunkte erörtert.

1) *Gefahr der Nachahmung*

a) *Methodischer Ansatzpunkt*

Dem BGH und der überwiegenden Ansicht in der Literatur folgend ist bei Beurteilung der Zulässigkeit einer Werbemaßnahme nicht nur auf einzelne Aspekte abzustellen. Maßgeblich sei vielmehr eine Gesamtwürdigung, in die insbesondere auch die Gefahr der Nachahmung durch Mitbewerber und die hiervon ausgehende Beeinträchtigung des Wettbewerbs einzubeziehen ist. Es sei nicht nur der konkrete Einzelfall zu beachten, sondern auch, wie sich die fragliche Wettbewerbsmethode ihrer Art nach auswirken würde, wenn auch die Mitbewerber zu ihr übergingen. Es ist zu fragen, wie eine Werbemaßnahme, welche an sich in ihren Auswirkungen die Mitbewerber, die Verbraucher und die Interessen der Allgemeinheit kaum spürbar beeinträchtigt, sich bei massiertem Auftreten auswirken würde. Würden die von § 1 UWG geschützten Interessen durch die aufgrund der Nachahmung eintretenden Übersteigerung ernstlich geschädigt, sei das fragliche Verhalten als sittenwidrig einzustufen. Eine Verwilderung der Wettbewerbssitten sei zu verhindern.<sup>184</sup>

Hierbei sei zu beachten, dass die Nachahmungsgefahr sich auf das konkrete Wettbewerbsverhalten beziehen müsse. Die Möglichkeit noch schwerwiegenderer und wirksamerer Wettbewerbsmethoden habe außer

---

<sup>184</sup> vgl. Nachweise bei Fußnoten 183

Betracht zu bleiben.<sup>185</sup> Bei der anzustellenden Prognose sei zu fragen, ob mit einer hohen Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass die Erfolge, die ein Wettbewerber mit der konkreten Werbemaßnahme erzielen, so beachtlich sind, dass sie die Mitbewerber, um gleichzuziehen, zur Nachahmung veranlassen.<sup>186</sup> Verliere aber die Werbemethode durch die Nachahmung selbst an Werbekraft, so sei die Nachahmungsgefahr zu verneinen.<sup>187</sup>

Diese Ansicht der Rechtsprechung und herrschenden Meinung in der Literatur stößt vereinzelt auf Kritik. Es wird eingewandt, dass der methodische Ansatz, eine Werbemaßnahme nur aufgrund der Gefahr des verstärkten Auftretens für sittenwidrig zu erklären, an sich schon fraglich sei. Die Zurechnung des Verhaltens konkurrierender Wettbewerber, welche dem marktergebnisorientierten Argument der Nachahmungsgefahr innewohne, sei bedenklich.<sup>188</sup> Es sei grotesk, dass der einzelne Werbetreibende durch sein lauterer Verhalten für die Unzulässigkeit der Summe hypothetischen Folgeverhaltens verantwortlich sein soll.<sup>189</sup> Mit dem Kriterium der Nachahmung werde ein Moment in die Beurteilung hineingezogen, das der Wettbewerber bei Vornahme seiner Handlung nicht in Betracht ziehen könne und auf das er keinen Einfluss habe.<sup>190</sup> Ferner könne ein lauterer Verhalten auch nicht bei beliebiger Wiederholung zu einer unlauteren Maßnahme mutieren.<sup>191</sup> Auch wird eingewandt, eine Prognose bezüglich der Nachahmung sei nicht möglich, da ein bestimmtes Ergebnis wettbewerblichen Verhaltens nicht vorhersehbar sei.<sup>192</sup> Darüber hinaus führe die Herangehensweise der herrschenden Ansicht nicht zur Erreichung einer gleichmäßigen Rechtsanwendung. Bei der Prognose der Nachahmungsgefahr mangle es aufgrund der fehlenden Vorhersehbarkeit an der notwendigen Beurteilungsgrundlage für die Reaktion der Mitbewerber. Bei

---

<sup>185</sup> Gamm Einf. A, Rn. 23 m.w.N.

<sup>186</sup> Baumbach/Hefermehl Einl UWG Rn. 123

<sup>187</sup> BGH GRUR 1959, 277, 279; Baumbach/Hefermehl Einl UWG Rn. 123

<sup>188</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148; Bußmann GRUR 1959, 281

<sup>189</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148

<sup>190</sup> Bußmann GRUR 1959, 281

<sup>191</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148; Lehmpfuhl GRUR 1963, 493

<sup>192</sup> Schrer WRP 1996, 174, 180f.; i.E. auch Lehmpfuhl GRUR 1963, 493, 494

der Prüfung späterer gleichartiger Fälle seien die Auswirkungen der Werbemaßnahme aber ersichtlich. Ferner verstoße die Vorgehensweise des BGH gegen den Grundsatz, dass mit § 1 UWG nur unlauteren Mitteln und Methoden, nicht aber dem Erfolg entgegengetreten werden solle, da hier der Erfolg in der Nachahmung durch die Mitbewerber liege.<sup>193</sup> Des weiteren führe die Zulassung bestimmter Marketingmethoden nicht zwangsläufig zu deren Ausuferung, wie das Beispiel der Briefwerbung zeige.<sup>194</sup>

Diesen Einwänden gegen das Heranziehen der Nachahmungsgefahr im Rahmen des § 1 UWG kann nicht gefolgt werden.

Die Tatsache, dass die Zulassung einer bestimmten Marketingmethode nicht zwangsläufig zu deren Ausuferung führt, spricht nicht gegen die Berücksichtigung derselben. Vielmehr soll auch dieser Fakt bei der Frage, ob eine Nachahmungsgefahr besteht, berücksichtigt werden und je nach Werbemethode geprüft werden, ob eine Ausuferung zu befürchten ist. Dieses Vorgehen entspricht auch der herrschenden Ansicht. So verneint der BGH hinsichtlich der kostenlosen Zusendung von Postkarten eine Ausuferungsgefahr und lässt diese Werbemethode unter bestimmten Umständen zu.<sup>195</sup>

In diesem Zusammenhang ist der Vergleich mit Briefkastenwerbung verfehlt. Aufgrund des Ausmaßes von derartiger Werbung, wird auch hier von einer schon bestehenden Ausuferung ausgegangen.<sup>196</sup> Auch der BGH hat zumindest die Gefahr der Ausuferung von Briefkastenwerbung gesehen. Im Rahmen der Frage, wann sich der Umworbene gegen eine Beeinträchtigung seiner räumlich-gegenständlichen Sphäre durch das Aufdrängen von unerwünschter Werbung zur Wehr setzen darf, stellt er fest, dass der Umworbene der Werbung unabhängig von ihrem Umfang begegnen

---

<sup>193</sup> Lehmpfuhl GRUR 1963, 493, 494

<sup>194</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148

<sup>195</sup> BGH GRUR 1959, 277, 279

<sup>196</sup> i.E. LG Traunstein MMR 1998, 109

darf.<sup>197</sup> Er muss nicht erst warten, bis Werbematerial einen derartigen Umfang erreicht hat, dass der Briefkasten verstopft ist.

Weiterhin vermag auch der Einwand nicht zu greifen, dass ein Heranziehen der Nachahmungsgefahr gegen den Grundsatz verstößt, dass § 1 UWG sich nur gegen unlautere Mittel und Methoden nicht aber gegen den Erfolg wende. Selbst wenn dieser Grundsatz in dieser Form § 1 UWG innewohnen sollte, so spricht dies nicht gegen die Berücksichtigung der Ausuferungsgefahr und ist mit der Herangehensweise der herrschenden Ansicht vereinbar. Bei dem Kriterium der Nachahmungsgefahr soll nicht dem Erfolg entgegengetreten werden. Es sollen vielmehr die Folgen der Werbemaßnahme im Rahmen der Gesamtwertung beachtet werden, um aufgrund dieser Wertung über die Wettbewerbswidrigkeit zu entscheiden. Das in Frage stehende Mittel wird aufgrund seiner Folgen als wettbewerbswidrig qualifiziert. Auch begründet die Nachahmungsgefahr nicht selbständig die Sittenwidrigkeit, so wie es der Einwand vermuten lässt. Vielmehr wird die Sittenwidrigkeit aufgrund der Interessenbeeinträchtigung, welche infolge der Nachahmungsgefahr zu befürchten ist, bejaht.<sup>198</sup>

Des weiteren trifft die Behauptung nicht zu, dass eine Prognose hinsichtlich der Nachahmung sowohl allgemein als auch dem einzelnen Wettbewerber nicht möglich ist. Diese Ansicht bezieht sich vor allem auf die Frage, ob es vorhersehbar ist, dass ein Unternehmen durch die betreffende Handlung eine marktbeherrschende Stellung erlangt.<sup>199</sup> Insoweit ist es zweifelhaft, ob dieser Ansatzpunkt vergleichbar ist, da es hier um die Frage des Vorliegens einer Belästigung geht. Unabhängig davon versäumt es diese Ansicht Argumente für ihre These vorzubringen.<sup>200</sup> Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum sich die Nachahmungsgefahr als wettbewerbsli-

---

<sup>197</sup> BGH NJW 1989, 902, 903

<sup>198</sup> vgl. Baumbach/Hefermehl Einl UWG Rn. 120, 122

<sup>199</sup> vgl. Scherer WRP 1996, 174, 180

<sup>200</sup> So bezieht sich Scherer (WRP 1996, 174, 180) nur auf eine von zwei divergierende Wirtschaftstheorien, wobei sie sich mit der bloßen Darstellung dieser begnügt.

che Konsequenz einer Vorhersehbarkeit entzieht. Marktwirtschaftliche Prognosen sind grundsätzlich möglich.<sup>201</sup>

Auch dem Argument, dass ein lauterer Verhalten bei beliebiger Wiederholung nicht zu einer unlauteren Maßnahme mutiert, kann nicht gefolgt werden. Das Verhalten eines Wettbewerbers muss im Gesamtzusammenhang gesehen werden und darf nicht in Einzelakte aufgespalten werden. Dies zeigt sich deutlich am Beispiel der Teletextwerbung im geschäftlichen Bereich. Unter bestimmten Umständen kann ein Einverständnis mit der Werbung per Telefax vermutet werden. Die Werbemaßnahme ist dann zulässig.<sup>202</sup> Bei einer dauernden Wiederholung der an sich zulässigen Werbung würde die Interessensabwägung aber dazu führen, dass aufgrund der Blockade der Empfangseinrichtung ein Einverständnis nicht mehr vorausgesetzt werden könnte und somit die Werbung unzulässig wäre.

Letztlich führt die Außerachtlassung der Nachahmungsgefahr dazu, dass im Wettbewerbsrecht die zukünftige Entwicklung ganz außer Acht gelassen werden müsste. Dies würde in letzter Konsequenz dazu führen, dass ein Unterlassungsanspruch zur Abwehr künftiger Beeinträchtigungen im Rahmen des § 1 UWG nicht gegeben sei, denn auch hier ist im Rahmen der Wiederholungsgefahr eine Prognose in wettbewerblischer Hinsicht nötig.<sup>203</sup> Der Unterlassungsanspruch, welcher den Betroffenen zwingt, den Schaden abzuwarten, ist aber eine "stumpfe Waffe".<sup>204</sup> Nicht nur im Hinblick auf den drohenden Schaden scheint das Ablehnen der Abwehr künftiger Beeinträchtigungen zweifelhaft. Insbesondere bei Maßnahmen, welche zur Verdrängung oder Vernichtung des Mitbewerbers führen, kann auf einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch nicht verzichtet werden. Auf die Beachtung der zukünftigen Entwicklung kann also auch nicht im Wettbewerbsrecht verzichtet werden. Daher ist es angebracht, auch im Rah-

---

<sup>201</sup> Recklies, Analysen und Prognosen als Basis für ein erfolgreiches Marktmanagement, <http://www.themanagement.de/Ressources/Prognosen.htm>.

<sup>202</sup> vgl. oben I.F

<sup>203</sup> Hinsichtlich der Beurteilung marktbeherrschender Stellung lehnt Scherer in WRP 1996, 174, 180 die Anwendung von § 1 UWG ab und nimmt die Beurteilung allein nach dem GWB vor.

men der Nachahmungsgefahr wie bei der Wiederholungsgefahr eine Prognose vorzunehmen und die zukünftige Entwicklung mit zu berücksichtigen. Hierfür spricht auch, dass es ansonsten den über Zulässigkeit von Wettbewerbsmaßnahmen entscheidenden Gerichten versagt wäre, die zukünftige Wirkung ihres Urteils zu berücksichtigen. Im Rahmen eines zu fällenden Unterlassungsurteils dürfte die wettbewerbsrechtliche Lage, welche sich aus dem Urteil ergeben würde, nicht berücksichtigt werden. Dem Wesen des Unterlassungsurteils wohnt aber inne, dass die von ihm selbst ausgehenden Wirkungen im Rahmen der zu Gebote stehenden Beurteilungsgrundlage mitberücksichtigt wird.<sup>205</sup> Weiterhin ist bei der Beurteilung der jeweiligen Wettbewerbshandlung ihr Gesamtcharakter entscheidend. Es sind die gesamten Umstände zu beachten. Dies sind neben der Wettbewerbshandlung selbst auch die Begleitumstände, die zu der Handlung hinzutreten, ihr vorausgehen oder mit größter Wahrscheinlichkeit folgen.<sup>206</sup>

Letztere Erwägung zeigt auch, dass bei der Beurteilung der Werbemaßnahme auch das durch diese hervorgerufene Verhalten Dritter als Begleitumstände berücksichtigt werden muss. Die fragliche Handlung darf nicht isoliert betrachtet werden. Das (hypothetische) Verhalten Dritter muss im Rahmen von § 1 UWG beachtet werden. Hierfür spricht auch folgende Überlegung. Lässt man das Verhalten des ersten Wettbewerbers zu und kommt es zur Nachahmung, welche zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Beeinträchtigung der Interessen des Betroffenen führt, so wäre das Verhalten der nachahmenden Wettbewerber als wettbewerbswidrig einzustufen. Es müsste diesen untersagt werden, während hingegen der erste Wettbewerber sich weiterhin der fraglichen Werbemethode bedienen kann. Dies darf nicht sein, da gleiches Recht für alle gelten muss.<sup>207</sup> Diese Erwägungen machen auch deutlich, dass die Herangehensweise von BGH und herrschender Ansicht gerade zu einer gleichmäßigen Rechts-

---

<sup>204</sup> Baumbach/Hefermehl UWG Einl Rn. 256

<sup>205</sup> so auch BGH NJW 1965, 1325, 1327

<sup>206</sup> Baumbach/Hefermehl UWG Einl Rn. 106

<sup>207</sup> ebenso BGH NJW 1965, 1325, 1327

anwendung führt. Die gegenteiligen Einwände der Literatur treffen nicht zu.<sup>208</sup>

Aufgrund dieser Erwägungen ist entsprechend der herrschenden Ansicht im Rahmen der Gesamtwürdigung auch die Nachahmungsgefahr zu beachten.

b) Nachahmungsgefahr bei E-Mails

Es stellt sich nun die Frage, ob eine derartige Nachahmungsgefahr auch bei E-Mail-Werbung vorliegt.

Einem Teil der Rechtsprechung und Literatur nach ist ein Anschwellen von Werbung per E-Mail zu erwarten.<sup>209</sup>

Dies werde bedingt durch die Tatsache, dass E-Mail-Werbung billig, schnell, arbeitssparend ist und gezielt an eine Vielzahl von Adressaten verschickt werden kann.<sup>210</sup> Auch vermittelten E-Mails (scheinbar) einen persönlichen Zugang zu dem Betroffenen, da sie direkt im Arbeits- oder Lebensbereich empfangen würden.<sup>211</sup> Ein weiterer Grund sei die begrenzte Zahl von E-Mail-Usern und deren wirtschaftliche Potenz.<sup>212</sup> An der zu erwartenden Nachahmung werde auch durch von den Werbenden selbst auferlegte Restriktionen (z.B. Kennzeichnung der Werbe-E-Mail als

---

<sup>208</sup> Insbesondere der Einwand, dass es grotesk sei, dass der einzelne Wettbewerber durch sein lauterer Verhalten für die Unzulässigkeit der Summe hypothetischen Folgeverhaltens verantwortlich sein solle, ist dadurch entkräftet. Unabhängig ist anzumerken, dass es hier um die Frage geht, ob das Verhalten zulässig ist oder nicht. Der Einwand setzt aber voraus, dass das zu Debatte stehende Verhalten zulässig ist.

<sup>209</sup> KG MMR 2002, 685; LG Traunstein MMR 1998, 109; Ernst BB 1997, 1057, 1060; ders. NJW-CoR 1997, 494f.; Funk CR 1998, 411, 419; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 33f.; Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4, Rn. 80; Hoeren MMR 1999, 192, 197; Lehmann ZUM 1999, 180, 182; Leupold WRP 1998, 270; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1001; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173, welcher aber an anderer Stelle die Gefahr einer größeren Belästigung ablehnt; ders. GRUR 1997, 191, 197; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; Schrey K&R 1998, 222, 224; Schrick MMR 2000, 399, 404f.; Vahrenwald 10.1, S. 7; Westerwelle MMR 1999, 45; Ziem MMR 2000, 129, 130f.

<sup>210</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109; Ernst BB 1997, 1057, 1060; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 33f.; Moritz CR 1998, 623; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21; Ziem MMR 2000, 129, 130f.

<sup>211</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 34

<sup>212</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109; Schmittmann MMR 1998, 346, 347

solche, Konsultation von Robinson-Liste, geringe Zahl der versandten Mitteilungen, keine übergroßen E-Mails) nicht verhindert, da nicht zu erwarten sei, dass sich alle Werbenden daran halten würden.<sup>213</sup> Auch Filterprogramme könnten gegen die zu erwartende Werbeflut nicht helfen, da sie nicht zuverlässig funktionieren würden. Es sei nicht auszuschließen, dass auch erwünschte Werbung oder Geschäftspost, welche Waren- und Leistungsbezeichnungen enthalte, ausgefiltert würde. Auch sei zu erwarten, dass die Filter umgangen würden, indem die Werbenden ihre Formulierungen entsprechend anpassen würden.<sup>214</sup>

Andere sehen zwar zum jetzigen Zeitpunkt die Gefahr der Ausuferung als gegeben an. Diese könne aber durch eine Verpflichtung der Werbenden (in Form einer Selbstbeschränkung) begrenzt werden, nur gekennzeichnete und im Umfang beschränkte Nachrichten zu verschicken. Hierdurch würde die Attraktivität dieses Mediums sinken und somit die Gefahr der Nachahmung ausgeschlossen werden, da die meisten Nachrichten ungelesen gelöscht werden würden.<sup>215</sup>

Die gegenteilige Ansicht sieht die Gefahr der Nachahmung bei E-Mail-Werbung zumindest zur Zeit als nicht gegeben an.<sup>216</sup>

Es sei keine zwingende Verknüpfung zwischen der Zulässigkeit von Werbung per E-Mail und deren Überhandnehmen zu erkennen. Zwar sei E-Mail-Werbung aufgrund des geringen Kosten- und Zeitaufwandes besonders attraktiv. Die Gründe, welche die Attraktivität begründeten, würden aber auch zu einer geringen Effizienz der Werbung auf Seiten des Empfängers führen. Der Grad der Wahrnehmung bei dieser Form des Direktmarketings sei im Vergleich zu anderen Formen ungleich geringer. Dies

---

<sup>213</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109

<sup>214</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343

<sup>215</sup> Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21f.

<sup>216</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173, welcher aber an anderer Stelle die Gefahr der Ausuferung bejaht.

um so mehr, wenn der Werbende die von der Werbeindustrie auferlegten Selbstrestriktionen<sup>217</sup> beachte. Werbe-E-Mails würden in der Regel un gelesen gelöscht. Auch ermögliche Filtersoftware die automatische Aussonderung von Werbe-E-Mails. Die Effektivität dieser Software sei zwar fraglich. Sobald sich aber die Kennzeichnung von Werbe-E-Mails durchgesetzt habe, könnten die Werbepotschaften ohne Probleme gefiltert werden.<sup>218</sup> Sofern sich Werbende nicht an die Regelungen hielten, welche ein Filtern ermöglichten, könne dies nicht die grundsätzliche Zulässigkeit einer den Kriterien entsprechenden Werbung beeinflussen. Dies würde der Hin-fälligkeit wettbewerbsrechtlicher Normen schlechthin gleichkommen.<sup>219</sup>

Ferner sei Werbung via E-Mail für die Werbenden auch deshalb unattraktiv, da diese Werbeform einen schlechten Ruf habe. Auch sei es aufgrund der starken Gegenwehr der Internetgemeinde zweifelhaft, dass sich diese Form von Werbung durchsetzen werde.<sup>220</sup> Weiterhin hätten die Internet-Provider durch ihre Nutzungsbedingungen der Werbung per E-Mail eigene Grenzen gesetzt. Der unangekündigte Versand von Massen-E-Mails und die Verschleierung der Absenderadresse stelle einen sanktionierten Vertragsbruch dar. Auch würden für den massenhaften Versand von E-Mails erhebliche Gebühren verlangt.<sup>221</sup> Ferner wird vorgebracht, dass E-Mail-Werbung zwar billig und schnell sei, es aber derzeit für Werbeunternehmen noch schwierig sei, an die E-Mail-Adressen zu gelangen.<sup>222</sup>

Ob tatsächlich eine Nachahmungsgefahr vorliegt, kann allein anhand einer Prognose vorgenommen werden, welche sich an den derzeitigen Gegebenheiten orientiert. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Anschwellen der Menge der versandten E-Mails durch die begrenzte Zahl der E-Mail-User und ihre wirtschaftliche Potenz bedingt wird. Das Internet und mit ihm auch das Medium E-Mail hat sich inzwischen zu einem Mas-

---

<sup>217</sup> vgl. oben I.B.7

<sup>218</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148

<sup>219</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148

<sup>220</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478

<sup>221</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1148

<sup>222</sup> Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173

senmedium weiterentwickelt, welches nicht nur Besserverdienenden offen steht.<sup>223</sup>

Auch kann im Rahmen der zu treffenden Prognose hinsichtlich des Einsatzes von Filterprogrammen nur von der tatsächlich möglichen Anwendbarkeit ausgegangen werden. Nach übereinstimmender und auch zutreffender Ansicht ist ein effektives Filtern von E-Mails zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich. Der Vortrag, dass durch die Möglichkeit des Filterns die Attraktivität von E-Mail-Werbung sinken würde und daher eine Nachahmungsgefahr nicht gegeben sei, kann daher dahingestellt bleiben. Auch ist zur Zeit nicht ersichtlich, dass die werbenden Unternehmen freiwillig eine Kennzeichnungspflicht auf sich nehmen würden, um das Filtern zu ermöglichen. Auch wenn es verschiedene Überlegungen und Initiativen in diese Richtung gibt<sup>224</sup>, erscheint es zumindest zweifelhaft, dass diese fruchten werden. Insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, dass selbst ein gesetzliches Verbot von E-Mail-Werbung nicht befolgt wird, ist eine Wirksamkeit von freiwilligen Restriktionen nicht zu erwarten. Letztlich kann aber nur vom jetzigen Kenntnisstand eine Prognose getroffen werden, so dass die in Zukunft eventuell gegebene Möglichkeit des Filterns außer Acht bleiben muss. Diese kann nicht gegen die Attraktivität von Werbe-E-Mails und somit gegen die Gefahr der Nachahmung angeführt werden.

Ferner entspricht es auch nicht mehr den Tatsachen, dass es schwierig sei an E-Mail-Adressen zu gelangen. Entsprechende Datenbanken sind ohne weitere Probleme zu erhalten. Auch kann man mittels frei erhältlicher Software News-Groups nach Adressen durchsuchen, wobei aufgrund der thematischen Zuordnungsmöglichkeit anhand der News-Groups eine zielgruppengenaue Werbung möglich ist.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> vgl. Graumann/Köhne, Monitoring Informationswirtschaft, S. 29ff., 45, <http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/Faktenbericht.pdf>

<sup>224</sup> vgl. oben I.B.7 <sup>225</sup> ebenso Moritz CR 1998, 623

Ebenso wenig kann der Verweis auf die Nutzungsbedingungen der Internet-Provider überzeugen. Es trifft zwar zu, dass sich diese teilweise den Versand von Massensendungen verbieten<sup>226</sup>, ob ein Verstoß aber tatsächlich Sanktionen nach sich zieht bzw. ziehen kann ist zweifelhaft. Weiterhin ist zu beachten, dass nicht alle Provider derartige Klauseln verwenden, so dass dieses Regulativ nicht greifen kann. Ferner kann der Schutz des Wettbewerbs nicht allein den Providern überlassen werden.

Letztlich überwiegen die Vorteile der Werbung per E-Mail. Sie ist schnell, kostengünstig und arbeitssparend und ermöglicht eine direkte und gezielte Kundenansprache. Sie ist insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen die einzige Möglichkeit, überregional bzw. international Werbung zu betreiben.<sup>227</sup> Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass dieses Werbemedium in Zukunft noch stärker genutzt werden wird. Insbesondere aufgrund der wachsenden Popularität des Internets und seiner wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung<sup>228</sup> muss davon ausgegangen werden, dass die Werbung per E-Mail über das heute schon hohe Maß hinausgehen wird. Selbst zum jetzigen Zeitpunkt hat E-Mail-Werbung schon viele Nachahmer gefunden. Das schlechte Image, welches der Werbung per elektronischer Post anhaftet, hat und wird nicht zu einer Verringerung der Werbung führen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der größte Teil der versandten E-Mails den Empfänger nicht anspricht, sogar von ihm abgelehnt wird, so wird dies durch die große Streuung, welche durch E-Mail unproblematisch und kostengünstig möglich ist, wettgemacht.

Eine andere Prognose gebietet sich auch nicht in dem Fall, dass eine Kennzeichnung jeder Werbung gesetzlich vorgeschrieben werden sollte.<sup>229</sup> Eine derartige Kennzeichnung ermöglicht grundsätzlich das Filtern

---

<sup>226</sup> vgl. z.B. Nutzungsbedingungen von Compuserve,  
<http://www.compuserve.de/cso/hilfe/win/nutzungsbedingungen>

<sup>227</sup> vgl. zu den Vorteilen von E-Mail-Werbung oben I.B.5

<sup>228</sup> vgl. Graumann/Köhne, Monitoring Informationswirtschaft, S. 47,  
<http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/Faktenbericht.pdf>

<sup>229</sup> Die Kennzeichnungspflicht gemäß §§ 6, 7 TDG bzw. § 10 MDStV gilt nur für Diensteanbieter gemäß § 2 TDG/MDStV. Sie gilt also nicht für Nutzer des Mediums E-

der gekennzeichneten Nachrichten, obwohl weiterhin die Gefahr des Löschens unerwünschter Nachrichten besteht. Auch kann der Empfänger einfacher entscheiden, ob er die Werbung zur Kenntnis nehmen möchte. Dies alles würde aber die Akzeptanz der E-Mail-Werbung und somit ihre Attraktivität erhöhen. Die Gefahr der Verstärkung derartiger Werbung würde steigen.

Unabhängig davon kann das Argument nicht greifen, dass die Nachahmungsgefahr ausgeschlossen sei, weil das Werbemittel belästigend wirke. Dies bedeutet letztlich, dass eine Nachahmung von belästigender Werbung niemals zu befürchten wäre. Belästigende Werbeformen würden nie genutzt werden. Die Fallgruppe der Belästigung wäre dann ohne Bedeutung. Dies entspricht aber nicht der Wirklichkeit, wie die umfassende Rechtsprechung zu dieser Fallgruppe zeigt.

Abschließend ist festzuhalten, dass bei E-Mail-Werbung die Gefahr der Nachahmung besteht. Inwieweit dies die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Werbung beeinflusst, wird bei den einzelnen Anknüpfungspunkten und im Rahmen der Gesamtwürdigung erörtert.

## 2) *Kosten*

Ein Ansatzpunkt im Rahmen der Frage, ob eine die Wettbewerbswidrigkeit begründende Belästigung vorliegt, sind die durch Werbe-E-Mails entstehenden Kosten.<sup>230</sup>

Im Mittelpunkt der hierzu geführten Diskussion stehen die Telefon- und Providergebühren. Hierbei ist zu differenzieren. Einerseits können nutzungsabhängige Kosten entstehen, welche unmittelbar von der Inanspruchnahme der jeweiligen Dienste abhängen (z.B. Providergebühr, welche von der online verbrachten Zeit abhängt). Andererseits kann der E-

---

Mail, welche selber keine Teledienste bzw. Mediendienste anbieten (vgl. eingehend Bleisteiner, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, Teil 3, II. 3. (S. 159)).

<sup>230</sup> Unbeachtet bleiben in diesem Rahmen diejenigen Kosten, welche mittelbar durch E-Mail-Werbung entstehen, wie z.B. Kosten für die durch Werbe-E-Mails gebundene Arbeitskraft. Diese Punkte werden im Ablauf der Arbeit gesondert behandelt.

Mail-Empfänger mit nutzungsunabhängigen Kosten belastet werden (z.B. monatliche Grundgebühr für die Bereitstellung des E-Mail-Accounts durch den Provider).

Neben den Telefon- und Providerkosten, werden aber auch sonstige Kosten, z.B. die Stromkosten des Rechners und die Anschaffungskosten für Speichermedien im Falle der Kapazitätsüberlastung des vorhandenen Speichers durch E-Mails, herangezogen.

a) Nutzungsabhängige Telefon- und Providerkosten

Einer Ansicht nach sind Werbe-E-Mails aufgrund der entstehenden Telefon- und Providerkosten wettbewerbswidrig. Die Sittenwidrigkeit ergebe sich aus den nutzungsabhängigen Gebühren für die Telefonverbindung und die Inanspruchnahme der Providerleistungen in Verbindung mit der Gefahr der Nachahmung.<sup>231</sup>

Zwar seien die Kosten für das Herunterladen einer einzigen Mail grundsätzlich nicht relevant, durch die drohende Nachahmung würde sich die Zahl der E-Mails und die damit verbundenen Kosten in beachtenswerter Weise erhöhen.<sup>232</sup> Hinsichtlich der Höhe der Kosten müsse auch beachtet werden, dass die dem Versender entstehenden Kosten für den Versand in ihrer Höhe denen des Empfängers entsprechen. Es finde also, wie bei der Telefaxwerbung, eine Kostenverlagerung statt, unabhängig davon, ob der Betrag nominal gering sei.<sup>233</sup>

Die Kosten könnten auch nicht durch eine Sichtung der Nachrichten vor dem Herunterladen verhindert werden. Eine Identifizierung der Nachricht als Werbebotschaft anhand des Absenders oder der Betreffzeile sei nicht

---

<sup>231</sup> LG Ellwangen MMR 1999, 675, 676; LG Berlin CR 1998, 623; Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 70a; Ernst BB 1997, 1057, 1060; Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4, Rn. 80; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, § 6 II 2. a) dd), (S. 170); ders. WRP 1997, 993, 997; Kilian/Heussen-Hoeren 142, Rn. 3; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 592; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000f.; Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Schrick MMR 2000, 399, 400f., 403, 405; Ziem MMR 2000, 129, 130; differenzierend Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21

<sup>232</sup> Hoeren WRP 1997, 993, 997; Ziem MMR 2000, 129, 130f.

möglich, so dass die Möglichkeit des Löschens vor dem Herunterladen entfielen. Insbesondere hinsichtlich der Absenderadresse sind die Besonderheiten des Mediums E-Mail zu beachten. Bei diesem sei es üblich, Nachrichten von Unbekannten zu erhalten. Auch sei die E-Mail-Adresse selbst von Bekannten dem Empfänger nicht immer bekannt. Unabhängig davon entfielen die Kosten nicht, wenn die Werbe-E-Mails als solche gekennzeichnet werden. Denn allein der Abruf der Posteingangsliste (je nach System inklusive Übermittlung der Volltexte) koste Telefon- und Providergebühren.<sup>234</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass nicht allen Nutzern ein derartiger Abruf überhaupt möglich sei.<sup>235</sup> Auch die Möglichkeit des Filterns, welche bei einer entsprechenden Kennzeichnung gegeben sei, könne nicht helfen, da die Werbung unter Aufwendung von Kosten gefiltert werden müsste. Während die Filterprogramme arbeiten, müsse der Nutzer die Leistungszeit des Providers bzw. der Telefongesellschaft bezahlen.<sup>236</sup> Ferner werde der Nutzer mit den Kosten für die Filterprogramme belastet, die er anschaffen müsste. Unabhängig davon sei die Wirksamkeit von Filterprogrammen ohnehin nicht gegeben. Diese könnten umgangen werden, z.B. durch „Fälschung“ des Ausgangspunktes der E-Mail.<sup>237</sup>

Auch würden die Kosten durch die höhere Inanspruchnahme der Server steigen. Durch die große Menge von Werbe-E-Mails würden Kapazitäten der weiterleitenden Mail-Server in Anspruch genommen. Die Provider seien daher gezwungen, erhöhte Rechnerkapazitäten bereitzuhalten. Sie müssten höhere Speicherkosten auf sich nehmen und einen erhöhten Personalaufwand betreiben, um Kundenbeschwerden gerecht zu werden. Die höheren Kosten würden letztlich über die Gebühren an die Gesamtheit

---

<sup>233</sup> Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21

<sup>234</sup> Moritz CR 1998, 623f.; Schrey K&R 1998, 222, 223

<sup>235</sup> Moritz CR 1998, 623, 624

<sup>236</sup> Ernst BB 1997, 1057, 1060; Hoeren WRP 1997, 993, 997; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Ziem MMR 2000, 129, 135; a.A. Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22f.

<sup>237</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 36; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schrick MMR 2000, 399, 405; Ziem MMR 2000, 129, 135

der Anschlussinhaber weitergeleitet.<sup>238</sup> Diese Kosten entstünden selbst dann, wenn es dem Empfänger möglich wäre, sich durch Aussortieren oder Filtern vor Werbe-E-Mails zu schützen. Dem Provider entstünden auch dann Kosten, wenn die Nachricht nicht zugestellt oder gar zurückgesandt werde.<sup>239</sup>

Teilweise wird auch abgelehnt, dass der Empfang der E-Mail selbst Kosten verursache. Die Kosten entstünden vielmehr dadurch, dass der Empfänger die E-Mail nur lesen könne, während er "online" sei.<sup>240</sup>

Eine andere Ansicht, so auch ein Teil der Rechtsprechung, lehnt ab, die Wettbewerbswidrigkeit von Werbe-E-Mails aufgrund der entstehenden nutzungsabhängigen Telefon- und Providerkosten anzunehmen.<sup>241</sup>

Der Empfänger könne im Inhaltsverzeichnis die meisten Werbe-E-Mails ohne weiteres anhand der Absenderkennzeichnung und der Betreffzeile als solche identifizieren und löschen, ohne sie vorher zu lesen bzw. herunterzuladen. Die bei diesem wenige Sekunden dauernden Vorgang entstehenden Telefonkosten seien zu vernachlässigen.<sup>242</sup> Zumindest in dem Fall, dass die E-Mail eindeutig gekennzeichnet sei und ein Löschen vor dem Herunterladen möglich sei, könne die Unzulässigkeit nicht auf die entstehenden Kosten gestützt werden.<sup>243</sup> Dies gelte um so mehr, als auf-

---

<sup>238</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Schrey K&R 1998, 222, 223f.

<sup>239</sup> Moritz CR 1998, 623, 624

<sup>240</sup> LG Berlin CR 1998, 623; LG Berlin MMR 1998, 491 im Rahmen des § 823 I BGB.

<sup>241</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477f.; Funk CR 1998, 411, 419; Heermann K&R 1999, 6, 12; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 31; Lettl GRUR 2000, 977, 981; Leupold WRP 1998, 270, 277; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593f.; Günther CR 1999, 172, 180; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197; Ziem MMR 2000, 129, 131; differenzierend Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>242</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51, welche eine Verpflichtung zur Kennzeichnung gemäß §§ 1, 3 UWG annimmt, so dass Werbe-E-Mails immer als solche zu identifizieren seien; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477f.; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 31; Lettl GRUR 2000, 977, 981; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593, welche aber an anderer Stelle (WRP 2000, 575, 593) davon ausgehen, dass nur bei einer Kennzeichnung die Erkennbarkeit von Werbe-E-Mails gegeben ist; Ziem MMR 2000, 129, 130ff.

<sup>243</sup> Herrmann/Lettl GRUR 2000, 977, 981; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593f.; Leupold WRP 1998, 270, 277; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22f.

grund der Kennzeichnung der Einsatz von Filterprogrammen, welche die unerwünschten E-Mails aussortieren würden, möglich sei.<sup>244</sup> Anzumerken ist, dass das LG Braunschweig von der Erkennbarkeit der Werbe-E-Mails als solche ausgeht aufgrund der eindeutigen Kennzeichnung, zu welcher der Absender gemäß §§ 1, 3 UWG verpflichtet sei.<sup>245</sup>

Teilweise werden die Kosten auch für unerheblich erachtet in dem Fall, dass der Nutzer die E-Mail herunterlädt ("offline-model"<sup>246</sup>). Die Kosten für eine einzelne E-Mail durchschnittlichen Umfangs lägen im kaum kalkulierbaren Bereich.<sup>247</sup> Das LG Braunschweig hingegen räumt ein, dass bei Nutzung von Servern der "offline-model"-Art Kosten entstehen könnten. Aufgrund der Tatsache, dass heute aber ausreichend Provider zur Wahl stünden, welche die Übernahme auf den eigenen Computer - den „Download“ - nicht erforderten, sei es kein Problem der Werbemaßnahme, sondern ein Problem der Providerwahl.<sup>248</sup>

Die Tatsache, dass die finanzielle Belastung für den Empfänger sehr gering sei, werde auch nicht dadurch relativiert, dass die Kosten auf Seiten des Werbenden äußerst gering seien. Ein Verbot kostenneutralen Werbens ist dem Wettbewerbsrecht fremd. Zu beachten sei noch, dass in der Zukunft die Kosten für den Transfer entfallen würden.<sup>249</sup>

Vereinzelt wird auch das Anknüpfen an die Kosten an sich in Frage gestellt. Hierbei wird ein Vergleich zur Briefkastenwerbung gezogen. Auch hier entstünden dem Empfänger Kosten und zwar für die Aufstellung und Entleerung von Altpapiercontainern, in denen Werbebriefe häufig landen

---

<sup>244</sup> Heermann K&R 1999, 6, 12; Lettl GRUR 2000, 977, 982; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594

<sup>245</sup> Gemäß LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51 bedarf es der eindeutigen kennzeichnenden Absenderangabe und einer klaren Betreffzeile, die auf den Inhalt als Werbung hinweist.

<sup>246</sup> vgl. oben I.B.1.c

<sup>247</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145, welche dabei von durchschnittlichen Kosten von DM 0,0025 pro einzelner E-Mail ausgehen; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477f.

<sup>248</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

<sup>249</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

würden. Diese Kosten entstünden sogar unabhängig davon, ob er Adressat einer solchen Sendung sei.<sup>250</sup>

Eine differenzierende Ansicht lehnt die Annahme der Wettbewerbswidrigkeit aufgrund der entstehenden Kosten grundsätzlich ab. In bestimmten Fällen sei aber eine Ausnahme zu machen und ein Verstoß gegen § 1 UWG zu bejahen. Würde aufgrund der Größe der E-Mail eine längere Übertragungszeit von etlichen Sekunden nötig, so sei die Grenze zur zumutbaren Belastung überschritten. Maßstab für die Übertragungszeit sei der durchschnittlich ausgestattete Internet-User.<sup>251</sup>

Grundsätzlich ist das Anknüpfen an die Kosten bei E-Mail-Werbung nicht verfehlt. Im Bereich des Direktmarketings ist es üblich, die durch die Werbung entstehenden Kosten heranzuziehen, so z.B. bei Telex-, Teletex-, Telefax und Btx-Werbung.<sup>252</sup> Aus der Briefkastenwerbung ergibt sich nichts Gegenteiliges. Das Beispiel der Altpapiercontainer ist abwegig. Diese werden kaum aufgrund von Werbebriefen aufgestellt. Die Kosten durch E-Mail-Werbung hingegen beruhen originär auf der Zusendung und haben auch keine anderen Gründe.

Um die Frage zu beantworten, ob nutzungsabhängige Kosten in relevanter Höhe durch E-Mail-Werbung entstehen, müssen die unterschiedlichen Nutzungsbedingungen beachtet werden. So unterscheiden sich die Angebote und Abrechnungsweisen von Providern erheblich. Bei "Flatrate"-Verbindungen zahlt der Nutzer nur einen Pauschaltarif an seinen Provider, unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme. Zusätzliche Kosten wie z.B. Telefongebühren fallen nicht an.<sup>253</sup> In diesem Fall können also keine nutzungsabhängigen Kosten entstehen. In den sonstigen Fällen

---

<sup>250</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478 Fn. 33; a.A.Moritz CR 1998, 623

<sup>251</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1146

<sup>252</sup> vgl. oben II.E.-H.

<sup>253</sup> Karadeniz, Netplanet, <http://www.netplanet.org/abisz/f.html>; Zu beachten ist aber, dass bestimmte Provider auch bei Flatrate-Verbindungen Einschränkungen machen. So wird der Pauschaltarif z.B. auf eine bestimmte Datenmenge beschränkt. Sobald diese Datenmenge überschritten ist, werden wieder nutzungsabhängige Gebühren fällig, so z.B. das Angebot von 1&1 (<http://www.flatrate-dsl.de>)

zahlt der einzelne User Telefongebühren, sofern diese nicht in den Providergebühren enthalten sind. Weiterhin zahlt der User an den Provider neben der Grundgebühr, welche auch nicht nutzungsabhängig ist<sup>254</sup>, ein Entgelt für dessen Leistungen, welches teilweise zeit-, teilweise datenmengenabhängig ist<sup>255</sup>. Nur in diesen Fällen, bei denen Provider- und gegebenenfalls Telefongebühren anfallen, wird der Nutzer mit nutzungsabhängigen Kosten belastet.<sup>256</sup>

Unabhängig davon sind die technischen Unterschiede beim Abruf von E-Mails zu beachten. Beim "offline-model" ruft der Empfänger alle E-Mails komplett ab. Eine vorherige Sichtung oder Sortierung ist nicht möglich.<sup>257</sup> Der Vorgang, bei dem Kosten entstehen, ist hier also der "Download". Um so größer die herunter zu ladende Datenmenge, um so mehr Kosten entstehen dem Nutzer.<sup>258</sup> Dies gilt auch für das "disconnected-model", da auch hier der Download aller Nachrichten notwendig ist. Anders verhält es sich aber beim "online-model". Hier kann der Nutzer die Nachrichten online verwalten. Ein Download aller Daten ist nicht notwendig, so dass z.B. das Aussortieren und Löschen von übergroßen oder unerwünschten Nachrichten möglich ist, ohne dass diese komplett heruntergeladen werden müssen. Der Nutzer kann also durch eine Sichtung vermeiden, dass ihm Kosten durch den Download entstehen. Zu beachten ist aber, dass dieses Verwalten der Nachrichten online erfolgt und so Gebühren nach sich zieht.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> Vielfach bieten Provider auch Verbindungen ohne Grundgebühr an. Die Abrechnung erfolgt allein anhand der Nutzungsgebühren, so z.B. Compuserve, <http://www.compuserve.de/portal/internetzugang>

<sup>255</sup> Die Berechnung der Providergebühren nach der online verbrachten Zeit findet sich hauptsächlich bei Privatkunden. Bei Geschäftskunden findet hingegen meist eine Abrechnung anhand der übertragenen Datenmenge statt (vgl. z.B.

<http://www.qsc.de/de/produkte/q-dslmax/preise/index.html?qsc=ea1b362ddb17898de2849cc081004ac1>).

<sup>256</sup> vgl. eingehenden zu Abrechnungsarten Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, <http://www.www-kurs.de/provider.htm>

<sup>257</sup> vgl. oben I.B.1.c

<sup>258</sup> Dies gilt auch für Provider, welche ihre Gebühren einwahlzeitabhängig gestalten, da der Download von großen Mengen mehr Zeit in Anspruch nimmt.

<sup>259</sup> vgl. oben I.B.1.c

Aufgrund dieser technischen Differenzen ist eine sich nur auf eines der Modelle beziehende Beurteilung, wie sie teilweise vorgenommen wird, nicht möglich. So ist diejenige Ansicht, welche bei besonderes umfangreichen E-Mails von einer Wettbewerbswidrigkeit ausgeht, in ihrer Generalität nicht zutreffend. Die Größe einer E-Mail spielt beim "online-model" grundsätzlich keine Rolle. Auch diejenige Meinung, welche die Wettbewerbswidrigkeit darauf begründet, dass E-Mails nur online gelesen werden, ist zu generell, da sie verkennt, dass es auch andere Protokolle gibt, welche unter das "offline-model" fallen und den kompletten Download der Nachrichten erlauben.<sup>260</sup> Zu generell ist auch die Behauptung, dass bei der Nutzung von "offline-Servern" die Kosten höher seien als bei Servern, welche die vorherige Sichtung erlaubten. Bei einer großen Anzahl von E-Mails kleiner Größe verursacht die online vorgenommene Sichtung mehr Kosten, als der Download mit anschließend offline vorgenommener Sichtung. Dies gilt zumindest für den Fall, dass die Providerkosten zeitabhängig berechnet werden.

Bei der Beantwortung der Frage, ob nutzungsabhängige Kosten in wettbewerbsrechtlich relevante Kosten entstehen, müssen also die verschiedenen Abruf-Modelle ebenso beachten wie die verschiedenen Kostenberechnungsarten.

Beim "offline-" und "disconnected-model" entstehen Kosten durch das Herunterladen der Nachricht.<sup>261</sup> Der Download einer einzigen Nachricht von durchschnittlicher Größe verursacht unabhängig von der Abrechnungsart - Zeit oder Datenmenge - Providergebühren in nicht relevanter Höhe. Auch die eventuell anfallenden Telefongebühren sind zu vernachlässigen.<sup>262</sup> Etwas anderes gilt aber - zumindest bei der auf Zeit basieren-

---

<sup>260</sup> ebenso Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477f.

<sup>261</sup> Beim "disconnected-model" entstehen ferner Kosten durch den Datentransfer, welcher der Upload verursacht. Die zu löschende Nachricht wird mit Kennzeichnung versehen zurückgesandt, wo sie dann auf dem Server gelöscht wird (vgl. Lambert, PCMail: A Distributed Mail System for Personal Computers, RFC 1056, S. 14f., <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1056.html>)

<sup>262</sup> So entstehen bei einer Übertragungsrate von 2,5 KB/s, Provider- und Telefongebühren von 1,5 Cent/min und einer E-Mail-Größe von 10 KB Kosten i.H.v. ca. € 0,001. Ba-

den Abrechnungsart-, wenn übergroße E-Mails versandt werden. Beinhaltet die Nachricht z.B. ein Videoanhängsel, ist eine Datenmenge von 2-5 MB nicht unrealistisch, so dass Kosten von bis zu € 1,- pro Nachricht entstehen können.<sup>263</sup> Werbe-E-Mails dieser Größe sind aber zur Zeit noch selten. Üblich sind noch kurze Textmitteilungen ohne aufwändige Anhängsel. Es ist aber im Rahmen der entstehenden Kosten auch die der E-Mail-Werbung anhaftende Gefahr der Nachahmung zu berücksichtigen<sup>264</sup>, so dass von der Zusendung mehrerer E-Mails auszugehen ist. Die Kosten summieren sich so, selbst bei Nachrichten von durchschnittlicher Größe, auf ein nicht zu vernachlässigendes Maß.<sup>265</sup>

Beim "online-model" entstehen die Kosten hauptsächlich beim online vorgenommenen Sichten und Verwalten der E-Mails.

Ist die Höhe der Kosten abhängig von der online verbrachten Zeit, so entstehen nur dann keine Kosten in beachtenswerter Höhe, wenn die Identifizierung der Nachricht als unerwünschte Werbung dem Empfänger ohne weiteres möglich ist. Kann der User die Nachricht, ohne sich näher mit dem Inhalt auseinandersetzen zu müssen, als Werbung identifizieren, so dauert das Aussortieren und Löschen der Nachricht nur wenige Sekunden. Die bei diesem Vorgang - Sichten, Sortieren, Löschen - entstehenden Kosten sind bei zeitorientierter Abrechnung zu vernachlässigen, obwohl sie wesentlich höher anzusetzen sind, als beim "offline-" oder "disconnected-model".<sup>266</sup> Um eine schnelle Identifikation der Nachricht zu erlauben, muss diese eine entsprechende Kennzeichnung enthalten, aus der hervorgeht, dass es sich für den Empfänger um unerwünschte Werbung han-

---

siert die Berechnung nicht auf der online verbrachten Zeit, sondern wird die Datenmenge zugrundegelegt, entstehen bei Provider- und Telefongebühren von 2 Cent/MB Kosten i.H.v. ca. € 0,0002.

<sup>263</sup> Bei einer Übertragungsrate von 2,5KB/s, Provider- und Telefongebühren von 1,5 Cent/min und einer E-Mail-Größe von 4 MB entstehen Kosten i.H.v. ca. € 0,41, bei Providergebühren von 2 Cent/MB entstehen Kosten i.H.v. ca. € 0,08.

<sup>264</sup> vgl. oben I.J.1.b.1)b)

<sup>265</sup> Ausgehend von den obigen Berechnungen (vgl. Fußnote 262) entstehen dem Empfänger bei 20 Werbe-E-Mails am Tag und zeitbasierte Abrechnung monatliche Kosten i.H.v. € 0,60 bei datenmengenbasierter Abrechnung Kosten i.H.v. € 0,12.

<sup>266</sup> Ausgehend von Provider- und Telefongebühren von 1,5 Cent/min und einer zum Sichten und Löschen benötigten Zeit von ca. 4 s ist von Kosten i.H.v. € 0,001 pro E-Mail auszugehen.

delt. Hierbei dürfte eine Kennzeichnung als "Werbung" (z.B. durch die Verwendung des Präfix "add" oder "Werbung") allein nicht ausreichen, da es auch erwünschte, angeforderte Werbung gibt. Aus der Kennzeichnung muss eindeutig hervorgehen, dass die Werbung unaufgefordert zugesandt wird, damit sie von erwünschter Werbung, welche ähnliche Kennzeichnungen nutzt, differenziert werden kann. Daher ist zumindest eine Kennzeichnung mit den Worten "unangeforderte Werbenachricht" notwendig. Die Verwendung von Kürzeln, wie z.B. "add" oder "UCE"<sup>267</sup>, ist nicht ausreichend, da diese nicht allgemein gebräuchlich und bekannt sind. Aus diesen Kürzeln ergibt sich nicht eindeutig der Charakter der Nachricht als unangeforderte Werbe-E-Mail. Die Kennzeichnung sollte sich weiterhin in der Betreffzeile oder der Absenderadresse befinden. Nur so ist eine sofortige Identifikation der Nachricht in der Nachrichtenliste als Werbe-E-Mail möglich. Eine Kennzeichnung im Inhaltsteil würde dazu führen, dass der Empfänger die Mitteilung in der Nachrichtenliste nicht als Werbung erkennt, sondern sie erst auswählen, den Inhaltsteil übertragen und diesem dann sichten müsste. Dieser Vorgang kann unter Umständen derart viel Zeit in Anspruch nehmen, dass die Kosten ein nicht zu vernachlässigendes Maß erreichen. So können, wie beim "offline-model", Kosten in relevanter Höhe entstehen, wenn es sich um übergroße Nachrichten handelt. Ein weiterer Faktor ist die Offensichtlichkeit der Kennzeichnung im Inhaltsteil. Je länger die Identifizierung der Nachricht dauert, um so eher ist von wettbewerbsrechtlich relevanten Kosten auszugehen. Letztere entstehen jedenfalls dann, wenn eine Kennzeichnung gänzlich fehlt und der werbende Charakter verschleiert wird. In diesem Fall muss zum einen der Inhaltsteil auf jeden Fall übertragen werden, so dass je nach Größe der Nachricht die Kosten ein beachtenswertes Maß erreichen können. Ferner ist der Empfänger gezwungen, sich eingehend mit der Nachricht zu beschäftigen.<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> Unsolicited Commercial E-Mail (vgl. Karadeniz, netplanet, <http://www.netplanet.org/abisz/u.html>)

Weiterhin ist auch hier die Gefahr der Nachahmung zu beachten. Der Zeitaufwand und damit die Kosten, welche die Sichtung und Verwaltung der Nachrichten benötigt, steigt mit der Zahl der empfangenen Nachrichten auf ein relevantes Maß.<sup>269</sup>

Erfolgt beim "online-model" die Abrechnung nicht zeit-, sondern datenmengenorientiert, so ist die Zeit, welche zur Sichtung, Identifizierung und Verwaltung der Nachrichten verwendet wird, nicht relevant. Ist eine Identifizierung der Nachricht anhand der Betreffzeile oder der Absenderadresse in der Nachrichtenliste möglich, entstehen auch hier keine relevanten Kosten, da hier nur diese Daten übertragen werden. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Übertragung des Inhaltsteils notwendig wird. Hier gelten die Überlegungen zum "offline-" und "disconnected-model" entsprechend.

Bei allen Modellen steigen die Kosten für den Einzelnen bei einer Nachahmung nicht nur in ihrer Gesamtheit, sondern auch für jede einzelne Nachricht. Durch eine verstärkte Werbung per E-Mail werden die Provider stärker belastet. Ihnen entstehen z.B. Kosten durch die stärkere Belastung ihrer Systeme.<sup>270</sup> Diese Kosten fließen in die Kalkulation der Providergebühren mit ein, so dass diese steigen.

Eine andere Beurteilung der Lage gebietet sich nicht aufgrund der verschiedenen Selbstschutzmaßnahmen, die der Empfänger zur Vermeidung von Werbe-E-Mails vornehmen kann.

So greift der Einwand des LG Braunschweigs nicht, dass es ein Problem der Providerwahl und nicht der E-Mail-Werbung sei, wenn der Empfänger seine E-Mails nur komplett übernehmen kann, ohne die vorherige Möglichkeit, die Werbe-E-Mails auszusortieren. Hiergegen spricht nicht nur,

---

<sup>268</sup> Geht man von 20-30 s aus, bis dass der werbenden Charakter dem Empfänger offenbar wird, so entstehend diesem bei Provider- und Telefongebühren von 1,5 Cent/min Kosten i.H.v. ca. € 0,0075.

<sup>269</sup> Geht man von Kosten i.H.v. € 0,075 pro E-Mail aus (vgl. Fußnote 268) wird der Empfänger bei 20 Nachrichten pro Tag, mit Kosten i.H.v. ca. € 4,5 im Monat belastet. Bei entsprechender Kennzeichnung verringern sich die Kosten auf € 0,60.

dass, wie oben erläutert, relevante Kosten auch entstehen können, wenn eine Sichtung und Verwaltung der Nachrichten vor dem Download möglich ist ("online-model"). Vielmehr ist der Ausgangspunkt, der Verweis auf andere Provider, an sich schon zweifelhaft. So ist eine sofortige Kündigung meist nicht möglich.<sup>271</sup> Auch entstehen oft bei einem Wechsel zu einem neuen Provider zusätzliche Kosten.<sup>272</sup> Daneben ist ein derartiger Wechsel zumeist auch mit einem Wechsel der E-Mail-Adresse verbunden, was insbesondere für gewerbliche Nutzer zu weiteren Kosten führt (z.B. für neue Visitenkarten, Briefpost). Überdies ist aber im Hinblick auf die Kundenbindung ein Wechsel der Adresse für Gewerbetreibende kaum zumutbar. Aber nicht nur die Adresse, sondern auch andere Gründe, wie Geschwindigkeit der Verbindung, Providerkosten, haben den jeweiligen Empfänger zur Wahl seines Providers veranlasst. Daher muss es ihm überlassen bleiben, für welche Art von Provider im Allgemeinen und für welchen Provider er sich konkret entscheidet.<sup>273</sup> Unabhängig davon sind auch die Konsequenzen für den hart umkämpften Providermarkt zu bedenken.

Entscheidendes Argument gegen die Ansicht des LG Braunschweig ist, dass dieses die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung letztlich aus dem Grund bejaht, dass dem Empfänger Schutzmöglichkeiten offen stehen. Der Empfänger kann sich demnach nicht auf gerichtlichem Wege gegen E-Mail-Werbung zur Wehr setzen, sondern wird vielmehr auf außergerichtliche Schutzmöglichkeiten verwiesen. Dies steht aber im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung bezüglich Direktmarketing. Diese legt dem gesetzestreuen Bürger eben keine Verpflichtung auf, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen Anderer zu treffen.<sup>274</sup> Es

---

<sup>270</sup> vgl. oben I.B.6

<sup>271</sup> Es gibt zwar insbesondere für die private Nutzer im Bereich des Internet-by-Call Angebot, welche keine festgelegte Laufzeit haben (z.B. Compuserve, <http://www.compuserve.de/cso/hilfe/win/nutzungsbedingungen>). Im gewerblichen Bereich sind Mindestlaufzeiten aber üblich. (z.B. Spacenet, <http://www.space.net/produkte/i-flex/i-flex-lb.pdf>).

<sup>272</sup> Insbesondere im gewerblichen Bereich sind z.B. Einrichtungsgebühren üblich (z.B. Spacenet, <http://www.space.net/produkte/i-flex/i-flex.pdf>). Zu beachten ist aber auch die Grundgebühr, welche bei Verträgen mit Mindestlaufzeit an den alten Provider weiterhin zu entrichten ist.

<sup>273</sup> i.E. auch Rein NJW-CoR 2000, 235

<sup>274</sup> vgl. OLG Oldenburg NJW 1998, 3208

gilt vielmehr der Grundsatz, dass das werbende Unternehmen alle möglichen rechtlichen und wirtschaftlichen Maßnahmen treffen muss, um die Beeinträchtigung zu verhindern.<sup>275</sup>

Dass der Adressat der Werbung nicht zu Schutzmaßnahmen verpflichtet sein kann, zeigt sich insbesondere, wenn man die Ansicht des LG Braunschweig auf die Telefonwerbung überträgt. Diese würde jedenfalls dann zulässig sein, wenn der Werbende sich als solcher zu erkennen gibt, sich „kennzeichnet“. Dann könnte sich der Empfänger eines Anrufbeantworters bedienen, welcher ihm das schnelle Aussortieren der unerwünschten Anrufe ermöglicht.

Dass der gesetzestreue Bürger nicht zu Schutzmaßnahmen verpflichtet ist, spricht auch gegen den möglichen Einsatz von Filterprogrammen. Wie oben erläutert, ist eine wirksame Filterung zur Zeit noch nicht möglich. Aber selbst wenn vom Gegenteil ausgegangen wird, so werden durch Filterprogramme keine Kosten vermieden. Grund hierfür ist, dass beim lokalen Einsatz von Filtern auf der Seite des Empfängers, die Filter erst dann einsetzen, wenn Daten übertragen worden sind. Unabhängig davon wird der Empfänger mit den Kosten für die Anschaffung belastet. Auch der Einsatz von Filtern durch den Provider erspart keine Kosten. Der Provider wird mit den Kosten für die Anschaffung und Wartung der Filter belastet. Diese Kosten leitet er über die von ihm erhobenen Gebühren auf den Kunden weiter.

In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die Argumentation des LG Braunschweigs einzugehen. Dieses setzt eine Kennzeichnungspflicht gemäß §§ 1, 3 UWG voraus, ohne aber zu erläutern, woraus es diese Kennzeichnungspflicht zieht. Die Ansicht des LG Braunschweig kann auch nicht dahingehend gedeutet werden, dass nur im Falle einer ausreichenden Kennzeichnung die Wettbewerbswidrigkeit ausgeschlossen sei, da nur dann durch ein sofortiges Löschen Kosten vermieden würden. Das LG Braunschweig geht nämlich ausdrücklich von einer grundsätzlichen Zuläs-

---

<sup>275</sup> Lettl GRUR 2000, 977, 982

sigkeit von E-Mail-Werbung aus, es sei denn es liegt ein ausdrücklicher Widerspruch des Empfängers vor.<sup>276</sup> Es bleibt also offen, inwieweit Werbung per E-Mail nur bei einem offenkundigen Widerspruch des Empfängers unzulässig sein soll, sich aber eine Kennzeichnungsverpflichtung aus §§ 1, 3 UWG ergeben soll.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nutzungsabhängige Kosten in relevanter Höhe durch eine einzige E-Mail grundsätzlich nicht entstehen. Erhält der Empfänger aber mehrere Werbe-E-Mails, so entstehen ihm Kosten in beachtlicher Höhe.<sup>277</sup> Diese Kosten sind im Rahmen der Gesamtwürdigung zu beachten.

b) Nutzungsunabhängige Telefon- und Providerkosten

Die Kosten, die unabhängig von der Nutzung für die Bereitstellung der Dienste anfallen, also die Grundgebühren für die Bereitstellung des Telefons und des E-Mail-Accounts, sind hingegen nach überwiegender Ansicht nicht geeignet die Wettbewerbswidrigkeit zu begründen. Diese fielen unabhängig von Werbe-E-Mails an.<sup>278</sup>

Dagegen wird aber, entsprechend der Argumentation bei den nutzungsabhängigen Kosten, folgende Überlegung gestellt. Durch die verstärkte Menge von E-Mail-Werbung würden die Kapazitäten der Server belastet. Hierdurch seien die Provider gezwungen erhöhte Rechnerkapazitäten bereitzuhalten. Sie müssten höhere Speicherkosten auf sich nehmen und einen erhöhten Personalaufwand betreiben, um Kundenbeschwerden gerecht zu werden. Diese höheren Kosten würden letztlich auf die Gesamtheit der Anschlussinhaber abgewälzt.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

<sup>277</sup> Die Generaldirektion Binnenmarkt der EU schätzt die Kosten, welche den Internet-Usern jährlich durch Spams entstehen, auf € 10 Mrd. (CR 2001, 209; MMR 5/2001, XXVI).

<sup>278</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>279</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1000; Moritz CR 1998, 623; Schrey K&R 1998, 222, 223f.

Auch hinsichtlich der nutzungsunabhängigen Kosten muss differenziert werden.

Die Grundgebühr für die Bereitstellung des Telefonanschlusses fällt unabhängig vom Empfang von Werbe-E-Mails an. Die Höhe dieser Grundgebühr wird auch nicht von der Intensität der Nutzung des Anschlusses beeinflusst, so dass eine verstärkte Belastung mit E-Mails, welche die Anschlussnutzung erhöht, nicht relevant ist.

Die Grundgebühr, welche an den Provider entrichtet wird<sup>280</sup>, ist hingegen von E-Mail-Werbung zumindest mittelbar abhängig. Durch die verstärkte Werbung per E-Mail entstehen dem Provider zusätzliche Kosten, welche er auf den Nutzer auch durch die Grundgebühr abwälzt. Es gelten die Ausführungen zu nutzungsabhängigen Kosten entsprechend.<sup>281</sup>

#### c) Sonstige Kosten

Neben den Telefon- und Providergebühren werden, entsprechend zu anderen Formen des Direktmarketings, verschiedene andere Kostenfaktoren diskutiert.

Die Wettbewerbswidrigkeit könnte sich nach einer differenzierenden Ansicht daraus ergeben, dass die E-Mails Speicherplatz belegen. Die Kapazität des Speichers könnte zumindest theoretisch durch häufige Übermittlung von E-Mails erschöpft werden und so die Anschaffung von weiteren Massenspeichern erforderlich machen. Insoweit seien die Grundsätze des BGH zur Telexwerbung auf Werbung per E-Mail übertragbar.<sup>282</sup>

Diese Ansicht findet aber in der übrigen Literatur keine Beachtung. Als einzige Kosten, die originär mit dem Empfang der Werbe-E-Mails in Verbindung stünde, seien die Kosten für den Transfer anzusehen.<sup>283</sup> Auch die

---

<sup>280</sup> Grundgebühren fallen nicht an bei Internet-by-Call-Angeboten.

<sup>281</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)a)

<sup>282</sup> Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4., Rn. 79; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197

<sup>283</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

Rechtsprechung lehnt es ab, bei Werbung via E-Mail die Wettbewerbswidrigkeit durch die entstehenden Gerätekosten zu begründen.<sup>284</sup>

In Anbetracht der heutzutage üblichen Größen für Speichermedien (ca. 1-120 GB) erscheint eine Erschöpfung des Speicherplatzes durch E-Mail kaum möglich. Selbst wenn man von einem Computer ausgeht, welcher hinter dem üblichen Standard zurückliegt und nur 250 MB freien Festplattenspeicher hat, so müsste der einzelne Empfänger 25600 Nachrichten durchschnittlicher Größe (10 KB) erhalten, bis dieser Speicher erschöpft ist. Bei einer derartigen Menge von E-Mails ist aber, bevor der Speicher überfüllt ist, eher ein Zusammenbruch der gesamten Kommunikation zu erwarten<sup>285</sup>. Nicht nur die Server wären überlastet, sondern das Medium E-Mail für den Nutzer kaum mehr brauchbar, da eine Sichtung und Verwaltung der Nachrichten nicht mehr möglich wäre. Die Erschöpfung des Speicherplatzes, welche den Empfänger zur Anschaffung neuer Massenspeicher zwingen würde, ist daher allenfalls theoretisch möglich. Die Kosten für diese Speichermedien sind nicht in die Gesamtabwägung mit einzustellen. Etwas anderes gilt nur hinsichtlich des Mehraufwandes des Providers an Hardware. Wird dieser durch ein Hohes Aufkommen von Werbe-E-Mails dazu gezwungen, neue Massenspeicher bzw. neue Server zu erwerben, so entstehen ihm wettbewerbsrechtlich relevante Kosten.

Als weiteren Kostenpunkt werden die Papier- und Gerätekosten, welche mit dem Empfang verbunden sein könnten, genannt. Nach einhelliger Ansicht würden durch E-Mails derartige Kosten, anders als bei Werbung per Telefax, nicht verursacht.<sup>286</sup> Auch entstünden keine zusätzlichen Stromkosten, da der Rechner in der Regel aus anderen, meist betrieblichen,

---

<sup>284</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110

<sup>285</sup> vgl. oben I.B.6

<sup>286</sup> LG Traunstein MMR 1998, 110; Funk CR 1998, 411, 419; Heermann K&R 1999, 6, 12; Lettl GRUR 2000, 977, 981; Leupold WRP 1998, 270, 276; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197; Schrey K&R 1998, 222, 223; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21

Gründen eingeschaltet sei.<sup>287</sup> Dieser Ansicht ist zu folgen. E-Mails müssen nicht ausgedruckt werden; Papier und Toner werden nicht verbraucht. Auch die Stromkosten können nicht herangezogen werden, da diese unabhängig von Werbe-E-Mails anfallen.

Ferner werden vereinzelt diejenigen Kosten herangezogen, welche durch die verstärkte Arbeitsbelastung entstehen, die der Empfang von Werbe-E-Mails mit sich bringt. Dieser Punkt wird sogleich im Rahmen der Frage, ob E-Mail-Werbung einen wettbewerbsrechtlichen Zeit- und Arbeitsaufwand mit sich bringt, erörtert.

### 3) *Zeit- und Arbeitsaufwand*

Ein weiterer Streitpunkt ist, ob sich die Wettbewerbswidrigkeit aus der mit E-Mail-Werbung verbundenen Zeit- und Arbeitsbelastung des Umworbene ergibt. Den Empfänger kostet das Herunterladen der E-Mails (zumindest bei "offline-" und "disconnected-model") Zeit. Auch belastet das Identifizieren, Aussortieren und Löschen der Werbe-E-Mails ihn in zeitlicher Hinsicht und bindet Arbeitskraft. Im Bezug auf Gewerbetreibende wird dieses Problem insbesondere unter dem Stichwort "Störung im Betriebsablauf" diskutiert<sup>288</sup>. Hierunter versteht man die Tatsache, dass eine Werbemitteilung in den Betriebsablauf gelangt und dort Zeit- und Arbeitsaufwand von unzuständigen Stellen auf sich zieht.

Einer Ansicht nach ergibt sich die Wettbewerbswidrigkeit aus dem mit dem Empfang verbundenen Arbeits- und Zeitaufwand.<sup>289</sup> Hierbei zieht das LG Traunstein das Moment der Nachahmungsgefahr heran. Aufgrund der zu erwartenden Werbeflut sei der Adressat mit zusätzlicher Arbeit belastet. Werbung per E-Mail sei insoweit mit Telex- bzw. Telefaxwerbung ver-

---

<sup>287</sup> ebenso Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197; Schrey K&R 1998, 222, 223; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21; i.E. Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>288</sup> vgl. Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197

<sup>289</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; LG Berlin CR 1998, 623; Gummig ZUM 1996, 573, 583; Günther CR 1999, 172, 179f.; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; ders. MMR 1998, 53, 54; Schrey K&R 1998, 222, 223; Schwarz-Gummig/Achenbach 5-3.1, S. 20f.;

gleichbar.<sup>290</sup> Insbesondere im geschäftlichen Bereich sei mit einer "Störung des Betriebsablaufes" zu rechnen, da E-Mails als Substitution von Briefpost, Fax und Telefon ebenso eingehend zur Kenntnis genommen werden wie Telefax- oder Telexschreiben, um so mehr, da E-Mails den Adressaten meist direkt und ohne Vorsortierung erreichen würden.<sup>291</sup> Die Arbeitsbelastung entfalle auch nicht aufgrund der Möglichkeit der Löschung der einzelnen E-Mail ohne vorheriges Lesen. Die Rechtsprechung zur Btx-Werbung könne nicht übertragen werden, da der verstärkte Einsatz von E-Mail auch für wichtige Korrespondenz die Gefahr in sich berge, dass bei der Aussonderung von Werbung ohne Lesen des Textes auch erwünschte Sendungen vernichtet würden. Auch Filterprogramme könnten hier nicht helfen, da sie nicht verlässlich seien. Es bestehe die Gefahr, dass erwünschte E-Mails gefiltert würden, unerwünschte aber nicht. Ferner könnten Filterprogramme vom Werbenden umgangen werden.<sup>292</sup> Eine Ausnahme wird teilweise aber für gekennzeichnete Werbe-E-Mails gemacht. Hier entfalle die Rechtswidrigkeit, da nur bei ungekennzeichneten E-Mails die Sichtung und Sortierung notwendig sei.<sup>293</sup> Andere hingegen gehen auch bei der Kennzeichnung der Nachricht von der Wettbewerbswidrigkeit aus, da allein der Abruf der gekennzeichneten E-Mails Arbeitszeit koste.<sup>294</sup>

Vereinzelt wird auch - zumindest im geschäftlichen Bereich - eine Vergleichbarkeit mit Telefonwerbung angenommen, da es durch die Werbe-E-Mails zu einer störenden Unterbrechung des Betriebsablaufes komme. Im geschäftlichen Bereich sei die Aktualität der Nachricht maßgeblich, so dass der Nutzer die E-Mail-Funktion ständig aktiviert halte und so neue

---

Schwarz-Peschel-Mehner 5-2.2, S. 4; Ziem MMR 2000, 129, 130; differenzierend Leupold WRP 1998, 270, 271; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 20f.

<sup>290</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; ebenso Ernst NJW-CoR 1998, 110, 111; ders. BB 1997, 1057, 1060; Rein NJW-CoR 2000, 235; Schrey K&R 1998, 222, 223;

Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21; Ziem MMR 2000, 129, 130f.

<sup>291</sup> Rein NJW-CoR 2000, 235; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 21

<sup>292</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109f.; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 36; Rein NJW-CoR 2000, 235; Schmittmann MMR 1998, 346, 347; a.A. Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477

<sup>293</sup> Leupold WRP 1998, 270, 271

<sup>294</sup> Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Schwarz-Gummig/Achenbach 5-3.1, S. 20f.

Nachrichten sofort empfangen. Der elektronische Briefkasten werde also nicht einmal geleert, sondern ständig überprüft.<sup>295</sup>

Eine andere Ansicht lehnt das Anknüpfen der Wettbewerbswidrigkeit an den mit dem Empfang verbundenen Arbeits- und Zeitaufwand ab.<sup>296</sup>

Die Übertragungszeit einer durchschnittlichen E-Mail bewege sich, selbst bei einer Verbindung mit geringer Datenübertragungsrate, im Bereich weniger Sekunden. Auch sei die Zeit gering, die für die Entsorgung einer Werbe-E-Mail, das Löschen, benötigt werde. Insbesondere sei die Belastung geringer, als diejenige, welche das für zumutbar erachtete Wegwerfen eines Werbebriefes verursacht.<sup>297</sup>

Ebenso sei die Zeit, welche zur Identifizierung der Werbe-E-Mail benötigt werde, als geringfügig einzustufen. Dies gälte nach übereinstimmender Ansicht zumindest bei entsprechender Kennzeichnung der E-Mail, welche eindeutig auf den werbenden Inhalt hinweist<sup>298</sup>, da dann die Nachricht direkt anhand des Inhaltsverzeichnisses, ohne Kenntnisnahme des Inhalts, gelöscht werden könne.<sup>299</sup> Teilweise wird aber auch angenommen, dass eine Identifizierung anhand des Absenders und der Betreffzeile auch ohne besondere Kennzeichnung möglich sei. Insbesondere bei Nachrichten von unbekanntem Absender, die sich der Top-Level-Domain "com" bedienen, sei von einer Werbe-E-Mail auszugehen. Nur im Fall der Tarnung der Nachricht sei eine Löschung anhand des Inhaltsverzeichnisses ausgeschlossen, so dass von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen sei.

---

<sup>295</sup> Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 20

<sup>296</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 16 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>); Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Heermann K&R 1999, 6, 11f.; Heermann K&R 1999, 6, 11f.; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 31; Hoeren MMR 1999, 192, 199; differenzierend Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1144; Leupold WRP 1998, 270, 271; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22

<sup>297</sup> AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 16 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>); Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>298</sup> Nach dem LG Braunschweig ist die Absenderangabe, welche mit "info" gekennzeichnet wurde, ausreichend.

<sup>299</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22

Aufgrund der grundsätzlich gegebenen Möglichkeit der Identifizierung der Mail schon im Inhaltsverzeichnis bestehe also die Gefahr der Löschung von erwünschter Post nicht, insbesondere da die Adressen derjenigen Personen, von denen Nachrichten willkommen seien, als bekannt vorausgesetzt werden könnten.<sup>300</sup> Unabhängig davon sei diese Zeit als wettbewerbsrechtlich neutral einzustufen. Es hafte jeder Marketingform an, dass der Adressat notwendigerweise mit ihr als Werbung und ihrer Suggestionswirkung konfrontiert werde.<sup>301</sup>

Diese Erwägungen gälten auch im geschäftlichen Bereich. Zwar könnte die E-Mail unter Umständen durchaus ungeprüft bis zur Geschäftsleitung vordringen (was aber meist nicht der Fall sei, weil E-Mails zentral gesammelt und ausgewertet werden würden<sup>302</sup>). Die Belästigung beschränke sich aber auf den Eingang und die Entsorgung der E-Mails. Dies stelle aber keine wettbewerbsrechtlich relevante Störung des Betriebsablaufes dar. Die Gefahr einer derartigen Störung bestehe nur, wenn die Werbemaßnahme auf einen besonders sensiblen Geschäftsablauf einwirke. Aber auch dann könne die Verantwortung für die interne Verarbeitung der E-Mail nicht dem Absender auferlegt werden, da dieser keinen Einfluss auf die interne Geschäftsorganisation habe. Dies obliege vielmehr dem E-Mail-Empfänger.<sup>303</sup> Teilweise wird zwar eingeräumt, dass bei Nutzung von POP-Servern, welche die komplette Übernahme der E-Mails erfordern, die Belastung erheblich werden könnte. Dies sei aber kein Problem von E-Mail-Werbung, sondern ein Problem der Wahl des Servers. Es ständen ausreichend Provider zur Verfügung, welche den kompletten „Download“ nicht als Nutzungsvoraussetzung hätten.<sup>304</sup>

Ein Teil der Vertreter der letzteren Ansicht machen aber eine Ausnahme, wenn die betreffende E-Mail aufgrund ihrer Größe eine längere Übertra-

---

<sup>300</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 31

<sup>301</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>302</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478

<sup>303</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478; i.E. auch Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197

<sup>304</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

gungszeit nötig macht. Enthalte die E-Mail graphische Elemente und Anhänge (Attachments), wie Ton- oder Videodateien, aufgrund derer sich die Speichergröße und damit auch die Übertragungszeit erhöhe, sei die Grenze zur zumutbaren Belästigung überschritten. Maßstab für die Übertragungszeit sei der durchschnittliche Internet-User.<sup>305</sup>

Auch im Fall, dass über den werbenden Charakter der E-Mail getäuscht wird, sei von der Wettbewerbswidrigkeit auszugehen. Die Empfänger werden gezwungen, sich länger mit der E-Mail zu beschäftigen, um sie als Werbe-E-Mail zu identifizieren. Anders als bei Direktwerbung per Brief oder Telefax sei bei E-Mails eine Identifizierung als Werbung nicht ohne weiteres möglich. Sofern keine Kennzeichnung in der Betreffzeile enthalten sei, könne der Empfänger den werbenden Charakter nicht an dieser erkennen. Auch die Tatsache, dass der Empfänger den Absender nicht kenne, sei kein Indiz für den werbenden Charakter. Die Schnelligkeit des Mediums, dessen von der Briefpost divergierende Konvention, sowie die Anonymität des Internets führten dazu, dass der einzelne User von vielen verschiedenen - auch unbekanntem - Absendern Nachrichten erhalte, die für ihn von Interesse seien.<sup>306</sup>

Die Frage, ob die Zusendung von E-Mail-Werbung den Empfänger in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise Zeit- und Arbeit kostet, kann wie die Kostenfrage nur unter Beachtung der technischen Differenzen bei der Übertragung beantwortet werden. Auch müssen die einzelnen Schritte von der Übertragung der Daten bis zur Löschung der Nachricht unterschieden werden, wobei aber die Beantwortung der vorgenannten Frage nur anhand einer Gesamtschau dieser Schritte möglich ist.

Als erster Schritt ist, bevor der Empfänger die Nachricht sichten kann, die Übertragung der Daten nötig. Beim "offline-" und "disconnected-model" werden alle Daten übertragen. Dieser Vorgang dauert bei einer Nachricht

---

<sup>305</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

<sup>306</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1146; i.E. auch Leupold WRP 1998, 270, 271

von durchschnittlicher Größe nur wenige Sekunden.<sup>307</sup> Bei einer großen Datenmenge, bedingt durch übergroße oder eine große Anzahl von Nachrichten, kann dieser Vorgang aber einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen.<sup>308</sup> Zu beachten ist aber, dass der Empfänger während des Herunterladens den Computer auch anderweitig nutzen kann. Der Download kann im Hintergrund ablaufen und bedarf grundsätzlich keiner weiteren Beaufsichtigung. So kann der private User sich anderweitig beschäftigen und der gewerbliche User weiterarbeiten. Will der Nutzer aber nur die E-Mails abrufen und sichten, ist er gezwungen den Download abzuwarten. Sind alle Daten übertragen, kann der Nutzer die Nachrichten bearbeiten. Ein Rückgriff auf den Server des Providers ist nicht mehr nötig.<sup>309</sup>

Beim "online-model" werden zunächst nicht alle Daten übersandt, sondern nur eine Nachrichtenliste, welche Absender und Betreffzeile enthält. Der Empfänger muss, anders als bei den beiden anderen Modellen, nicht den kompletten Download abwarten, sondern kann in kürzester Zeit mit der Sichtung und Verwaltung der Nachrichten beginnen. Er kann diejenigen Nachrichten aussortieren und löschen, bei denen schon aus der Absenderadresse oder der Betreffzeile hervorgeht, dass sie für ihn nicht von Interesse sind. Ist dies aber nicht möglich, so muss er die Nachricht komplett, d.h. den Inhaltsteil ("Body") abrufen. Ist also der komplette Download der Nachrichten nötig, so gleichen sich alle Modelle. Da beim "online-model" die Übertragung der Daten und die Verwaltung der Nachrichten zusammenfallen, ist es aber anders als beim "offline-" bzw. "disconnected-model" schwer möglich, sich bei der Übertragung der Daten anderweitig zu beschäftigen.

Als zweiter Schritt müssen die Nachrichten gesichtet und verwaltet werden. Dieser Vorgang verläuft bei allen Modellen ähnlich. Eine erste Sich-

---

<sup>307</sup> Bei einer Größe von 10 KB dauert der Download bei einer Übertragungsgeschwindigkeit von 2,5 KB/s 4s.

<sup>308</sup> Bei einer Datenmenge von 1 MB und einer Übertragungsgeschwindigkeit von 2,5 KB/s dauert das Herunterladen ca. 7 min.

<sup>309</sup> Beim "disconnected-model" müssen die bearbeiteten Daten aber wiederum auf den Server überspielt werden (vgl. oben I.B.1.c)

tung und Verwaltung der Nachrichten erfolgt anhand der Nachrichtenliste. Wie bereits erläutert kann hier der Empfänger diejenigen Nachrichten aussortieren und löschen, bei denen schon aus der Absenderadresse oder der Betreffzeile hervorgeht, dass es sich um unerwünschte Werbe-E-Mails handelt. Dieser Vorgang dauert für jede Nachricht nur wenige Sekunden. Erforderlich ist aber, dass der Empfänger die Nachricht eindeutig als unerwünschte Werbe-E-Mail identifizieren kann. Dies ist nur bei einer entsprechenden Kennzeichnung möglich.<sup>310</sup> Aus der Adresse oder der Betreffzeile an sich kann nicht auf den werbenden Charakter der Nachricht geschlossen werden bzw. darauf, dass sie unerwünscht ist. So trifft der Vortrag nicht zu, dass Nachrichten von Absendern mit der Top-Level-Domain "com" grundsätzlich kommerzieller Natur sind. Diese Domain wird zwar für kommerzielle Anbieter aus den USA verwendet<sup>311</sup>, hieraus folgt aber nicht notwendigerweise, dass ein werbender Inhalt vorliegt.<sup>312</sup> So kann es sich um nicht werbende Geschäftspost handeln. Auch kann es eine Nachricht von einem privaten Absender sein, da z.B. auch AOL als weltweit größter Anbieter von E-Mail-Nachrichtendiensten eine derartige URL führt.<sup>313</sup> Auch die Behauptung, dass diejenigen Adressen, von denen Nachrichten erwünscht sind, dem Empfänger bekannt seien, so dass die übrigen gelöscht werden könnten, trifft nicht zu. Sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Empfänger nur mit ihm bekannten Personen kommunizieren will. Insbesondere im geschäftlichen Bereich wäre es kaum möglich, nur diejenigen Nachrichten zur Kenntnis zu nehmen, deren Absenderadresse dem Empfänger bekannt ist. Auch ist ein Wechsel der E-Mail-Adresse wesentlich einfacher vorzunehmen als ein Wechsel der Postadresse, so dass hinter einer unbekanntem Adresse ein bekannter Absender stehen kann. Ebenso kann aus der Betreffzeile nicht zwangsläufig auf den werbenden Charakter geschlossen werden. Zwar lässt sich dieser in bestimmten Fällen vermuten (z.B. bei Verwendung von Formulierungen wie "special of-

---

<sup>310</sup> vgl. auch oben I.J.1.b.2)a)

<sup>311</sup> Pusch, Internet, 2.2, S. 37

<sup>312</sup> ebenso Schwarz-Gummig/Achenbach 5-3.1, S. 17 im Bezug auf den Inhalt von Websites.

fer"). Die Sicherheit, eine erwünschte Nachricht nicht zu löschen, kann insbesondere im geschäftlichen Bereich nur eine eindeutige Kennzeichnung geben.

Fehlt eine Kennzeichnung innerhalb der Absenderadresse oder der Betreffzeile, muss der Empfänger den Inhaltsteil der Nachricht sichten. Beim "offline-" oder "disconnected-model" ist die Einsicht des Bodys ohne Probleme oder Wartezeit möglich, da die Nachricht vor der Sichtung bereits komplett übertragen werden muss. Der Empfänger kann also den Inhaltsteil sofort sichten. Enthält der Inhaltsteil eine eindeutige Kennzeichnung, ist daher eine weitere Auseinandersetzung mit der Nachricht nicht notwendig. Anderenfalls muss sich der Empfänger mit der Nachricht weiter beschäftigen und sie zur Kenntnis nehmen, um sie als unerwünschte Werbe-E-Mail zu identifizieren. Beim "online-model" ist, wie bereits erläutert, die Kenntnisnahme des Inhaltsteils erst nach dessen Download möglich. Der Empfänger muss also erst den "Body" anfordern, was je nach Größe einen gewissen Zeitraum in Anspruch nimmt, bevor er sich mit der Nachricht auseinandersetzen kann. Die Sichtung und Aussortierung der Nachricht nimmt also hier einen längeren Zeitraum in Anspruch. Bei Nachrichten von durchschnittlicher Größe sind dies nur wenige Sekunden, bei übergroßen Nachrichten ist der Empfänger hingegen für längere Zeit an den Computer gebunden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bei allen Modellen der Zeitaufwand für eine einzelne Nachricht von durchschnittlicher Größe, welche innerhalb der Betreffzeile oder der Absenderadresse eindeutig als Werbe-E-Mail gekennzeichnet ist, von der Anforderung bis zur Löschung, wenige Sekunden beträgt. Auch der benötigte Arbeitsaufwand ist sehr gering. Er beschränkt sich auf das Auswählen und Löschen, was unproblematisch per Mausklick möglich ist. Dasselbe gilt im Rahmen des "online-model" für übergroße Nachrichten. Beim "offline-" und "disconnected-model" verlän-

---

<sup>313</sup> ebenso Schrey K&R 1998, 222, 223

gert sich die Zeit für den Download, wodurch aber kein zusätzlicher Arbeitsaufwand entsteht.

Diese Ausführungen gelten entsprechend beim "offline-" und "disconnected-model", wenn sich eine eindeutige Kennzeichnung erst im Inhaltsteil findet. Der Zeit- und Arbeitsaufwand bei einer Nachricht von durchschnittlicher Größe ist als geringfügig einzuordnen. Bei einer übergroßen Nachricht ist ein längerer Download ohne zusätzlichen Arbeitsaufwand nötig. Auch beim "online-model" ist bei Nachrichten von durchschnittlicher Größe hier von einem geringfügigen Arbeits- und Zeitaufwand auszugehen. Die Besonderheit, dass der Inhaltsteil erst auf Anforderung beim Sichten vom Server übertragen wird, fällt hier kaum ins Gewicht. Anders aber bei einer übergroßen Nachricht. Hier ist der Empfänger aufgrund der Besonderheiten während der Downloadzeit an den Computer gebunden, so dass sich nicht nur der Zeitaufwand für diesen erhöht, sondern daneben auch Arbeitskraft gebunden wird.

Fehlt eine Kennzeichnung ganz, muss sich der Empfänger bei allen Modellen mit dem Inhalt der Nachricht näher beschäftigen, um die Nachricht als E-Mail-Werbung zu erkennen. Die Sichtung und Bearbeitung der Nachricht zieht so, unabhängig von ihrer Größe, einen erheblichen Aufwand an Zeit und Arbeit auf sich.

Unabhängig von dem jeweiligen Modell, der Größe der Nachricht und einer Kennzeichnung als Werbung, ist für die Überlegung, ob eine wettbewerbsrechtlich relevante Arbeits- und Zeitbelastung mit E-Mail-Werbung einhergeht, die Nachahmungsgefahr zu beachten. Eine verstärkte Werbung per E-Mail würde den Arbeits- und Zeitaufwand vervielfachen.

Im geschäftlichen Bereich führt E-Mail-Werbung aufgrund der Besonderheiten des Mediums zu einer stärkeren Arbeits- und Zeitbelastung. Ein Vorteil des Mediums E-Mail ist die schnelle und direkte Erreichbarkeit des Empfängers. Die Nachricht kann vom Adressaten direkt auf seinem Computer empfangen werden. Diese direkte Ansprechmöglichkeit führt aber

dazu, dass anders als bei Briefpost eine zentrale Sammlung und Vorsortierung von Nachrichten nicht mehr stattfinden kann und muss. Nachrichten können daher leichter an unzuständige Mitarbeiter gelangen. Insbesondere sind die oberen Führungsschichten verstärkt Adressaten von E-Mail-Werbung.<sup>314</sup> Der Einwand, dass eine zentrale Sammlung und Auswertung der Nachrichten stattfindet, trifft meist nur hinsichtlich derjenigen Nachrichten zu, welche ohne nähere Absenderkennzeichnung an das Unternehmen gesandt werden. Auch ist die Behauptung zweifelhaft, dass es unerheblich sei, wie der Empfänger mit der Werbung in seinem Geschäftsbetrieb verfähre. Inwieweit es durch die E-Mail-Werbung zu einer Störung im Betriebsablauf komme sei nicht relevant. Diese Ansicht widerspricht der Rechtsprechung des BGH zu anderen Formen des Direktmarketing. So hat er im Rahmen der Beurteilung der Werbung via Telefax, Telex und Teletex die Wettbewerbswidrigkeit auch damit begründet, dass abhängig von der Organisation des Betriebes die Werbemitteilungen zu einer Arbeits- und Zeitbelastung führen können. Explizit ordnet der BGH das Weiterleiten an die Geschäftsleitung als Belästigung ein.<sup>315</sup> Unabhängig davon führt diese Ansicht dazu, dass es dem Betroffenen auferlegt wird, Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Um einer Störung entgegenzuwirken, müsste er seinen Betrieb umorganisieren. Gegen die Störung des Betriebes, wie der Unternehmer ihn eingerichtet hat, kann dieser gerichtlich nicht vorgehen. Dies steht aber im Widerspruch zum Grundsatz, dass dem gesetzestreuen Bürger keine Verpflichtung obliegt, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen Anderer zu treffen.<sup>316</sup> Es kann nicht angehen, dass dem Unternehmer die Freiheit, wie er seinen Betrieb organisiert, genommen wird, um einem anderen Unternehmer, nämlich dem Werbenden, die freie unternehmerische Entfaltung zu ermöglichen.

---

<sup>314</sup> Donath, Studie: Unerwünschte E-Mails sind Zeit-Killer im Büro, <http://www.golem.de/0009/9714.html>

<sup>315</sup> vgl. oben bei I.E, I.F, I.G.1

<sup>316</sup> vgl. OLG Oldenburg NJW 1998, 3208

Hingegen ergibt sich im geschäftlichen Bereich keine wettbewerbsrechtlich relevante Störung des Betriebsablaufes daraus, dass der Empfänger sich bei jeder neuen E-Mail automatisch benachrichtigen lässt. Das Medium E-Mail lässt sich insoweit nicht mit dem Medium Telefon vergleichen. Bei einer Nachricht per E-Mail steht es dem Empfänger frei, wann er sich mit dieser beschäftigt. Auch im Fall, dass der Empfänger sich automatisch über den Eingang einer neuen Nachricht benachrichtigen lässt, ist dieser nicht gezwungen diese sofort zu sichten oder zu bearbeiten. Ein Telefonanruf muss hingegen im geschäftlichen Bereich entgegengenommen werden. Es steht nicht im Ermessen des Angerufenen, zu entscheiden, ob und wann er das Kommunikationsangebot annimmt. Eine dem Telefon vergleichbare Störung tritt also nicht ein.

Weiterhin kostet im geschäftlichen Bereich der Empfang von Werbe-E-Mails nicht nur den Adressaten Zeit und Arbeit. Auch der Provider, welcher die Nachricht speichert und weiterleitet, ist durch Werbe-E-Mails in zeitlicher, monetärer und arbeitstechnischer Hinsicht belastet. Um das größere E-Mail-Aufkommen zu bewältigen, muss er einen erhöhten Personal- und Arbeitsaufwand erbringen.<sup>317</sup>

Eine andere Beurteilung ist auch aufgrund der Möglichkeiten, welche Filterprogramme bieten, nicht angezeigt. Bei einer eindeutigen und nicht anderweitig gebrauchten Kennzeichnung könnten Filterprogramme grundsätzlich eingesetzt werden, so dass der Arbeitsaufwand sich wiederum verringern würde. Solange sich aber keine eindeutige und unverwechselbare Kennzeichnung durchgesetzt hat, besteht die Gefahr, dass auch erwünschte Nachrichten aussortiert werden. Der Einsatz von Filterprogrammen vermag daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht den Arbeits- und Zeitaufwand zu verringern. Unabhängig davon sprechen gegen den Einsatz von Filterprogrammen die oben vorgetragenen Argumente.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)a)

<sup>318</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)a)

Weiterhin kann der Einwand nicht greifen, dass es jeder Werbeform anhaftet, sich mit ihrer Suggestionswirkung auseinandersetzen zu müssen. Diese Behauptung trifft nicht zu. Dies zeigen die Schranken, welche insbesondere das UWG der Werbung setzt. Zwar liegt es in der Natur der Werbung, Aufmerksamkeit auf sich ziehen zu wollen, dies ist aber nicht grenzenlos möglich. Daher sind auch bestimmte Werbeformen aufgrund ihrer Wirkung unzulässig (z.B. Telefonwerbung).

Gegen die Ansicht des LG Braunschweigs, dass es ein Problem der Providerwahl und nicht der E-Mail-Werbung sei, wenn der Empfänger seine Nachrichten nur komplett, ohne vorherige Möglichkeit der Sortierung übernehmen kann, sprechen die oben genannten Erwägungen.<sup>319</sup>

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass aufgrund der Nachahmungsgefahr E-Mail-Werbung grundsätzlich einen wettbewerbsrechtlich relevanten Arbeits- und Zeitaufwand mit sich bringt. Eine Ausnahme ist nur für den Fall zu machen, dass sich eine eindeutige und allgemein verwendete Kennzeichnung durchsetzt. Dies würde den Einsatz von Hilfsprogrammen zum Auswählen, Verwalten und Sortieren der Nachrichten ermöglichen und so auch unter Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr den Arbeits- und Zeitaufwand minimieren.

Anzumerken ist noch, dass dieser Zeit- und Arbeitsaufwand im geschäftlichen Bereich auch Kosten verursacht. Arbeitskraft wird für den betroffenen Unternehmer unnütz gebunden.

#### 4) *Blockade der Empfangsmöglichkeit / Funktionsbeeinträchtigung der Kommunikationsanlage*

Bei der Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit wird, analog zur Telex, Teletex- und Telefax-Werbung, die Blockade der Empfangsmöglichkeit diskutiert. Ansatzpunkte sind hier zum einen die Blockade des Telefonan-

---

<sup>319</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)a)

schlusses beim Abruf der E-Mails, zum anderen die Blockade des E-Mail-Accounts durch eine Erschöpfung der Speicherkapazität.

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur lehnen es ab, die Wettbewerbswidrigkeit hierauf zu begründen. Hinsichtlich der Erreichbarkeit des Anschlusses sei E-Mail nicht direkt mit Telefax-, Telex- bzw. Teletextmitteilungen vergleichbar.<sup>320</sup>

Im Bezug auf die Blockade des Telefonanschlusses wird vorgebracht, dass diese bei der Übertragung auf den Server und von diesem auf den PC aufgrund der kurzen Übertragungszeiten ausgeschlossen sei.<sup>321</sup> Auch besitze die Mehrzahl der Internet-User einen ISDN-Anschluss, so dass sie telefonisch auch erreichbar seien, wenn sie "online" sind. Aber selbst bei analogen Anschlüssen, welche beim Zugriff auf die Nachrichten besetzt seien, greife dieses Argument nicht, da der Empfänger nicht "online" gehe, um seine Werbe-E-Mails abzurufen. Vielmehr sei er bereits aus anderen Gründen, wie dem Abruf seiner privaten E-Mails, "online".<sup>322</sup>

Bezüglich der Blockade des E-Mail-Accounts wird folgendes vorgebracht: Aufgrund der Eigenarten von E-Mail sei es, anders als bei Telefax, möglich, dass zwei gleichzeitig abgesandte Nachrichten den Empfänger erreichen und zeitgleich bei diesem eingehen.<sup>323</sup> Eine Empfangsblockade komme hingegen in Frage, wenn die Speicherkapazität des E-Mail-Accounts erschöpft sei. Dies sei aber aufgrund der heute üblichen Speicherkapazitäten in der Regel nicht zu erwarten. Ausgehend von einer durchschnittlichen Größe einer E-Mail von 6 KB und einem Speicherplatz von 2 MB sei der Speicherplatz erst mit mehr als 300 E-Mails belegt. Daher könne, anders als bei Teletextwerbung, die Wettbewerbswidrigkeit

---

<sup>320</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145; Funk CR 1998, 411, 419; Heermann K&R 1999, 6, 12; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197

<sup>321</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Funk CR 1998, 411, 419; Leupold WRP 1998, 270, 277

<sup>322</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593; Leupold WRP 1998, 270, 277

<sup>323</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145

darauf nicht begründet werden.<sup>324</sup> Aber selbst wenn es aufgrund des vom Provider begrenzten Speicherplatzes zu Datenverlusten oder Rücksendungen kommen könnte, so sei dies kein Problem von E-Mail-Werbung sondern eines der Wahl des Providers.<sup>325</sup>

Unabhängig davon wird vereinzelt vorgebracht, dass eine mögliche Blockade des E-Mail-Accounts im Rahmen des § 1 UWG unbeachtlich sei. So ist Reichelsdorfer der Meinung, dass eine Blockade zwar im Zuge des zukünftigen Umsichgreifens von E-Mail-Werbung zu erwarten sei, dies aber nicht zu Wettbewerbswidrigkeit führen könne. E-Mail-Werbung sei nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, wie z.B. Täuschung, wettbewerbswidrig.<sup>326</sup> Auch Freitag/Busemann gehen von der Möglichkeit einer Blockade aus. Da die Speicherkapazität aber auch durch erwünschte Mitteilungen erschöpft werden könnte, könne dies nicht zur Unzulässigkeit von E-Mail-Werbung führen. Die Nutzung eines neuen Mediums erfordere auch die Umstellung des eigenen Verhaltens auf dessen Eigenarten. Ein E-Mail-Konto erfordere halt die regelmäßige Leerung. Der Vorteil der Schnelligkeit beim Versenden eigener Nachrichten verlange auf der anderen Seite, als Empfänger zeitnah erreichbar zu sein.<sup>327</sup>

Ein Teil der Literatur will aber die Unzulässigkeit von Werbung per E-Mail, entsprechend zur Telefaxwerbung, auf die Funktionsbeeinträchtigung der Telekommunikationseinrichtung stützen.<sup>328</sup>

---

<sup>324</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1145; Heermann K&R 1999, 6, 12; i.E. auch Funk CR 1998, 411, 419

<sup>325</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

<sup>326</sup> Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197

<sup>327</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478

<sup>328</sup> Ernst BB 1997, 1057, 1060; ders. NJW-CoR 1997, 494f.; Gummig ZUM 1996, 573, 583; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 32; Hoeren/Sieber-Spindler 29, Rn. 384; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, § 6 II 2. a) dd), (S. 170); ders. MMR 1999, 192, 197; ders. WRP 1997, 993, 997; Kilian/Heussen-Hoeren 142, Rn. 3; Rein NJW-CoR 2000, 235 (hinsichtlich privater Empfänger); Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 20f.; Schrick MMR 2000, 399, 405; Schwarz-Gummig/Achenbach 5-3.1, S. 20f.; Ziem MMR 2000, 129, 131

Es bestehe die Gefahr, dass durch zahlreiche Werbesendungen der elektronische Briefkasten überläuft und so Nachrichten verloren gingen. Durch das zu erwartende Umsichgreifen von E-Mail-Werbung sei mit einer Blockade der Accounts zu rechnen. Diese sei um so wahrscheinlicher bei besonders großen E-Mails, z.B. solchen mit Bild- oder Musik-Anhängseln. Diese Gefahr werde auch nicht durch eine Kennzeichnung der Werbe-E-Mail als solche und mit der damit einhergehenden Möglichkeit der Filterung durch entsprechende Programme vermieden.<sup>329</sup> Diese Störung der Empfangsanlage sei noch nachhaltiger, als diejenige bei Telefaxwerbung, da die Blockade erst mit der Leerung des E-Mail-Accounts aufgehoben werde.<sup>330</sup> Vereinzelt wird aber angenommen, dass eine Blockade nicht eintreten könne, wenn Werbe-E-Mails deutlich als solche gekennzeichnet werden müssten und vor allem, wenn die Nachrichten in Größe und Umfang beschränkt wären.<sup>331</sup>

Um einer Blockade entgegenzuwirken, müsse der Empfänger sein E-Mail-Account regelmäßig sichten und leeren. Dies sei für den Empfänger nicht nur angezeigt, um für erwünschte Nachrichten Speicherkapazität freizuhalten, sondern auch aufgrund folgender Tatsache. In dem Fall, dass eine E-Mail wegen Überschreitung der Speicherkapazität nicht zugestellt werden könne, müsse sich der Empfänger, wenn er die Mailbox vorwerfbar nicht regelmäßig geleert habe, so behandeln lassen, als sei die in der Nachricht enthaltene Willenserklärung rechtzeitig zugestellt worden (§ 162 BGB analog).<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> Ernst BB 1997, 1057, 1060; ders. NJW-CoR 1997, 494f.; Hoeren WRP 1997, 993, 997; Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 20f.; Schrick MMR 2000, 399, 405; Ziem MMR 2000, 129, 131; differenzierend Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 35, welcher E-Mail-Werbung als wettbewerblich undenklich erachtet, wenn eine Filterung auf der Server-Ebene möglich wäre. Dies setze aber eine international standardisierte Kennzeichnung voraus, welche bisher fehle. Auch müssten auf allen Mail-Servern Filterprogramme bereitgehalten werden. Sobald diese Voraussetzungen aber in Zukunft vorlägen und der Empfänger die Möglichkeit der Filterung nicht nutzen würde, könne von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen werden (vgl. hierzu unten I.J.1.f).

<sup>330</sup> Ziem MMR 2000, 129, 131

<sup>331</sup> Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22f.

<sup>332</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 32

Nach richtiger Ansicht kann eine Blockade der Telefonleitung nicht als Argument für die Unzulässigkeit von E-Mails herangezogen werden. Das Kommunikationsmittel E-Mail ist insoweit nicht mit der Kommunikation via Telex, Teletex oder Telefax vergleichbar. Zwar trifft es nicht zu, dass die Mehrheit der Online-Teilnehmer einen ISDN-Anschluss hat, so dass es nicht zu einer Blockade der Telefonleitung kommen könne<sup>333</sup>. Vielmehr ist grundsätzlich, zumindest im privaten Bereich, davon auszugehen, dass die Telefonleitung besetzt ist, wenn der Empfänger online ist. Entscheidend ist aber, dass, anders als bei den oben genannten Kommunikationsformen, die Blockade des Telefonanschlusses nicht in der Hand des Werbenden liegt. Die Einwahl in das Internet und der Abruf der E-Mails erfolgt durch den Empfänger. Auch liegt es in seiner Hand, wann, wie und wie lange er die Nachrichten abrufen. Der Empfänger entscheidet also, ob, wann und wie lange die Telefonleitung besetzt ist. Der Empfänger begibt sich also - zumindest hinsichtlich der Freihaltung des Telefonanschlusses - selbst seines Rechts, die Empfangsanlage von jeder Inanspruchnahme freizuhalten, welche deren bestimmungsgemäße Funktion beeinträchtigt.

Auch das Argument, dass es, anders als bei Telex-, Teletex- und Telefaxwerbung, möglich ist, zwei gleichzeitig abgesandte Nachrichten zu empfangen, trifft zu. Die technischen Eigenarten des Kommunikationsmediums E-Mail ermöglichen den Empfang unabhängig davon, ob der Empfänger zu diesem Zeitpunkt seine Nachrichten abrufen oder ob ein Anderer dem Empfänger eine Nachricht zusendet. Anders als bei den oben genannten Kommunikationsmitteln können mehrere Nachrichten dem Empfänger "simultan" zugehen und nicht nur "sukzessiv".

Eine Nachricht kann aber dem Empfänger nicht zugehen und unter Umständen sogar verloren gehen, wenn die Speicherkapazität des E-Mail-Accounts erschöpft ist. Wie oben erläutert, weisen die meisten Provider

---

<sup>333</sup> Im Jahre 2001 waren 27,3% der Bevölkerung mit dem Internet verbunden, hingegen hatten nur 12% der Bevölkerung einen ISDN-Anschluss (Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, Ausstattung privater Haushalte mit Informationstechnik, <http://www.destatis.de/basis/d/evs/budtab2.htm>).

dem Empfänger eine bestimmte Speicherkapazität für sein E-Mail-Account zu, welche bei Erschöpfung je nach Provider dazu führen kann, dass die E-Mails den Empfänger nicht mehr erreichen können.

Der Einwand, dass eine derartige Erschöpfung der Speicherkapazität nicht möglich oder zumindest unwahrscheinlich ist, trifft nicht zu. Zuzugeben ist, dass es einer großen Anzahl an E-Mails von durchschnittlicher Größe bedarf, um den durchschnittlich dem Empfänger vom Provider zur Verfügung gestellten Speicher zu füllen. Es ist aber nicht auszuschließen, dass aufgrund der bei E-Mail-Werbung bestehenden Nachahmungsgefahr diese Zahl in Zukunft erreicht wird. Auch ist zu beachten, dass die Größe von E-Mails stark variieren kann. So nimmt eine mehrseitige E-Mail im HTML-Format ca. 20-50 KB ein, eine E-Mail mit einem Video- oder Audioanhangsel schnell ca. 2-5 MB, so dass eine Blockade eines E-Mail-Accounts durch wenige Nachrichten eintreten kann. Aufgrund der zunehmenden Verbindungsgeschwindigkeit und der abnehmenden Verbindungskosten ist auch damit zu rechnen, dass derartige E-Mails verstärkt versandt werden, obwohl dies zur Zeit noch nicht üblich ist.

Gegen die Ansicht Reichelsdorfers, welche zwar die Gefahr einer Blockade annimmt, diese aber als nicht beachtlich einstuft, ist anzumerken, dass sie das Kriterium der zukünftigen Entwicklung unzureichend deutet. Wenn zum jetzigen Zeitpunkt nach dieser Ansicht die Gefahr der Nachahmung gegeben ist und es hierdurch zu einer Blockade kommen würde, ist jetzt und nicht erst zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung die Wettbewerbswidrigkeit zu bejahen. Das Kriterium der Nachahmung soll es ja gerade ermöglichen, die zukünftige Entwicklung zu berücksichtigen. Es ist eben nicht bis zur Verwilderung der Wettbewerbssitten zu warten.

Auch der Argumentation von Freitag/Busemann kann nicht gefolgt werden. Der Ansatzpunkt dieser Ansicht ist verfehlt. Zwar kann ein bestimmtes Verhalten, welches erwünscht ist, grundsätzlich die gleichen Folgen nach sich ziehen wie ein unerwünschtes. Maßgeblich für die Einordnung ist aber, dass das jeweilige Verhalten einschließlich seiner Folgen uner-

wünscht ist. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Störung erst dann vorliegt, wenn das jeweilige Verhalten als unwillkommen erachtet wird. Der verfehltte Ansatzpunkt wird insbesondere im Vergleich mit der Rechtslage bei anderen Formen des Direktmarketings deutlich. So wird die Wettbewerbswidrigkeit von Werbung via Telex, Teletex und Telefax unter anderem darauf gestützt, dass der Telefonanschluß während des Empfangs blockiert ist und so das Empfangsgerät bestimmungsfremd in Anspruch genommen wird. Eine Blockade tritt aber auch ein, wenn ein erwünschtes Telefax eingeht. Hierdurch wird deutlich, dass nicht die Folge eines Verhaltens isoliert betrachtet werden darf, sondern das Verhalten in seinem Gesamtkontext bewertet werden muss. Maßgeblich hierbei ist, wie der Empfänger das Verhalten einordnet. Die Tatsache, dass die Speicherkapazität auch durch erwünschte E-Mails erschöpft werden kann, ist daher unerheblich.

Überzeugen kann auch nicht der Vortrag, dass das Medium E-Mail besondere Anforderungen an den Empfänger in der Form stelle, dass der Empfänger öfter sein Konto leeren müsse, um eine Blockade zu vermeiden. Es muss dem Empfänger überlassen bleiben, ob und wie er sein Konto verwaltet. Es ist nicht zu vertreten, dem Empfänger eine Pflicht zur Überprüfung, Überwachung und Leerung des Kontos aufzuerlegen. Dies würde einer Verpflichtung zum Selbstschutz gleichkommen. Das widerspricht dem Grundsatz, dass der gesetzestreue Bürger nicht verpflichtet ist, alle denkbaren Schutzvorkehrungen gegen belästigende Handlungen anderer zu treffen.<sup>334</sup>

Im Rahmen der Blockade des E-Mail-Accounts ist zu beachten, dass diese nicht grundsätzlich eintritt. Manche Provider halten sich nur die Möglichkeit der Löschung der Nachrichten vor<sup>335</sup> und stellen auch trotz Erschöpfung der Speicherkapazität zu. Solange diese Praktik aber nicht üblich und vor allem für den Empfänger sicher durchgeführt wird, kann hier-

---

<sup>334</sup> OLG Oldenburg NJW 1998, 3208

<sup>335</sup> so z.B. AOL, vgl. Allgemeine Geschäftsbedingungen für AOL-Webprodukte, <http://www.aol.de/ueberaol/agb.html>, 6.2.

aus kein Argument gegen die Möglichkeit einer Blockade gezogen werden.

Zu der Ansicht des LG Braunschweig, welches in bestimmten Fällen das Problem in der Wahl des Providers sieht und nicht in der E-Mail-Werbung, sei auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>336</sup>

Festzuhalten ist, dass eine Blockade des E-Mail-Accounts durch Auslastung der Speicherkapazität durchaus möglich ist. Diese Auslastung des Speichers kann zur Folge haben, dass Nachrichten nicht oder verspätet zugestellt werden und sogar verloren gehen können. Insbesondere die zu erwartende massenweise Versendung kann zu einer derartigen Funktionsbeeinträchtigung der Empfangsanlage führen. Dies gilt aber nur für diejenigen Fälle, in denen dem E-Mail-Account eine feste Datenmenge zugewiesen wird.

Neben der Auslastung der individuell dem Nutzer zugeordneten Speicherkapazität, kann aber auch die Übertragungskapazität des Providers durch die massenhafte Versendung von Nachrichten beeinträchtigt werden. Wie oben erläutert<sup>337</sup> können die Server der Provider durch einen massenhaften Versand von Nachrichten zusammenbrechen und so die Weiterleitung der Nachrichten verzögert werden bzw. sogar Nachrichten verloren gehen.

##### 5) *Informationsfreiheit*

Vereinzelt wird im Rahmen des § 1 UWG Art. 5 I 1 GG herangezogen. Das Informationsrecht räume dem Einzelnen das Recht ein, sich aufgedrängten Informationen zu verschließen, nicht hinzuhören, sich nicht zu informieren und in Ruhe gelassen zu werden. Dieses Recht auf negative Informationsfreiheit könne im Rahmen des § 1 UWG einen Unterlassungsanspruch wegen sittenwidriger Belästigung rechtfertigen.<sup>338</sup>

---

<sup>336</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)a)

<sup>337</sup> vgl. oben I.J.1.b.4)

Das Recht auf negative Informationsfreiheit leiten die Vertreter dieser Ansicht unter Hinzuziehung der Rechtsfigur der "captive audience" (erzwungenen Zuhörerschaft)<sup>339</sup> aus Art. 5 I 1 GG her, welcher als Grundrecht in die Generalklausel des § 1 UWG ausstrahle. Das Recht "sich" zu unterrichten, müsse, wie der Wortlaut zeige, es dem Betroffenen ermöglichen, eine Auswahl der Informationsquellen zu treffen und damit unerwünschte Informationen nicht aufzunehmen. Aus dem Charakter des Abwehrrechts resultiere zwangsweise die negative Informationsfreiheit, denn die Enthaltung von Informationen stelle sich regelmäßig als eine Auswahlentscheidung zwischen der Unzahl von Informationsquellen und -möglichkeiten dar. Einem Freiheitsrecht wohne auch immer die Freiheit zur Weigerung inne, da ansonsten die Freiheit zum Zwang und Rechte zu Pflichtrechten würden. Gegen die Anerkennung einer negativen Informationsfreiheit spreche nicht, dass hierdurch das positive Grundrecht auf einen Minimalbereich beschränkt würde. Zum einen erfasse das Grundrecht der Meinungsäußerung und -verbreitung in seiner klassischen Ausprägung nicht das Recht auf ein Auditorium, dementsprechend keine Pflicht des Staates, die Meinung wahrzunehmen und schon gar nicht eine Pflicht desselben, etwa ein Auditorium bereitzuhalten. Zum anderen gelte auch die negative Informationsfreiheit nicht schrankenlos.<sup>340</sup>

Das Recht auf negative Informationsfreiheit, also das Recht, Informationen nicht zur Kenntnis zu nehmen, werde durch Werbe-E-Mails schwer tangiert, da der werbende Inhalt von E-Mails, anders als bei Postsendungen, häufig nicht sofort erkennbar sei, sondern erst beim Lesen des Inhalts kenntlich werde. Ferner bestehe die Gefahr, dass durch das Überhand-

---

<sup>338</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 145 ff., S. 186ff.; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1339ff.

<sup>339</sup> Nach dem aus dem amerikanischen Recht stammende Rechtsgedanke der captive audience darf dem einzelnen Zuhörer oder Zuschauer eine Information nicht unvermeidbar aufgedrängt werden (vgl. zur Übersicht Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 101ff.). So verbietet der Supreme Court Wahlwerbung in öffentlichen Verkehrsmitteln. Der Nutzer dieser Transportmittel sei auf diese angewiesen, so dass eine Situation der Unausweichlichkeit bestehe (Lehman v. City of Shaker Heights, 418 US 298, 302-304, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=418&invol=298>)

<sup>340</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70ff., 130ff.; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1340f.

nehmen von E-Mail-Werbung das E-Mail-Konto blockiert werde, so dass weitere Sendungen den Empfänger nicht erreichen würden. Dies betreffe nicht nur die persönliche Post, sondern auch Abonnements elektronischer Zeitschriften, Bulletins etc., welche allgemein zugängliche Quellen i.S.d. Art. 5 I 1 GG seien. In diesem Fall sei auch die positive Komponente der Informationsfreiheit beeinträchtigt, also das Recht, sich aus derartigen Quellen ungehindert zu unterrichten, denn dieses umfasse auch die schlichte Entgegennahme von Informationen.<sup>341</sup> Außerdem würden dem Empfänger durch den Abruf der Werbe-E-Mails Kosten in Form der Nutzungsgebühren des Internetdienstes und der Telefongebühren entstehen. Die unerwünschte Werbung könne also nur kostenpflichtig zur Kenntnis genommen werden.<sup>342</sup>

Diese Ansicht ist in der Rechtsprechung auf Kritik gestoßen. Hiernach sei das Recht, sich aufgedrängten Informationen zu verschließen und nicht hinzuhören, durch E-Mail-Werbung nicht tangiert. Der Betroffene könne das Kommunikationsangebot ohne weiteres ablehnen, indem er die Nachricht einfach lösche, ohne sie vorher zur Kenntnis zu nehmen.<sup>343</sup>

Auch das Recht, sich nicht zu informieren, sei nicht betroffen. Dieses Recht sei als Recht der Negation eines bestimmten Kommunikationsangebotes zu verstehen, nicht aber als vorgängiges Recht, schon überhaupt von jedem Kommunikationsangebot verschont zu werden. Negative Informationsfreiheit bedeute auch in ihrer Einstrahlung in den privaten Bereich, sich sachlich nicht informieren zu müssen, ein bestimmtes Kommunikationsangebot grundlos ablehnen bzw. ignorieren zu dürfen, also die Entscheidung treffen zu dürfen, dass die bestimmte angesonnene Kommunikation keine Nachricht sei. Diese Deutung des Rechtes auf negative Informationsfreiheit ergebe sich aus der Zielrichtung dieses Rechtes. Art. 5 GG sei als Grundrecht in erster Linie Abwehrrecht gegen den Staat und

---

<sup>341</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 146f., 186ff.; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343

<sup>342</sup> Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343

auf politische Teilhabe angelegt. Das Grundrecht ziele zentral auf eine Ermöglichung und Freigabe von Kommunikation.<sup>344</sup>

Eine über dieses Recht hinausgehende negative Informationsfreiheit, welche das Recht gewährt, in Ruhe gelassen zu werden, bestehe nicht. Ein derartiger Grundrechtsschutz würde zu weit gehen und den Kontext der Kommunikationsgrundrechte sprengen. Die amerikanische Rechtsfigur der "Captive Audience" sei nicht auf E-Mail-Werbung übertragbar, da es hier nicht um die Einwirkung auf die politische Willensbildung ginge und die Schwierigkeit, die Kommunikation inhaltlich zu ignorieren, nicht gegeben seien. Das Problem der E-Mail-Werbung liege vielmehr in den auftretenden Kosten und dem Zeitverlust und nicht bei der Kommunikationszumentung. Dies zeige auch die von den Vertretern dieser Ansicht gewählte Begründung, welche auf die Belastungen, nicht aber auf die Kommunikationszumentung an sich abstelle.<sup>345</sup> Aber selbst wenn man ein Recht anerkennen würde, von jeder unerwünschten Kommunikation verschont zu werden, sei ein Eingriff nicht gegeben, wenn die Werbe-E-Mail als solche zu erkennen sei und ohne weiteres, insbesondere ohne Kosten, gelöscht werden könne. Ein Eingriff könne aber vorliegen, wenn das Postkonto des Empfängers durch die Anzahl bzw. Größe der E-Mail-Nachrichten blockiert werde oder blockiert werden könne, so dass dieser keine erwünschten Nachrichten mehr empfangen könne.<sup>346</sup>

Wie diese Diskussion zeigt, stellen sich grundsätzlich zwei Problemkreise. Zum einen, ob E-Mail-Werbung das Recht auf positive Informationsfreiheit verletzt, zum anderen, ob das Recht auf negative Informationsfreiheit betroffen wird. Gegenstand der folgenden Ausführungen sei zuerst die Frage nach der Vereinbarkeit von E-Mail-Werbung mit dem Recht auf positive Informationsfreiheit, bevor sich dem Recht auf negative Informationsfreiheit zugewandt wird.

---

<sup>343</sup> AG Kiel MMR 2000, 51, 53; auch LG Kiel DuD 2000, 737, 738 im Rahmen des § 823 I BGB.

<sup>344</sup> AG Kiel a.a.O.

<sup>345</sup> AG Kiel a.a.O.; auch LG Kiel DuD 2000, 737, 738 im Rahmen des § 823 I BGB.

Art. 5 I 1 GG gewährt das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Dabei umfasst der Begriff "unterrichten" nicht nur das aktive Handeln, sondern auch die schlichte Entgegennahme von Informationen und sogar die Chance des ungehinderten Empfangs unbestellter Informationen. Als Informationsquelle kommt jeder Träger von Informationen in Betracht, so auch neue Kommunikationstechniken. Allgemein zugänglich ist die Informationsquelle, wenn sie technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimm- baren Personenkreis, Informationen zu verschaffen.<sup>347</sup> Nicht allgemein zugänglich sind alle Äußerungen, die nur an Einzelne adressiert sind.<sup>348</sup> Ist eine Quelle aber allgemein zugänglich, so verliert sie diese Eigenschaft nicht, wenn sie den Inhalt einer Postsendung bildet.<sup>349</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf das Medium E-Mail, ist zunächst festzustellen, dass es sich bei E-Mails um nicht allgemein zugängliche Quellen handelt, da sie individuell an den Empfänger gerichtet sind. Etwas anderes muss gelten bei allgemein zugänglichen Quellen, wie z.B. einer Zeitung, die nur per E-Mail an den Empfänger gelangt. Es macht keinen Unterschied, ob eine allgemein zugängliche Informationsquelle, wie eine Zeitung, per Post oder per E-Mail an den Empfänger gelangt. Ebenso macht es keinen Unterschied, ob die Nachricht auf Aufforderung des Empfängers, z.B. Eintragung einer Mailing-Liste, oder als unerbetene Nachricht zugesandt wird. Wird dem E-Mail-Account Inhaber die Entgegennahme von Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen unmöglich gemacht oder erschwert, so ist die positive Informationsfreiheit beeinträchtigt. Ein derartiger Eingriff liegt beim Medium E-Mail vor, wenn die Speicherkapazität des E-Mail-Accounts durch übermäßig große oder durch eine große Anzahl von E-Mails erschöpft wird. Der Kontoinhaber kann in

---

<sup>346</sup> AG Kiel a.a.O.

<sup>347</sup> BVerfGE 27, 71, 82f.; Sachs-Bethge, Art. 5 GG, Rn. 53ff.; Münch-Wendt Art. 5 GG, Rn. 22f.; Mangoldt-Starck Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 39ff.

<sup>348</sup> BVerfGE 18, 310, 315; BVerfGE 34, 384, 400; Münch-Wendt Art. 5 GG, Rn. 25

<sup>349</sup> BVerfGE 27, 71, 85

diesem Fall keine weiteren Nachrichten erhalten.<sup>350</sup> Im Rahmen der Gesamtabwägung ist daher auch zu berücksichtigen, dass E-Mail-Werbung in das Recht auf positive Informationsfreiheit eingreift.

Als Grundrecht strahlt die positive Informationsfreiheit in die Generalklausel des § 1 UWG ein. Die Vorschrift muss in seinem Geist ausgelegt werden.<sup>351</sup> Wie dargelegt kann dies im Rahmen der Frage, ob eine sittenwidrige Belästigung vorliegt geschehen. Die Einrichtung einer eigenständigen Fallgruppe, wie es vereinzelt gefordert wird<sup>352</sup>, ist im Rahmen des § 1 UWG daher nicht notwendig, um der positiven Informationsfreiheit genüge zu tun.

Ob und inwieweit Werbung per E-Mail aufgrund eines Verstoßes gegen das Recht auf negative Informationsfreiheit unzulässig ist, hängt davon ab, ob und in welcher Form ein derartiges Recht überhaupt existiert. Insbesondere ist zu klären, ob der Schutzbereich dieses Rechts auch E-Mail-Werbung erfasst.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Informationsfreiheit ein negatives Pendant zur Seite steht. Die Freiheit sich zu informieren wäre bedeutungslos ohne das Recht, sich nicht zu informieren. Die Grundrechte würden ihren Charakter als Freiheitsgarantie verlieren und zu gesellschaftspolitischen Lenkungs Vorschriften werden, wenn sie nur die Ausübung und nicht auch die Nichtausübung der umschriebenen menschlichen Handlung gewährleisten.<sup>353</sup>

Es stellt sich aber die Frage, in welcher Form diese negative Informationsfreiheit gewährleistet wird. Die hierzu vertretenen Ansätze<sup>354</sup> reichen von dem bloßen Verbot des Zwangs zur Informationsaufnahme in Gestalt von

---

<sup>350</sup> vgl. eingehend oben I.J.1.b.4)

<sup>351</sup> Pieroth/Schlink Rn. 181ff.

<sup>352</sup> so Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1341

<sup>353</sup> Mangoldt-Starck Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 17; Maunz-Herzog Art. 5, Abs. I, II GG, Rn.

40

<sup>354</sup> vgl. zur Übersicht Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70 ff.

Handlungsgeboten und –befehlen<sup>355</sup>, über die Freiheit, sich Informationen zu verschließen<sup>356</sup> bis hin zur vollständigen Verschonung des Rezipienten von einem Informationsangebot<sup>357</sup>.

Im Hinblick auf E-Mail-Werbung kann das Recht auf negative Informationsfreiheit nur dann relevant werden, wenn dieses dem Einzelnen das Recht zubilligt, sich schon gegen die Eröffnung eines Informationsangebotes, also gegen die bloße Zusendung einer Information, wehren zu können. Zieht man den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit enger, so fällt die unaufgeforderte Zusendung von E-Mail-Werbung heraus. Eindeutig zeigt sich dies, wenn man die negative Informationsfreiheit nur bei einem Zwang zur Informationsaufnahme in Form von Handlungsgeboten tangiert sieht. Auch von einem negativen Informationsrecht, sich aufgedrängten Informationen zu verschließen und vor unentrinnbar aufgedrängten Informationen geschützt zu werden<sup>358</sup>, wird Werbung per E-Mail nicht erfasst. Ein Zwang zur Kenntnisnahme, wie z.B. bei Werbung per Lautsprecherwagen, besteht beim Medium E-Mail nicht. Vielmehr steht es dem Einzelnen frei, ob und inwieweit er die Nachricht zur Kenntnis nimmt. Eine erzwungene Kenntnisnahme in Form einer gefangenen Zuhörerschaft besteht nicht. Eine Situation der Unausweichlichkeit kann nicht schon darin gesehen werden, dass das E-Mail-Account nicht mit einer Annahmeverweigerung versehen werden kann, wie es beim Briefkasten möglich ist ("Keine-Werbung"-Aufkleber).<sup>359</sup> Selbst wenn die Nutzung des E-Mail-Account die zwangsweise Kenntnisnahme aller Nachrichten mit sich bringt, so bleibt die Nutzung des Mediums und somit die Wahrnehmung der Information dem Einzelnen freigestellt.<sup>360</sup>

---

<sup>355</sup> Mangoldt-Strack Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 39f.; Sachs-Bethge Art. 5 GG, Rn. 57a

<sup>356</sup> Sachs-Bethge Art. 5 GG, Rn. 57a

<sup>357</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70ff., 130ff., 145ff.; i.E. Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1340f.; Im Zusammenhang mit dem Recht auf negative Meinungsfreiheit Issensee-Schmit-Jortzig, HdbStR VI, § 141, Rn. 27

<sup>358</sup> Münch-Wendt Art. 5 GG, Rn. 26; Pieroth/Schlink Rn. 566; Sachs-Bethge Art. 5 GG, Rn. 57a; a.A. AK-Hoffmann-Riem Art. 5 Abs. 1, 2 GG, Rn. 109

<sup>359</sup> So Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1341ff.

<sup>360</sup> Auch aus der Heranziehung des Rechtsgedankens der Captive Audience ergibt sich kein andere Wertung. So wurde eine Situation der Unausweichlichkeit für den Fall abgelehnt, dass der Stromrechnung Werbemitteilungen beigefügt werden. Der Empfänger könne die unerwünschten Nachrichten einfach wegschmeißen und so die Auseinander-

E-Mail-Werbung greift also nur dann in das Recht auf negative Informationsfreiheit ein, wenn dieses den Empfänger schon gegen das Informationsangebot an sich schützt. Gegen eine derartige Auslegung des Art. 5 I 1 GG spricht aber, dass sie zu weit geht. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite des Rechts auf negative Informationsfreiheit ist, dass dieses Recht als negative Grundfreiheit nur das Recht gewährt, von der durch das Freiheitsrecht gewährten positiven Freiheit keinen Gebrauch machen zu müssen. Die negative Informationsfreiheit ist also das Recht, sich nicht aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichten zu müssen.<sup>361</sup> Dem Adressaten muss es also freistehen, sich der Information verweigern zu können. Um diese Möglichkeit zu haben, muss dem potentiellen Rezipienten die Information angeboten werden können. Die Aufnahme einer Information setzt zwangsläufig das Angebot einer Information voraus; das "Nicht-Nutzen" der Informationsquelle verlangt zwangsläufig ein "Nutzen-Können". Würde das Recht auf negative Informationsfreiheit schon das reine Informationsangebot wie z.B. die Zusendung eines Briefes verbieten, so wäre die Ausübung der positiven Informationsfreiheit nicht mehr möglich. Der Schutz des Adressaten kann daher erst dann einsetzen, wenn die Informationsaufnahme aufgezwungen wird.

Insbesondere im Hinblick auf das Medium E-Mail kann eine Erweiterung des Schutzbereiches des Rechts der negativen Informationsfreiheit nicht darauf gestützt werden, dass der Einzelne vor "aufgedrängter Suggestion" geschützt werden müsse.<sup>362</sup> Wie bereits dargelegt kann der Empfänger der Information durch E-Mail ausweichen. Ein Schutzbedürfnis besteht

---

setzung mit ihr vermeiden (Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm'n, 447 U.S. 530 (1980), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=447&invol=530>). Die Captive-Audience-Doktrin schützt nicht vor jeglicher unerwünschter Kommunikation (so aber Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1340, welche sich auf Lehman v. City of Shaker Heights beziehen). Diese Entscheidung besagt aber nicht, dass der Einzelne das Recht hat ein Information nicht zu erhalten, sondern nur dass die tatsächliche Kenntnisaufnahme dem Einzelnen nicht aufgezwungen werden darf. (vgl. oben Fn. 339).

<sup>361</sup> So auch Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 30, welcher aber aus dieser Grundüberlegung das Recht zieht, jegliches Informationsangebot abzulehnen.

<sup>362</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 94

nicht. Ohnehin ist diese Argumentation äußerst fraglich, da sie Informationen kategorisiert und wertet. Es gibt hiernach suggestive und nicht-suggestive Nachrichten, wobei nur gegen erstere ein Schutz bestehen soll.<sup>363</sup> Die Frage, wie diese Einteilung vorzunehmen ist, und inwieweit eine derartige Einteilung mit der wertungsneutralen Meinungsfreiheit vereinbar ist, ist nicht zu beantworten. Ebenso ist nicht zu erklären, warum, anders als bei der positiven Informationsfreiheit, eine Einteilung und Wertung von Informationen vorgenommen werden soll.

Gleichermaßen kann nicht angeführt werden, dass die Informationskapazität des Menschen begrenzt sei, so dass zumindest in Extremsituationen ein Schutz gegen Informationen gewährt werden müsse.<sup>364</sup> Diese Argumentation würde letztlich dazu führen, dass der Informant vor dem Informationsangebot die faktisch nicht zu beantwortende Frage klären müsste, ob die Annahme dieses Angebots dem Empfänger noch möglich ist und ihn nicht zur Unzeit trifft. Unabhängig davon steht es dem E-Mail-Empfänger ohnehin offen, wann er seine Nachrichten zur Kenntnis nimmt, so dass eine schutzwürdige Extremsituation nicht entstehen kann.

Ähnliche Gründe sprechen auch gegen die Argumentation, dass dem Einzelnen zur Meinungsbildung, neben der Möglichkeit zur Informationsbeschaffung, auch Zeit zur Informationsverarbeitung gewährt werden müsse.<sup>365</sup> Selbst wenn man von einem derartigen Schutzbedürfnis ausgeht, wird dieses durch E-Mails nicht beeinträchtigt, da es sich um ein reines Informationsangebot handelt. Ohnehin führt diese Argumentation dazu, dass zwischen unterschiedlichen Sphären differenziert werden müsste. Ein Recht auf Ruhe und Schutz schon vor oberflächlichen Kontakten kann nur in der Privatsphäre gewährleistet werden.<sup>366</sup> Eine derartige Differenzierung ist aber in Art. 5 I 1 GG nicht angelegt. Der Schutz der Privatsphäre entstammt vielmehr dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I

---

<sup>363</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 131

<sup>364</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 97

<sup>365</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 99f.

<sup>366</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 131, 139f., 147f.

i.V.m. Art. 1 I GG. Ein Grund, hinsichtlich aufgedrängten Informationen den Schutz der Privatsphäre Art. 5 I 1 GG zuzuordnen, ist nicht ersichtlich. Das Argument, es sei sachgerechter hier Art. 5 I 1 GG anzuwenden, da die Beeinträchtigung im wesentlichen vom Informationsgehalt der Zusendung ausgehe<sup>367</sup>, greift nicht. Maßgeblich ist nicht die Quelle, sondern das Ziel der Beeinträchtigung. Bei der Frage, ob der Schutzbereich betroffen ist, ist allein der Schutzgegenstand maßgeblich. Die Zusendung von unerwünschten Informationen ist daher dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen.<sup>368</sup>

Außerdem ist festzuhalten, dass sich aus den durch E-Mail-Werbung entstehenden Kosten keine andere Deutung der negativen Informationsfreiheit ergeben kann. Die Tatsache, dass Werbung mit Hilfe von E-Mails Kosten verursacht<sup>369</sup>, hat keinerlei Einfluss auf die Frage, wie weit das Recht von Informationen bzw. Informationsangeboten verschont zu bleiben, reicht.

Aber selbst wenn man von einem Recht auf negative Informationsfreiheit in dieser Form ausgeht, ist zu beachten, dass die meisten Werbe-E-Mails ohnehin nicht in den Schutzbereich dieses Rechtes fallen. Die Informationsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 GG bezieht sich nur auf allgemein zugängliche Quellen. Wie oben bereits fallen E-Mails grundsätzlich nicht hierunter, es sei denn, eine allgemein zugängliche Quelle wird per E-Mail versandt. Wirbt also der jeweilige Versender nur per E-Mail, so liegt keine allgemein zugängliche Quelle vor, versendet er aber eine Werbenachricht, welche z.B. in einer Zeitung veröffentlicht wurde und so allgemein zugänglich wurde per E-Mail, liegt eine allgemein zugängliche Quelle vor. Nur gegen letztere Nachrichten kann das Recht auf negative Informationsfreiheit schützen.

---

<sup>367</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 147f.

<sup>368</sup> ebenso Erman-Ehmann, Anh § 12 BGB, Rn. 671ff.

<sup>369</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)

Hiergegen kann auch nicht angeführt werden, dass diese Beschränkung des Schutzbereiches nicht auf das Recht auf negative Informationsfreiheit als negative Grundrechtsfreiheit passt und damit (wenn überhaupt) nur für die positive Informationsfreiheit gilt.<sup>370</sup> Für eine derartige Auslegung des Art. 5 I 1 GG sind keine Gründe ersichtlich. Der Wortlaut geht eindeutig von der Beschränkung der Informationsfreiheit aus. Auch widerspräche es dem Charakter der negativen Grundfreiheit, den Schutzbereich unterschiedlich weit zu ziehen. Dies gilt unabhängig davon, wie man negative Grundfreiheiten einordnet. Geht man davon aus, dass es sich um die Kehrseite, das Gegenstück der positiven Grundfreiheit handelt<sup>371</sup>, muss auch der Bereich, auf den sich die Negation des Grundrechtes bezieht, identisch sein. Sieht man die negative Grundfreiheit als Teil eines einheitlichen Grundrechts ("Negativer Grundrechtsgebrauch ist positiver Grundrechtsgebrauch")<sup>372</sup>, so muss auch der Schutzbereich einheitlich definiert werden. Entscheidend ist aber der Sinn und Zweck der Einschränkung. Die Beschränkung auf allgemein zugängliche Quellen ist ein Praktikabilitätsanfordernis. Dem Grundrechtsträger darf kein allgemeiner Informationsverschaffungsanspruch zuwachsen, sonst würde er bald die grundrechtsverpflichteten, d.h. die staatlichen Stellen allein beschäftigen und an ihre Kapazitätsgrenzen führen.<sup>373</sup> Dieser Sinn und Zweck geht nicht auf der negativen Seite der Informationsfreiheit verloren.<sup>374</sup> Auch hier darf der Staat nicht dazu verpflichtet werden, jegliches Informationsangebot zu unterbinden. Die Konsequenzen wäre auch hier eine Überlastung der staatlichen Stellen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Recht auf negative Informationsfreiheit, in welches E-Mail-Werbung eingreift, nicht besteht. Zum ei-

---

<sup>370</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 133ff.

<sup>371</sup> Isensee-v. Camphausen, HdbStR VI, § 136, Rn. 93, welcher im Bezug auf die Religionsfreiheit von verschiedenen Seiten des Grundrechts spricht; Maunz-Dürig Art. 11 GG, Rn. 39

<sup>372</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 27, 30, 42, welcher auch von einem normativen Korrelat spricht; Mangoldt-Stark Art. 5, Abs 1, 2 GG, Rn. 18, welcher die negative Informationsfreiheit als negative Komponente des Art. 5 I GG sieht.

<sup>373</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 79; Isensee-Schmidt-Jortzig, HdbStR VI, § 141, Rn. 31

<sup>374</sup> a.A. Fenchel, a.a.O.

nen handelt es sich bei Werbe-E-Mail meist nicht um allgemein zugängliche Quellen. Zum anderen gewährt Art. 5 I 1 GG nicht das Recht, schon von Informationsangeboten verschont zu werden.

6) *Allgemeines Persönlichkeitsrechts – Eingriff in die Individualsphäre*

Teilweise wird ferner angenommen, dass die Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstoße.<sup>375</sup>

Grund hierfür sei, dass der Wille seinen persönlich-häuslichen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig sei.<sup>376</sup> Der persönliche Lebensbereich sei betroffen, wenn die E-Mail keinen eindeutigen Bezug zu der beruflichen Tätigkeit des Betroffenen habe.<sup>377</sup>

Das LG Kiel schließt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur dann aus, wenn der Empfänger dem Werbenden gegenüber ausdrücklich Werbung für erwünscht erklärt habe. Der Grund für diesen im Vergleich zur Rechtslage bei Post- und Btx-Werbung erweiterte Rechtsschutz liege darin, dass E-Mail-Werbung in einem ganz unverhältnismäßig leichteren Maße realisiert werden könne als Briefkastenwerbung, welche einen erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand fordere. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn es im Bereich der E-Mail-Kommunikation opt-out-Listen geben würde, deren Konsultation und Beachtung für den Werbenden gesetzlich verpflichtend wäre. Dies sei aber zur Zeit nicht der Fall.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> KG MMR 2002, 685; LG Kiel DuD 2000, 737, 738f.; LG Karlsruhe Urt. v. 15.10.2001, 5 O 186/01, [www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html](http://www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html); AG Brakel NJW 1998, 3209; AG-Essen-Borbeck, Urt. v. 16.1.2001, 6 C 658/00, Abs. 9, JurPC Web-Dok. 62/2001 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010062.htm>); Gößmann MMR 1998, 88, 92; Schrey K&R 1998, 222, 223; Staudinger-Hager § 823, C 237; i.E. auch Lehmann ZUM 1999, 180, 182

<sup>376</sup> LG Kiel DuD 2000, 737, 738f.; AG Brakel NJW 1998, 3209

<sup>377</sup> AG Brakel NJW 1998, 3209

<sup>378</sup> LG Kiel DuD 2000, 727, 739; i.E. auch Staudinger-Hager § 823, Rn. C 237

Dieser erweiterte Rechtsschutz stößt aber auch auf Ablehnung. Entsprechend der Briefkastenwerbung wird vertreten, dass nur bei Vorliegen eines Widerspruchs das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt sei.<sup>379</sup>

Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur wird aber ein direkter Eingriff in die Individualsphäre des Umworbene abgelehnt. Anders als bei der Telefonwerbung oder bei Vertreterbesuchen trete der Werbende hier nicht in persönlichen Kontakt mit dem Verbraucher. Eine Vergleichbarkeit sei nicht gegeben. Bei der E-Mail-Werbung könne der Umworbene selbst entscheiden, unter welchen Umständen er auf die Werbung zugreife.<sup>380</sup> Eine andere Beurteilung gebiete auch nicht der mögliche Einsatz von sogenannter sprechender E-Mail-Software, welche es dem Empfänger ermögliche, seine Nachrichten von jedem Telefon aus abzurufen, indem eine synthetische Stimme die E-Mails vorliest. Auch hier fehle es an dem der Telefonwerbung eigenen Unmittelbarkeitsmoment.<sup>381</sup>

Auch diejenige Ansicht, welche das Recht auf negative Informationsfreiheit durch E-Mail-Werbung verletzt sieht<sup>382</sup>, hält das allgemeine Persönlichkeitsrecht für nicht anwendbar. Dieses müsse als *lex generalis* hinter dem Recht, nicht informiert zu werden, zurücktreten. Außerdem gehe die Ausdehnung des Schutzbereiches auf aufgedrängte Informationen zu weit. Auf der anderen Seite sei der Schutzbereich aber auch zu eng, da er eine Ausdehnung außerhalb der Privatsphäre auf den geschäftlichen Bereich nicht erlaube. Anders als der Privatmann, könne sich der Geschäftsmann nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen.<sup>383</sup>

---

<sup>379</sup> Gößmann MMR 1998, 88, 92

<sup>380</sup> LG Augsburg NJW 2000, 593; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1144; Funk CR 1998, 411, 419; Heermann K&R 1999, 6, 11; Lettl GRUR 2000, 977, 981; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593; Leupold WRP 1998, 270, 277; Reichelsdorfer GRUR 1997, 191, 197; Schmittmann MMR 1998, 53, 55; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 20; Ziem MMR 2000, 129, 130; i.E. auch Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1339;

<sup>381</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593, Fn. 93

<sup>382</sup> vgl. oben I.J.1.b.5)

<sup>383</sup> Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1339

Andere hingegen differenzieren. So nimmt das AG Kiel an, dass ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht möglich sei, wenn der Umworbene den Empfang der Werbe-E-Mail offensichtlich abgelehnt habe. Nicht ausreichend sei eine allgemeine oder doch ganz überwiegende Ablehnung von E-Mail-Werbung unter deutschen Verbrauchern.<sup>384</sup> Rixecker hingegen nimmt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nur dann an, wenn der Empfänger Vorkehrungen getroffen hat, von Informationen nicht erreicht zu werden bzw. wenn der Versender "die Informationskanäle" zuschüttet und schon dadurch seine Missachtung der Entscheidung des Betroffenen, am freien Informationsverkehr teilzunehmen, kundgibt". Ansonsten müsse sich derjenige, welcher im Internet "surft", damit abfinden, dass er den "Schaum der Informationswellen" erhält.<sup>385</sup>

Entgegen der herrschenden Ansicht, ist ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch E-Mail-Werbung möglich. Zuzugeben ist der herrschenden Ansicht, dass E-Mail-Werbung nicht mit Telefonwerbung vergleichbar ist. Beim Medium E-Mail steht es anders als beim Telefon dem Empfänger frei, wann und wie lange er sich mit den Nachrichten befassen will. Der Nutzer kann sein E-Mail-Account nach seinem Belieben abfragen. Elektronische Post gleicht insoweit der Briefpost. Beide Medien bedienen sich einer Zwischenlagerungsstätte für die Nachrichten; bei der Briefpost ist dies der Briefkasten, bei der elektronischen Post ist dies das E-Mail-Account. Hier werden die Nachrichten gesammelt, bevor sie vom Empfänger abgeholt und ausgewertet werden. Von der Vergleichbarkeit der E-Mail-Werbung mit der Briefkastenwerbung gehen auch die Vertreter der herrschenden Ansicht aus.<sup>386</sup> Daher ist angezeigt, die gleichen Grundsätze wie bei der Briefkastenwerbung anzuwenden.<sup>387</sup>

Bei der Briefkastenwerbung ist aber auch ohne persönlichen Kontakt von Werbendem und Umworbene eine Verletzung des allgemeinen Persön-

---

<sup>384</sup> AG Kiel MMR 2000, 51, 52

<sup>385</sup> MüKo-Rixecker § 12 Anh. Rn. 92

<sup>386</sup> vgl. LG Traunstein MMR 1998, 109; Heermann K&R 1999, 6, 11; Lettl GRUR 2000, 977, 981

lichkeitsrechts möglich. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch den Willen des Bürgers, seinen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit und Beeinflussung durch Werbung nach Möglichkeit freizuhalten. Diesem berechtigten Verlangen des Einzelnen wird das Interesse der werbungstreibenden Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, gegenübergestellt. Die Beeinträchtigung des Empfängers wird grundsätzlich nicht als gravierend genug angesehen, um die Interessen der Werbenden zu überwiegen. Grund hierfür ist, dass die individuelle Beeinträchtigung als gering eingestuft wird.<sup>388</sup> Der Empfänger kann die Nachricht ohne weiteres als Werbung erkennen und wegwerfen, so dass ein übermäßiges unerbetenes Eindringen in dessen Privatsphäre nicht gegeben ist.<sup>389</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Empfänger der Zusendung ausdrücklich widersprochen hat und der Versender diesem Willen im nennenswerten Umfang nicht folgt.<sup>390</sup> Grundsätzlich ist also von einem Eingriff in die Individualsphäre auszugehen. Dieser ist aber nicht schwerwiegend, wenn die Sendung als Werbung zu erkennen ist und der Empfänger dem Erhalt der Werbung nicht widersprochen hat.

Überträgt man diese Grundsätze auf die Werbung per E-Mail, ist grundsätzlich von einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auszugehen. Ob das Interesse des Umworbenen die Interessen der Werbenden überwiegt, kann und soll an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Eine Beantwortung dieser Frage ist nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung möglich. Im Rahmen dieser Abwägung ist zu beachten, dass die Beeinträchtigung des Umworbenen bei eindeutig als Werbung gekennzeichneten E-Mails geringer ist, als bei ungekennzeichneten Nachrichten, welche als Werbung nicht zu erkennen sind. Ferner ist zu beachten, dass dem Empfänger der E-Mails, anders als bei der Briefkastenwerbung, eine allgemeine Kundgabe des Willen, keine Werbung zu erhalten, nicht möglich ist. Der Nutzer kann nicht wie beim Briefkasten das

---

<sup>387</sup> ebenso Lettl GRUR 2000, 977, 981f. als Vertreter der herrschenden Meinung

<sup>388</sup> vgl. oben I.C.2

<sup>389</sup> BGH GRUR 1992, 622, 623; BGH NJW 1992, 1109, 1110

<sup>390</sup> vgl. oben I.C.2

E-Mail-Account mit der Bemerkung versehen, dass er keine Werbung erhalten möchte. Wie oben erläutert helfen auch Robinsontlisten nicht weiter.<sup>391</sup> Der Empfänger muss sich daher nach Erhalt einer Werbe-E-Mail persönlich an den Werbenden wenden und ihm seinen, der Werbung entgegenstehenden Willen kundtun. Er muss erst eine Beeinträchtigung hinnehmen, bevor er sich wehren kann.<sup>392</sup>

Als Zwischenergebnis ist daher nur festzuhalten, dass bei der E-Mail-Werbung, wie bei der Briefkastenwerbung, eine Beeinträchtigung der Individualsphäre vorliegt und somit ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt.

Der Rückgriff auf das Persönlichkeitsrecht wird nicht durch Art. 5 GG ausgeschlossen. Das Grundrecht des Art. 5 GG normiert keine spezielle Garantie der Privatsphäre. Der Art. 2 I GG ist daher nicht subsidiär. Vielmehr ist Art. 5 I GG ergänzend heranzuziehen.<sup>393</sup>

#### 7) *Interesse an Werbung*

Neben der Frage, ob die Versendung von Werbe-E-Mails die Interessen des Verbrauchers verletzt, wird auch die Frage aufgeworfen, ob ein Verbot derartiger Werbung eine Interessenverletzung bedeutet. So wird vereinzelt vertreten, dass der Verbraucher ein berechtigtes Interesse an Werbung habe. Er möchte über lukrative Angebote informiert werden. Ein generelles Verbot von E-Mail-Werbung würde dem zuwiderlaufen.<sup>394</sup>

Zuzugeben ist, dass der Verbraucher grundsätzlich ein Interesse an Information durch Werbung hat. Dies gilt sowohl im privaten, als auch besonders im geschäftlichen Bereich. Insbesondere im gewerblichen Bereich

---

<sup>391</sup> vgl. oben I.B.7

<sup>392</sup> ähnlich AK-Hoffmann-Riem Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 109 im Bezug auf Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Beim Ausgleich im Falle der Kollision mit anderen Grundrechtsnormen sei zu beachten, dass dem Bürger bei unerwünschter Kommunikation eine realisierbare und zumutbare Ausweichmöglichkeit offen steht.

<sup>393</sup> BVerfGE 90, 255, 259; Isensee-Glaeser HdbStR VI, § 129, Rn. 41; a.A. Mangoldt-Starck Art. 2, Art. 1, Rn. 63ff.

<sup>394</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Funk CR 1998, 411, 419

ist von einem Interesse an Werbung, welche die eigene Produktparte und den Betriebsablauf betrifft, auszugehen. Dies wird auch nicht bestritten. Um einen Leistungsvergleich durchführen zu können und um über neue Produkte informiert zu werden, ist Werbung notwendig. Ob diesem Interesse nur durch die uneingeschränkte Zulässigkeit von E-Mail-Werbung genüge getan werden kann oder ob die Einrichtung von opt-in-Listen<sup>395</sup> ausreicht, ist im Rahmen der Gesamtwürdigung der beeinträchtigten Interessen zu klären. Neben dem Interesse des Verbrauchers an Werbung ist auch das Interesse, von Kosten verschont zu werden oder seine Anlage funktionstüchtig zu halten, zu beachten. Festzuhalten ist lediglich, dass der Verbraucher grundsätzlich auch ein Interesse an Werbung hat.

c. Interessen auf Seiten des Werbenden

Neben den Interessen der Verbraucher sind die Interessen des Werbenden zu beachten. Neben dem grundlegenden Interesse, seine Produkte anzupreisen<sup>396</sup>, sind von einem Verbot der Werbung per E-Mail auch weitere Interessen des Werbenden betroffen.

1) Interesse an billiger Werbemethode

Das Interesse der werbenden Unternehmen an einem direkten, schnellen und billigen Kommunikationskanal zu ihren Kunden wird durch ein Verbot von E-Mail-Werbung betroffen. Die Vorteile des Kommunikationsmediums E-Mail und der Werbung per E-Mail für den Werbetreibenden sind unstrittig.<sup>397</sup> Werbung per E-Mail bietet diesem eine optimale Möglichkeit, Kunden aufgrund einer fein differenzierten Zielgruppensegmentierung individuell anzusprechen. Auch kann durch E-Mail eine interaktive Beziehung zu dem Kunden aufgebaut werden, da der Kunde durch einen bloßen Mausklick eine Antwort generieren kann und die Übermittlungsgeschwindigkeit wesentlich höher ist, als z.B. bei Briefkastenwerbung. Weiterhin sind die Transaktionskosten bei dieser

---

<sup>395</sup> In opt-in-Listen kann sich derjenige eintragen lassen, welcher Interesse an Werbung hat (Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_o.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_o.htm)). Diese Listen stellen das Gegenstück zu opt-out-Register dar.

<sup>396</sup> Funk CR 1998, 411, 416; Schmittmann CR 1998, 499, 500

<sup>397</sup> vgl. oben I.B.2. und I.B.5.

sind die Transaktionskosten bei dieser Form des Marketings sehr gering.<sup>398</sup>

## 2) *Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu ausländischen Unternehmen*

Einer Ansicht nach würde ein Verbot von E-Mail-Werbung deutsche Unternehmen–im Vergleich zu ausländischen Unternehmen, welche in Ländern, die eine derartige Regelung nicht getroffen haben, ansässig sind, benachteiligen. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, welche am E-Commerce teilnehmen wollten und nicht über große Werbebudgets zur Schaltung von Print- oder gar Fernsehwerbung verfügten, würde im Vergleich zu ausländischen Mitarbeitern ein nicht unerheblicher Standortnachteil durch ein Verbot von E-Mail-Werbung beschert.<sup>399</sup> Zwar träfe ein Verbot von E-Mail-Werbung gleichsam deutsche wie ausländische Unternehmen. Eine Inanspruchnahme von ausländischen Werbenden wäre aufgrund der damit verbundenen Kosten und Mühen unrealistisch und würde kaum erwogen werden. Vielmehr würden Werbe-E-Mails ausländischer Werbender insbesondere von Privatpersonen als notwendiges Übel hingenommen werden.<sup>400</sup>

Hiergegen wird grundsätzlich vorgebracht, dass aufgrund des Marktortprinzips nicht der Sitz des Unternehmens maßgeblich sei, sondern der Ort, an dem auf den Markt eingewirkt wird. Ein Verbot von E-Mail-Werbung in Deutschland träfe deutsche und ausländische Unternehmen, ebenso wie es deutschen Unternehmen möglich wäre in Ländern, welche E-Mail-Werbung nicht verbieten, auf dieses Werbemedium zurückzugreifen.<sup>401</sup> Ferner sei E-Mail-Werbung auch keine unentbehrliche Werbemethode. Dem Werbenden ständen genug andere Werbeformen in den Massenmedien und im Internet/WWW zur Verfügung, um grenzüberschreitend auf ihre Produkte und Dienstleistungen aufmerksam zu machen. Sollte

---

<sup>398</sup> Funk CR 1998, 411, 419 i.V.m. 412f.; Heermann K&R 1999, 6, 11; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594

<sup>399</sup> Funk CR 1998, 411, 420; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594; Westervelle MMR 1999, 45, 46

<sup>400</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 479; Leupold WRP 1998, 270, 279

<sup>401</sup> Günther CR 1999, 172, 180; Rein NJW-CoR 2000, 235, 236

das Interesse des Verbrauchers geweckt werden, könne dieser den Anbieter per opt-in auffordern, mit ihm via E-Mail Kontakt aufzunehmen. Ein Verbot von E-Mail-Werbung schaffe für neue Anbieter keine unüberwindbaren Marktzutrittsschranken. Eine Ausnahme macht letztere Ansicht aber für die Anbieter der Direktmarketingmaßnahmen. Diese würden gegenüber ausländischen Mitbewerbern benachteiligt, da sie ihre Dienstleistungen nicht an deutsche Unternehmen erbringen könnten.<sup>402</sup>

Entscheidendes Argument gegen die Annahme eines Standortnachteils für deutsche Unternehmen ist das Marktortprinzip. Hierdurch kommt es zu einer Gleichbehandlung von aus- und inländischen Unternehmen. Der Standort ist nicht mehr relevant. Dies gilt auch für die Anbieter von Direktmarketingmaßnahmen, zumindest im Fall von E-Mail-Werbung. Deutsche und ausländische Unternehmen können bei einem Verbot von Werbung per E-Mail diese deutschen Unternehmen nicht anbieten. Im Ausland, welches ein derartiges Verbot nicht vorsieht, können deutsche, ebenso wie die dort ansässigen Unternehmen, E-Mail-Werbung als Marketingmaßnahme hingegen erbringen. Da derartige Marketingmaßnahmen per Internet nicht vom Standort beeinflusst werden, besteht auch in diesem Fall kein Nachteil für deutsche Unternehmer.

Hiergegen kann auch nicht angeführt werden, dass eine Inanspruchnahme des ausländischen Störers unwahrscheinlich sei. Ob der Verbraucher aufgrund der mit Verfolgung seiner Anspruch im Ausland verbundenen Schwierigkeiten von einer Klage gegen ausländische Werbende absieht und E-Mail-Werbung als "notwendiges Übel" hinnimmt, ist im Wettbewerbsrecht nicht relevant. Der Verbraucher ist gemäß § 13 UWG nicht klagebefugt. Eine Inanspruchnahme von im Ausland ansässigen "Spammern" durch gemäß § 13 II Nr. 1 UWG klagebefugte Gewerbetreibende erscheint aber nicht unwahrscheinlich; insbesondere wenn das Unternehmen international tätig ist. Entscheidend ist aber, dass die Frage, ob die Inanspruchnahme von ausländischen Werbenden mit besonderen Schwie-

---

<sup>402</sup> Günther CR 1999, 172, 180

rigkeiten verbunden ist, nicht in die Erwägungen einfließen darf. Dies ist ein allgemeines Problem des internationalen Prozessrechts und nicht ein besonderes Problem von E-Mail-Werbung. Die Inanspruchnahme ausländischer Störer ist hier mit den gleichen Problemen behaftet, wie allgemein eine Klage gegen einen im Ausland Ansässigen und die Vollstreckung eines Titels gegen eine derartige Person. Ferner ist es äußerst zweifelhaft die materielle Rechtslage von ihrer prozessrechtlichen Durchsetzbarkeit abhängig zu machen. Letztlich muss es bei der gesetzlich vorgeschriebenen Gleichbehandlung von in- und ausländischen Werbenden bleiben. Aufgrund des Marktortprinzips sind beide der gleichen Rechtslage unterworfen, so dass ein Wettbewerbsnachteil nicht entstehen kann.

Auch ist der Einwand zu beachten, dass insbesondere im Internet andere Werbeformen zur Verfügung stehen, welche auch für kleine und mittlere Unternehmen zu finanzieren sind (z.B. Präsenz im WWW). Diese wird aber erst im Rahmen der Interessenabwägung beachtenswert sein.

*d. Interessen auf Seiten der Allgemeinheit*

Neben den Interessen der Wettbewerber und der Verbraucher werden auch die Allgemeininteressen diskutiert.

Die Allgemeinheit habe ein Interesse an E-Mail-Werbung, da diese zu einer Verbesserung des europäischen Binnenmarkts durch Schaffung deutlich erhöhter Markttransparenz und Senkung von Transaktionskosten führe. Durch ein schnelles und kostengünstiges Kommunikationsmedium wie E-Mail werde ein wichtiger Beitrag zur Schaffung europa- und weltweit transparenter Märkte geleistet, was im Ergebnis deutliche Wohlfahrtsgewinne zur Folge habe. Hierdurch verbessere sich die Vergleichbarkeit von Angeboten, was den Wettbewerb verstärke und so tendenziell zu sinkenden Preisen führe. Derselbe Zweck wird weiterhin dadurch gefördert, dass bei der Nutzung von E-Mail als Instrument des Direktmarketing ganze Ver-

triebsstufen, wie beispielsweise der Einzelhandel, an Bedeutung verlore-  
ren.<sup>403</sup>

Ob E-Mail-Werbung wirklich diese Folgen mit sich zieht ist äußerst fraglich. Insbesondere ist zweifelhaft, ob und inwieweit E-Mail-Werbung zur Markttransparenz beiträgt. Markttransparenz ist der Umstand, dass Angebot und Nachfrage seitens der Marktteilnehmer überschaubar ist; dass die Marktteilnehmer über alle zum Tausch nötigen Informationen verfügen. Zu diesen Informationen gehört auch, dass der Käufer weiß, wer der Anbieter ist, und wie viele Anbieter auf dem Markt auftreten. Ebenso sollte dem Käufer die Qualität des Produktes erkennbar sein.<sup>404</sup> Durch Werbung per E-Mail kann der Umworbene aber diese Informationen kaum erlangen. Insbesondere verschafft E-Mail-Werbung keinen Überblick über die Qualität des Produktes. Es liegt in der Natur der Werbung, keine objektive Auskunft über die tatsächliche Qualität zu geben. Ferner ist es kaum vorstellbar, dass E-Mail-Werbung dazu führen kann, dass der Umworbene einen Überblick über das jeweils umworbene Produktsegment gewinnen kann.

Aber selbst wenn E-Mail-Werbung zur Markttransparenz beitragen würde, dürfte das Wegfallen von kompletten Vertriebsstufen und eine Verkleinerung des Marktes, bedingt durch einen verstärkten Verdrängungskampf, schwerlich im Interesse der Allgemeinheit liegen. Der Wegfall von kompletten Vertriebsstufen hätte zwangsläufig Entlassungen zur Folge, was angesichts der derzeitigen Beschäftigungslage nicht im Interesse der Allgemeinheit liegt.

e. Interessenabwägung

Diejenige Ansicht, welche davon ausgeht, dass E-Mail-Werbung im Interesse des Werbenden, des Umworbene(n) und der Allgemeinheit liegt, kommt zu dem Schluss, dass Werbung per E-Mail zulässig ist.<sup>405</sup> Dieses Ergebnis basiert vor allem darauf, dass eine Interessenverletzung auf Sei-

---

<sup>403</sup> Funk CR 1998, 411, 419 i.V.m. 413

<sup>404</sup> Merk, Der Begriff "Markttransparenz", [www.uni-siegen.de/~merk/downloads/markttransparenz\\_b2c.doc](http://www.uni-siegen.de/~merk/downloads/markttransparenz_b2c.doc).

ten des Verbrauchers nicht oder nur im geringen Umfang angenommen wird.<sup>406</sup>

Weiterhin wird angeführt, dass dem Adressaten von Werbe-E-Mails verschiedene Möglichkeiten zum Schutz gegen Werbe-E-Mails offenstünden. So könne der Empfänger unter geringstem Zeit- und Kostenaufwand an den Versender der Werbe-E-Mail eine Nachricht mit Austragungsvermerk zusenden. Die Tatsache, dass dies dem Empfänger aufgrund seines Providers und wegen seiner Betriebsorganisation nicht möglich sei, sei unbeachtlich.<sup>407</sup> Auch die übrigen außergesetzlichen Schutzmöglichkeiten<sup>408</sup> müssten beachtet werden. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Einrichtung einer Mailbox auf einer freiwilligen Entscheidung des Internetnutzers beruhe, die jederzeit rückgängig gemacht werden könnte. Ebenso hebe sich der User vom Leitbild des Durchschnittsverbrauchers dadurch ab, dass er den technischen Neuerungen und den damit verbundenen Vorteilen aufgeschlossen gegenüberstehe, aber auch um die daraus resultierenden Gefahren des Mediums wisse. Daher sei eine opt-out-Lösung dem Verbraucher auch zumutbar. Auch könne der Nutzer selbst die Probleme von E-Mail-Werbung am effektivsten bekämpfen, indem er seine Adresse nur gezielt einsetze und geheim halte. Beachtet werden müsse weiterhin, dass die Attraktivität des Internets auch auf erheblichen Investitionen der kommerziellen Nutzer beruhe.<sup>409</sup>

Ebenso wird angeführt, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung nicht notwendig sei. Die starke Selbstregulierung des Internets führe ohnehin dazu, dass sich nur diejenigen Unternehmen erfolgreich positionieren könnten, welche einen verantwortungsvollen und kundenorientierten Umgang mit diesem Medium pflegten. Die Anderen würden durch die Kritik der Netz-

---

<sup>405</sup> Heermann K&R 1999, 6, 11ff., 14 m.w.N.

<sup>406</sup> vgl. im einzelnen oben I.J.1.b

<sup>407</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; Funk CR 1998, 411, 420; Heermann K&R 1999, 6, 12

<sup>408</sup> vgl. oben I.B.7

<sup>409</sup> Heermann K&R 1999, 6, 11ff.

gemeinde und durch negative Mund-zu-Mund-Propaganda den negativen Effekt auf ihr Unternehmen verstärken.<sup>410</sup>

Auch spräche für die Zulässigkeit, dass sowohl nach den Regelungen der Netiquette als auch nach den ECC Guidelines on Interactive Marketing Communications E-Mail-Werbung als zulässig angesehen werde.<sup>411</sup>

Teilweise wird auch differenziert, ob die Werbe-E-Mail gekennzeichnet ist. Ist dies der Fall, werde sowohl den Interessen der werbenden Unternehmen, als auch denen der Umworbenen genüge getan. Durch eine entsprechende Kennzeichnung und einen verantwortungsvollen Umgang mit diesem Werbemedium würde das Vertrauen der Verbraucher wiedergewonnen. Der Empfänger hingegen könne selbst entscheiden, inwieweit er E-Mail-Werbung zur Kenntnis nehmen wolle.<sup>412</sup> Durch ein totales Verbot von E-Mail-Werbung würde hingegen nicht nur die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit der werbenden Wirtschaft beeinträchtigt, sondern auch das Informationsrecht derjenigen, welche an derartiger Werbung interessiert sind.<sup>413</sup>

Die Gegenansicht, welche von einer massiven Interessenverletzung auf Seiten der Verbraucher ausgeht,<sup>414</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass diese Interessen überwiegen und E-Mail-Werbung daher unzulässig sei.<sup>415</sup>

Wegen des hohen Grads der Belästigung und der hohen Nachahmungsgefahr sei es dem Werbenden zuzumuten, zunächst beim potentiellen Werbeadressaten per E-Mail anzufragen, ob er überhaupt auf diese Art und Weise umworben werden will.<sup>416</sup>

---

<sup>410</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594f.

<sup>411</sup> Heermann K&R 1999, 6, 12

<sup>412</sup> KG MMR 2002, 685f.; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594; Schmittmann CR 1998, 499, 500; ders. CR 1998, 499, 500

<sup>413</sup> Schmittmann CR 1998, 499, 500

<sup>414</sup> vgl. im einzelnen oben I.J.1.b

<sup>415</sup> Günther CR 1999, 172, 179f.; Lehmann ZUM 1999, 180, 182

<sup>416</sup> Lehmann ZUM 1999, 180, 182

Die Möglichkeit des Empfängers, einen Austragungsvermerk zu versenden, vermöge an der Unzulässigkeit von E-Mail-Werbung nichts zu ändern, ebenso wenig wie ein entsprechender Austragungsvermerk an der Unzulässigkeit von Telefax-Werbung etwas ändern würde. Mit derartigen Vermerken würde die Verantwortung zum Handeln allein auf den Adressaten der Werbe-E-Mail abgewälzt. Diese Erwägung spräche auch gegen das Heranziehen von weiteren Selbstschutzmaßnahmen des Empfängers. Auch gebe der Nutzer durch die Austragung zu erkennen, dass es sich um eine "aktive" Adresse handle und die an dieses Adresse gerichteten Nachrichten gelesen würden. Es bestehe die Gefahr, dass diese Adresse verstärkt Ziel von Werbemaßnahmen wird.<sup>417</sup>

Ferner könnte der Wettbewerbsfreiheit der Werbenden und der Informationsfreiheit der Empfänger genüge getan werden, indem Listen aufgebaut würden, in den sich an E-Mail-Werbung Interessierte eintragen könnten und so ihr Einverständnis mit derartiger Werbung kundtun könnten.<sup>418</sup>

Wie oben dargestellt, verletzt E-Mail-Werbung die Interessen des Verbrauchers; unabhängig davon, ob die Nachrichten als Werbemitteilungen gekennzeichnet sind.<sup>419</sup> Grundsätzlich entstehen diesem durch den Empfang von Werbe-E-Mails Kosten. Auch bringt die E-Mail-Werbung einen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht relevanten Arbeits- und Zeitaufwand mit sich. Weiterhin besteht die Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung, zumindest dann, wenn die Speicherkapazität, wie insbesondere im privaten Bereich üblich, begrenzt ist. Im privaten Bereich bedeutet E-Mail-Werbung ferner einen Eingriff in die Individualsphäre. Zusätzlich hat die Allgemeinheit ein Interesse an der Funktionsfähigkeit des Netzes, welche durch E-Mail-Werbung beeinträchtigt wird. Dem gegenüber steht das Interesse des Verbrauchers an Information durch Werbung; auf Seiten

---

<sup>417</sup> Leupold WRP 1998, 270, 271f.; ebenso LG Berlin MMR 2002, 631, 633 im Rahmen von §§ 823, 1004 BGB

<sup>418</sup> Moritz CR 1998, 623, 624

<sup>419</sup> vgl. im einzelnen I.J.1.b

der werbenden Unternehmen das Interesse, ihre Produkte durch eine billige und schnelle Werbemethode anzupreisen.

Die Interessen der Verbraucher können nur durch ein grundsätzliches Verbot von E-Mail-Werbung geschützt werden. Der Einwand, dass die durch E-Mail-Werbung entstehenden Probleme auf dem Wege der Selbstregulierung des Internets gelöst würden, trifft nicht zu. Wie auch die Vertreter dieser Ansicht vortragen, handelt es sich allenfalls um einen Prozess, welcher in der Zukunft Auswirkungen haben könnte und welcher noch von einem Lernprozess der Werbenden abhängt, der noch nicht begonnen wurde.<sup>420</sup> Unabhängig von der Frage, ob eine Selbstregulierung wirklich zu einer Lösung des Problems führen könnte, kann bei der Interessensabwägung nicht eine vage Vermutung als Grund für die Erlaubnis von E-Mail-Werbung angeführt werden. Insbesondere da ja selbst die Vertreter dieser Ansicht einräumen, dass der status quo eine Selbstregulierung nicht erwarten lässt.

Auch die Möglichkeit des Selbstschutzes gebietet keine andere Beurteilung. So ist die Zurücksendung der Werbenachricht mit einem Austragungsvermerk keine Lösung. Hierdurch werden weder Kosten, noch die Blockade der Empfangseinrichtung vermieden. Auch wird hierdurch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht verhindert. Vielmehr wird der Nutzer noch mit zusätzlicher Arbeit belastet. Ferner wird ein derartiger Austragungsvermerk oftmals zur Validierung der E-Mail-Adresse genutzt. Als Folge eines derartigen Austragungsvermerkes erhält der Empfänger daraufhin noch mehr Werbe-E-Mails. Auch ist die Absenderadresse oftmals gefälscht, so dass ein Austragungsvermerk fruchtlos bleibt.<sup>421</sup> Unabhängig gelten die schon hinsichtlich der übrigen Selbstschutzmaßnahmen vorgebrachten Einwände. Insbesondere ist maßgeb-

---

<sup>420</sup> vgl. Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594f.

<sup>421</sup> vgl. hierzu Bachem/Lüpsen, Electronic Mail am RRZK, Spam, <http://www.uni-koeln.de/RRZK/mail/spam.html>

lich, dass der gesetzestreue Bürger nicht zu Schutzmaßnahmen verpflichtet ist.<sup>422</sup>

Weiterhin vermag der Einwand nicht zu greifen, dass die Einrichtung einer Mailbox eine freiwillige Entscheidung des Nutzers sei, die jederzeit rückgängig gemacht werden könnte. Hier wird impliziert, dass das Interesse, eine bestimmte Werbeform zu nutzen, höher zu bewerten sei, als das Interesse der Nutzung eines Mediums an sich. Dies kann auch im Bezug auf das junge Medium E-Mail nicht angehen. Dies wird um so deutlicher, wenn man das Argument auf andere Direktmarketingformen überträgt. So müsste Telefonwerbung zulässig sein, da der Nutzer jederzeit sein Telefon abmelden kann.

Der Vortrag, dass der Internet-User um die Gefahren des Mediums wisse und E-Mail-Werbung gegenüber aufgeschlossener sei, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Dies ist eine Frage, ob ein Einverständnis mit, bzw. Widerspruch gegen E-Mail-Werbung vorliegt. Unabhängig davon ist mit der zunehmenden Verbreitung des Internets die Behauptung zumindest zweifelhaft, dass der Durchschnitts-User sich vom Durchschnittsverbraucher unterscheidet.

Ein Verbot von E-Mail-Werbung würde auch nicht die Interessen der Werbewirtschaft unangemessen beeinträchtigen. Dieser stehen neben E-Mail-Werbung noch diverse weitere Werbeformen zur Verfügung. Insbesondere im Internet bestehen verschiedene Möglichkeiten zur Werbung, welche nicht kostenintensiver sind als E-Mail-Werbung, den Verbraucher aber nicht derart belasten. Ferner würde ein grundsätzliches Verbot von E-Mail-Werbung die Popularität und Akzeptanz dieses Werbemediums erhöhen. Wäre Werbung per E-Mail nur bei Vorliegen eines Einverständnisses erlaubt, würde die Werbung nur wirklich Interessierte erreichen.

---

<sup>422</sup> vgl. eingehend oben I.J.1.b.2)a), I.J.1.b.3) und I.J.1.b.4)

Auch steht dem Verbot von E-Mail-Werbung das berechnigte Interesse des Verbrauchers an Werbung nicht entgegen. Zum einen stehen dem Verbraucher andere Medien zur Verfügung, um sich zu informieren. Zum anderen kann der Verbraucher sich auf entsprechende Mailing-Listen eintragen lassen oder Newsletter abonnieren, welche Werbung enthalten.

Für eine andere Gewichtung der Interessen spricht auch nicht, dass die Attraktivität des Internets auch auf erheblichen Investitionen der kommerziellen Nutzer beruhe. Dieser Vortrag trifft nicht zu. Die Attraktivität des Internets hat erst kommerzielle Nutzer angezogen, sie wurden nicht durch diese begründet.<sup>423</sup> Auch ist fraglich, inwieweit Versender von E-Mail-Werbung Investitionen tätigen, welche die Attraktivität des Netzes erhöhen. Vielmehr werden hier bestehende Infrastrukturen genutzt, ohne sie zu verbessern oder zu erweitern.

Die Interessenabwägung fällt also zu Lasten der Werbenden aus. Die mit E-Mail-Werbung verbundene Belästigung überschreitet das zumutbare und übliche Maß. Grundsätzlich verstößt E-Mail-Werbung daher gegen § 1 UWG. Ein Widerspruch des Empfängers ist anders als bei der Briefkastenwerbung nicht notwendig. Auch ohne einen derartigen Widerspruch überwiegen in der Gesamtabwägung die Interessen der Verbraucher.

#### f. Einverständnis

Ein Verstoß gegen § 1 UWG kommt dann nicht in Betracht, wenn der Verbraucher mit dem Erhalt der Werbung einverstanden ist. In diesem Fall ist eine Interessenverletzung und somit die Wettbewerbswidrigkeit ausgeschlossen.<sup>424</sup> Im folgenden wird erörtert, wann von einem Einverständnis ausgegangen werden kann.

##### 1) *Grundsätzliches Einverständnis*

---

<sup>423</sup> vgl. oben I.B.1.b

<sup>424</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147; Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 35

Einer Ansicht nach ist grundsätzlich von einem Einverständnis auszugehen.<sup>425</sup> Nur im Fall, dass der Empfänger Werbe-E-Mails offenkundig ablehne, könne von einer Wettbewerbswidrigkeit ausgegangen werden. Nur dann sei bei dem sich verstärkt durchsetzenden Medium für denjenigen, der sich selbst diesem Medium zugewandt hat (weil er anderenfalls auf diesem Wege gar nicht zu erreichen ist), dem Kern nach von einer „unaufgeforderten“ (weiteren) Zusendung zu sprechen.<sup>426</sup> Der Verbraucher, welcher das Internet kommerziell nutze, habe ein grundsätzliches Interesse daran über lukrative Angebote informiert zu werden.<sup>427</sup>

Der Gegenansicht nach kann der Werbende bei E-Mail-Werbung nicht grundsätzlich von einem Einverständnis ausgehen. E-Mail-Werbung werde vom Empfänger weder erwünscht, noch als geringfügige, akzeptable Belastung angesehen.<sup>428</sup> Grund hierfür sei nach dem LG Traunstein, dass ein Interesse an unverlangter Werbung bei der Bevölkerung aufgrund der wachsenden Werbeflut und der mit dem Aussortieren der Werbe-E-Mails einhergehenden Arbeit und Mühe nicht vorliege.<sup>429</sup> Andere führen auch die Gefahr der Erschöpfung der Speicherkapazität als Grund an, dass ein Einverständnis nicht vermutet werden könne, sondern ausdrücklich erklärt werden müsse.<sup>430</sup> Auch werden die mit dem Empfang von E-Mail-Werbung verbundenen Kosten angeführt.<sup>431</sup> Ferner wird als Grund genannt, dass es derzeit technisch nicht möglich sei, seinen gegen die Zusendung von Werbung mittels E-Mail gerichteten Willen kundzutun. Anders als beim Briefkasten bestehe keine Möglichkeit, das E-Mail-Account mit einem entsprechenden Vermerk zu versehen.<sup>432</sup>

---

<sup>425</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 16 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>); AG Kiel MMR 2000, 51, 52f. zum Einverständnis im Rahmen von §§ 823, 1004 BGB; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Funk CR 1998, 411, 419

<sup>426</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

<sup>427</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 477; Funk CR 1998, 411, 419

<sup>428</sup> KG MMR 2002, 685; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343; Gummig ZUM 1996, 573, 583; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173

<sup>429</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; ähnlich Lehmann ZUM 1999, 180, 182

<sup>430</sup> Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343; Gummig ZUM 1996, 573, 583

<sup>431</sup> LG Ellwangen MMR 1999, 675, 676; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343

<sup>432</sup> AG Brakel NJW 1998, 3209 zum Einverständnis im Rahmen von §§ 823, 1004 BGB.; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343

Eine andere Beurteilung gebiete auch nicht die Eintragung in einem E-Mail-Verzeichnis, da diese nichts über die Bereitschaft des Empfängers, Werbung zu erhalten, aussage.<sup>433</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass kein Grund vorliege, Werbung via E-Mail anders zu beurteilen als Briefkastenwerbung. Wenn, wie auch das LG Traunstein meint, ein Interesse an informativer Werbung bestehe und aus diesem Grund Briefkastenwerbung grundsätzlich als zulässig angesehen werden müsse, so sei nicht einzusehen, warum die gleiche Werbung, als E-Mail versandt, beim Empfänger als unzumutbare Belästigung empfunden werde. Allein das sinkende Interesse des Verbrauchers aufgrund der allgemeinen Werbeflut der letzten Jahre vermöge die Wettbewerbswidrigkeit nicht zu begründen, da ansonsten auch Briefkastenwerbung untersagt werden müsste.<sup>434</sup>

Bei der Frage, ob von einem grundsätzlichen Einverständnis ausgegangen werden kann, ist das oben gewonnene Ergebnis der Interessenabwägung zu beachten. Zwar trifft es zu, dass der Verbraucher generell an Informationen durch Werbung interessiert ist. Wie oben bereits dargelegt, tritt aber dieses Interesse hinter den durch die E-Mail-Werbung betroffenen Interessen zurück. Es ist auch zu beachten, dass der Verbraucher sein Interesse auf Information auch durch andere Medien befriedigen kann. Hat er ein besonderes Interesse an E-Mail-Werbung, so kann er diese ohne weiteres anfordern. Aufgrund der mit derartiger Werbung verbundenen Belastung ist daher davon auszugehen, dass der Verbraucher den Empfang von Werbe-E-Mails grundsätzlich ablehnt. Das Ergebnis der Interessenabwägung darf nicht durch die Annahme eines grundsätzlichen Einverständnisses unterlaufen werden.

Unabhängig davon ist von einer grundsätzlichen Ablehnung auszugehen, da eine allgemeine Kundgabe der Ablehnung nicht möglich ist. Anders als bei der Briefkastenwerbung kann der Empfänger seinen Willen, Werbung

---

<sup>433</sup> LG Ellwangen MMR 1999, 675, 676; AG Brakel NJW 1998, 3209

<sup>434</sup> Leupold WRP 1998, 270, 276

nicht empfangen zu wollen, nicht generell kundtun. Er muss vielmehr den Empfang der Werbung abwarten und die damit verbundenen Belastungen hinnehmen, bevor er dem Absender gegenüber seine Ablehnung mitteilen kann.

Der Einwand, dass das sinkende Interesse an Werbung die Wettbewerbswidrigkeit nicht begründen könne, da ansonsten auch Briefkastenwerbung unzulässig sein müsste, greift nicht. Briefkastenwerbung ist nicht allein wegen des grundlegenden Interesses des Empfängers an informativer Werbung zulässig. Dies ist nur ein Aspekt, welcher in die Interessenabwägung einbezogen wird. Maßgeblich ist vielmehr, dass Briefkastenwerbung nicht zu einer unzumutbaren Belästigung führt. Daher tritt das Interesse des Umworbenen hinter den Interessen der Werbenden zurück.<sup>435</sup> Weiterhin ist zu beachten, dass es durch E-Mail-Werbung zu einer unzumutbaren Belästigung des Empfängers kommt, während dies bei Briefkastenwerbung nicht der Fall ist. Daher steht die Annahme, dass bei einer unzumutbaren Belästigung ein Interesse an der Werbung nicht gegeben ist, nicht im Widerspruch zur der Annahme des BGH, dass an Briefkastenwerbung grundsätzlich ein Interesse besteht. Beide Werbeformen sind insoweit nicht vergleichbar, so dass ein Widerspruch nicht besteht.

## 2) *Ausdrücklich erklärtes Einverständnis*

Nach allgemeiner und richtiger Ansicht ist Werbung per E-Mail aber zulässig, wenn der Empfänger sich ausdrücklich mit dem Empfang einverstanden erklärt hat.<sup>436</sup> Eine Interessenverletzung ist ausgeschlossen, wenn der Empfänger die Werbung wünscht und diesen Wunsch ausdrücklich erklärt.

## 3) *Konkludent erklärtes Einverständnis*

Vereinzelt wird vertreten, dass aufgrund der mit dem Empfang von E-Mail-Werbung verbundenen Belastungen (Arbeits- und Zeitaufwand, Blockade-

---

<sup>435</sup> vgl. oben I.C.2

<sup>436</sup> LG Ellwangen MMR 1999, 675, 676; LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; AG Brakel NJW 1998, 3209; Gummig ZUM 1996, 573, 583; Schmittmann MMR 1998, 53, 54; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22; im Rahmen von § 823 BGB:

gefahr) nur im Falle des ausdrücklichen Einverständnisses die Zusendung von Werbe-E-Mails zulässig sei.<sup>437</sup> Hiernach kann der Empfänger sein Einverständnis nicht konkludent oder gar stillschweigend abgeben.

Diese Ansicht verkennt aber, dass bei der Frage, ob im Rahmen des § 1 UWG ein Einverständnis vorliegt, die allgemeinen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen sind.<sup>438</sup> Hiernach steht die konkludente der ausdrücklichen Erklärung gleich. Auch kann dem Schweigen ausnahmsweise eine Erklärungswirkung zukommen.<sup>439</sup> Gründe, warum die Einverständniserklärung nicht konkludent oder stillschweigend möglich sein sollte, sind nicht ersichtlich. Bei anderen Direktmarketingformen, wie z.B. der Telefonwerbung, ist dies unstreitig möglich<sup>440</sup>, obwohl die mit ihnen verbundenen Belastungen mit denen durch E-Mail-Werbung vergleichbar sind und teilweise über diese hinausgehen.<sup>441</sup>

Die Möglichkeit eines konkludenten Einverständnisses ist also grundsätzlich gegeben. Fraglich ist nur, wann dies der Fall ist. Im folgenden werden einzelne Fälle und Fallgruppen dargestellt und diskutiert werden, die im spezifischen Zusammenhang mit dem Medium E-Mail stehen.

Eine Gruppe bilden diejenigen Fälle, in denen der Empfänger der Werbung zuvor seine E-Mail-Adresse bekannt gegeben bzw. angegeben hat.

So könne kein Einverständnis angenommen werden, wenn ein Gewerbetreibender / Freiberufler eine Homepage für sein Gewerbe im Internet einrichtet und dabei seine E-Mail-Adresse angibt. Eine derartige Seite richte sich an potenzielle Kunden und lade nicht dazu ein, E-Mails jeglicher Art an den Gewerbetreibenden zu senden. Ließe sich ein derartiges Interesse

---

LG Karlsruhe Urt. v. 15.10.2001, 5 O 186/01,  
[www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html](http://www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html)

<sup>437</sup> Gummig ZUM 1996, 573, 583

<sup>438</sup> Köhler/Piper-Köhler § 1 UWG, Rn. 150 m.w.N.

<sup>439</sup> Ermann-Palm vor § 116, Rn. 7, 11

<sup>440</sup> vgl. oben I.D.1.c und I.G.3<sup>441</sup> So ist der Eingriff in die Individualsphäre bei der Telefonwerbung ungleich größer (vgl. oben I.D.1.a und I.J.1.b.6)<sup>442</sup> LG Berlin MMR 2001, 60

aus einer Homepage schließen, wären Gewerbetreibende im Internet nicht gegen E-Mail-Werbung geschützt.<sup>442</sup> Aus der Angabe einer E-Mail-Adresse könne sowohl im privaten, als auch im geschäftlichen Bereich nur dann ein Einverständnis gefolgert werden, wenn dies mit der Bitte um Übersendung von Informationen geschieht. Hier kann ein Interesse via E-Mail kontaktiert werden zu wollen, gefolgert werden.<sup>443</sup> Aus der alleinigen Angabe der Adresse auf einer Visitenkarte oder in einem Verzeichnis kann zumindest bei Privatpersonen kein Einverständnis gefolgert werden.<sup>444</sup>

Auch aus der Eintragung in einer Mailing-Liste könne grundsätzlich kein Einverständnis gefolgert werden, es sei denn aus dem Charakter der Mailing-Liste oder einer ausdrücklichen Zustimmung aller Teilnehmer ergebe sich ein Einverständnis mit der Übermittlung werbender Inhalte. Hieran ändere auch die Tatsache nichts, dass es sich um eine moderierte Liste handle. Maßgeblich sei nicht die Auffassung des System Operators, sondern allein diejenige des Empfängers.<sup>445</sup> Andere hingegen gehen im Rahmen von Push-Diensten<sup>446</sup> von einem Einverständnis aus, wenn der Empfänger bei Aufnahme in das Empfängerverzeichnis auf gelegentliche Werbung hingewiesen worden ist, oder wenn die Werbung Themen betrifft, welche mit dem Thema des Dienstes verwandt sind, und sie somit im Interesse des Users lägen. Hingegen sei bei themenfremder Werbung eine ausdrückliche Zustimmung des Empfängers notwendig.<sup>447</sup> Vereinzelt wird auch die Anforderung des Push-Dienstes an sich, ohne vorherige

---

<sup>443</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147; Schrey/Westerwelle BB 1997, Supplement Nr. 18, 17, 22

<sup>444</sup> Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4, Rn. 82

<sup>445</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 40; Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4, Rn. 82

<sup>446</sup> Unter dem Begriff "Push-Technik" werden alle Techniken zusammengefasst, bei denen einen Benutzer Informationen erreichen, obwohl er sich nicht aktiv abgerufen hat. Zuvor ist allerdings der Benutzer einmal aktiv geworden, um festzulegen, worüber er informiert werden möchte. Beispiele für Push-Dienste sind Intercast, Netmind-Dienste, Einträge in Mailing-Listen, abonnierte Newsletter. (Zimmermann, Bernd, Internet und WWW-Kurs, [www.www-kurs.de/gloss\\_p.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_p.htm)).

<sup>447</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 595

Hinweise auf Werbung, als ausreichend angesehen. So liege in der Anforderung einer Newsletter ein Einverständnis.<sup>448</sup>

Grundsätzlich kann in der Angabe der E-Mail-Adresse kein Einverständnis zum Erhalt von E-Mail-Werbung gesehen werden. Ebenso wenig wie die Angabe der Telefonnummer ein Einverständnis in Telefon- oder Telefaxwerbung bedeutet, kann die Angabe der E-Mail-Adresse als Einwilligung in Werbung aufgefasst werden. Dies würde einem generellen Einverständnis gleichkommen. Sobald der Nutzer seine Adresse nicht mehr geheim hält, sondern nutzt, müsste er E-Mail-Werbung in Kauf nehmen. Aufgrund der mit E-Mail-Werbung verbundenen Belastungen kann aber nicht von einer generellen Einwilligung ausgegangen werden. Das Ergebnis der Interessenabwägung darf nicht durch ein generell anzunehmendes Einverständnis unterlaufen werden.

Etwas anderes muss aber gelten, wenn der Nutzer Informationen anfordert und dabei seine E-Mail-Adresse angibt. Da das Medium E-Mail immer weiter an die Stelle der Briefpost tritt, hat die Angabe der E-Mail-Adresse in diesem Zusammenhang die gleiche Bedeutung wie die Angabe der Postadresse. Der User gibt hier zum Ausdruck, dass er die Informationen (auch) auf diesem Wege empfangen möchte.

Dieselben Überlegungen gelten auch dann, wenn der Internet-User die Dienste eines Internetproviders, wie z.B. einer Datenbank, in Anspruch nimmt und dabei seine E-Mail-Adresse angibt. Konkludent gibt der User damit sein Einverständnis mit dem Erhalt von Werbung an, welche den genutzten Dienst betrifft. Darüber hinausgehende Werbung wird aber von dem Einverständnis nicht erfasst.

---

<sup>448</sup> LG Berlin MMR 2002, 631, 633; Das LG Berlin legt dem Werbenden die Beweislast dafür auf, dass der Umworbenen die Newsletter tatsächlich angefordert hat. Der Werbende muss die Möglichkeit, dass eine Dritter mit der Adresse des Umworbenen die Newsletter angefordert hat, ausschließen. Als ausreichend wird angesehen, dass der Umworbenen die Newsletter per E-Mail bestellt und die Absenderadresse mit der Adresse, an der die Newsletter geschickt werden soll, übereinstimmt.

Die Eintragung auf einer Mailing-Liste, ebenso wie die Anforderung von anderen Push-Diensten, kann als Einverständnis gedeutet werden, wenn der Nutzer zuvor auf mögliche Werbenachrichten hingewiesen wurde. Es würde einem widersprüchlichen Verhalten gleichkommen, eine Mailing-Liste mit Werbe-Nachrichten anzufordern, die Werbe-E-Mails aber nicht erhalten zu wollen. Fehlt hingegen ein derartiger Hinweis, kann in dem Eintrag in einer Mailing-Liste kein Einverständnis mit E-Mail-Werbung gesehen werden. Der Nutzer erklärt hiermit nur seine Einwilligung, Nachrichten zu erhalten, welche dem Sinn und Zweck der Mailing-Liste entsprechen. Dieser Sinn und Zweck ist die Diskussion des jeweiligen Listen-Themas, nicht aber der Erhalt von Werbung. Eine Ausnahme ist auch nicht hinsichtlich themenverwandter Werbung zu machen. Werbenachrichten tragen nicht zur Diskussion bei, sondern sollen nur die Produkte des jeweiligen Anbieters anpreisen. Ein konstruktiver Beitrag kann nicht erwartet werden. Auch ist nicht ersichtlich, warum aus dem Interesse für ein bestimmtes Thema zwangsläufig das Interesse für Werbung dieses Thema betreffend folgen soll. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das Interesse an Information durch Werbung hinter dem Interesse, von den Belästigungen durch E-Mail-Werbung verschont zu bleiben, zurücktritt.

Auch aus der Angabe der Adresse auf einer Homepage kann nicht das Einverständnis mit Werbung geschlossen werden. Dies gilt sowohl für private, als auch für gewerbliche Web-Sites. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich die Angabe einer E-Mail-Adresse auf einer Homepage von der Angabe der Adresse in einem E-Mail-Adressverzeichnis oder auf einer Visitenkarte unterscheidet. Wie bereits dargelegt kann aus der Tatsache, dass der User seine Adresse publik macht, nicht geschlossen werden, dass er mit dem Empfang von Nachrichten jeder Art einverstanden ist.

Ebenso kann aus der Angabe der Adresse beim Abschluss eines Vertrages oder im Rahmen von geschäftlichen Beziehungen kein Einverständnis in jede Art von Werbung geschlossen werden. Die Angabe der E-Mail-Adresse kann, ebenso wie die Angabe der Telefonnummer nur dahingehend verstanden werden, dass der Vertrags- bzw. Geschäftspartner im

Rahmen des schon bestehenden Vertrages / Geschäftsverhältnisses und des durch ihn begründeten Wirkungskreises kontaktiert werden möchte. Eine größere Bereitschaft zum Empfang von Werbung mag zwar bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses oder eines geschäftlichen Kontaktes existieren. Für ein konkludentes Einverständnis müssen aber darüber hinausgehende konkrete Anhaltspunkte vorliegen. Der Erklärungsgehalt, welcher der Angabe der Adresse innewohnt, würde ansonsten zuungunsten des Umworbene(n) überdehnt. Es kann also grundsätzlich im Rahmen von bestehenden Vertrags- und Geschäftsverhältnissen nur dann von einem Einverständnis in Werbung ausgegangen werden, wenn diese im konkreten Bezug zu diesem Verhältnis steht.

Zu beachten ist auch, dass entsprechend zur Telefonwerbung eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werbenden, in welcher der Kunde sein Einverständnis erklärt, gegen § 307 BGB verstößt, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken des § 1 UWG nicht vereinbar ist. Die Möglichkeit des Einverständnisses per Allgemeiner Geschäftsbedingungen würde zu einer allgemeinen Anpassung der Geschäftsbedingungen führen, was letztlich das oben gewonnene Ergebnis der Interessensabwägung konterkarieren würde.

Eine weitere Gruppe bilden diejenigen Fälle, bei denen der Empfänger in Kontakt mit dem Werbenden getreten ist, die E-Mail-Adresse aber nicht angegeben wurde.

So wird teilweise von einem Einverständnis ausgegangen, wenn der Adressat zuvor mit der Internet-Datenbank des Werbenden Kontakt aufgenommen und dafür ein besonderes Entgelt entrichtet hat. Dabei sei ein Kontakt von wenigen Minuten als ausreichend anzusehen, damit der Werbende von einem fortbestehenden Interesse des Empfängers an seinen Diensten und somit von einem Einverständnis des Empfängers mit der Übersendung der Werbe-E-Mail ausgehen könne. Dies gälte selbst dann, wenn die Länge des Kontaktes tatsächlich nur durch die technische Ausrüstung, des auf die Dienste des Werbenden zugreifenden Empfängers,

bedingt wird. Es sei denn, letzteres ist für den Werbenden erkennbar.<sup>449</sup> Hingegen soll aus einer kurzzeitigen Recherche auf einer Homepage kein Einverständnis abgeleitet werden können.<sup>450</sup>

Andere gehen auch von einem Einverständnis aus, wenn der Empfänger mit dem Werbenden in Geschäftsbeziehungen getreten ist.<sup>451</sup> Vereinzelt wird aber eine geschäftliche Beziehung nicht als ausreichend angesehen und es wird daneben noch ein konkretes Interesse an der Werbung gefordert.<sup>452</sup>

Entsprechend zu den obigen Ausführungen kann zumindest bei einem Kontakt von Werbenden und Umworbene ohne Austausch der E-Mail-Adresse nicht von einem Einverständnis ausgegangen werden. Wenn schon bei Angabe der Adresse nicht von einem Einverständnis ausgegangen werden kann, so muss dies erst Recht gelten, wenn die Adresse zurückgehalten wird. Dem Vertragsschluss oder Geschäftskontakt ohne Angabe der E-Mail-Adresse kann nicht der Erklärungsinhalt eines Einverständnisses mit dem Empfang von E-Mail-Werbung entnommen werden. Diese Grundsätze gelten auch in dem Fall, dass der Umworbene zuvor Kontakt zu einer Datenbank des Werbenden aufgenommen hat. Der Fall stellt nur einen internetspezifischen Fall des geschäftlichen Kontaktes dar.

Vereinzelt wird auch von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen, wenn und sobald eine international standardisierte Kennzeichnung sich durchgesetzt hätte, auf allen Mail-Servern Filterprogramme dem Nutzer zur Verfügung ständen, dieser aber auf den Gebrauch der Filter ver-

---

<sup>449</sup> LG Augsburg NJW 2000, 593; zustimmend Rein NJW-CoR 2000, 235, 236; Das AG Essen-Borbeck hat in Eintragung in einer Datenbank im Hinblick auf das Vorliegen einer Einwilligung als unerheblich erachtet, wenn der Eingetragene ausdrücklich den Empfang von E-Mails abgelehnt hat (AG-Essen-Borbeck, Urt. v. 16.1.2001, 6 C 658/00, Abs. 9, JurPC Web-Dok. 62/2001 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010062.htm>))

<sup>450</sup> Rein NJW-CoR 2000, 235, 236, welcher aber offen lässt, inwieweit der Inhaber der Homepage an die E-Mail-Adresse des Recherchierenden gelangt, wenn dieser nur die Web-Seite besucht.

<sup>451</sup> LG Berlin MMR 2001, 60; ders. CR 1998, 623; LG Ellwangen MMR 1999, 675, 676; Hoeren/Sieber-Waldenberger 13.4, Rn. 82

<sup>452</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 598

zichte. Da diese Voraussetzungen aber noch nicht beständen, seien kommerzielle E-Mails wettbewerbswidrig.<sup>453</sup>

Hiergegen sprechen aber grundsätzliche Bedenken. Die Filterungsmöglichkeit ist nicht gleichbedeutend mit einem konkludent erklärten Einverständnis. Vielmehr besteht zwischen beidem kein Zusammenhang. Die Möglichkeit zur Filterung hat keinerlei Erklärungsgehalt und kann daher nur bei der Frage, ob ein Einverständnis vermutet werden kann, Bedeutung gewinnen. Auch aus dem Verzicht die Filterung zu gebrauchen, welcher dem E-Mail-Provider gegenüber erklärt werden würde, kann kein konkludentes Einverständnis gefolgert werden. Eine Erklärung gegenüber dem Werbenden erfolgt bei dieser - hypothetischen - Fallstellung gerade nicht. Letztlich erübrigt sich aber die Erörterung dieser Ansicht. Wie oben bereits dargestellt, besteht die Möglichkeit der Filterung nicht.<sup>454</sup>

Letztlich kann die Frage, ob ein konkludentes Einverständnis vorliegt, nur im konkreten Einzelfall beantwortet werden. Aufgrund der Belastungen durch E-Mail-Werbung ist aber insbesondere im privaten Bereich zu beachten, dass Werbung per E-Mail grundsätzlich abgelehnt wird.

#### 4) *Vermutetes Einverständnis*

Neben dem (ausdrücklich oder konkludent) erklärten Einverständnis besteht ferner die Möglichkeit, dass das Einverständnis unter bestimmten Umständen vermutet werden kann.

Im geschäftlichen Bereich kann entsprechend der Rechtslage bei anderen Formen des Direktmarketing ein Einverständnis ausnahmsweise auch vermutet werden. Dies ergibt sich aus dem größeren Interesse an Werbung im gewerblichen Bereich. Der gewerbliche Empfänger steht Werbung und Angeboten Dritter aufgeschlossener gegenüber, als der private Empfänger. Er unterhält den E-Mail-Anschluss unter anderem, damit auch

---

<sup>453</sup> Hoeren/Sieber-Körner/Lehment 11.1, Rn. 37

unbekannte Dritte mit ihm in geschäftlichen Kontakt treten können. Zur Anbahnung derartiger Kontakte ist Werbung unerlässlich. Wie bei der Telefon-, Telex-, Teletex- und Telefaxwerbung darf der Werbende aber nur unter bestimmten Voraussetzungen von einem Einverständnis ausgehen. Es muss auch im geschäftlichen Bereich berücksichtigt werden, dass E-Mail-Werbung auch für den Gewerbetreibenden mit Belastungen verbunden ist. Von einem Einverständnis darf daher nur ausgegangen werden, wenn es sich um sachbezogene Werbung handelt, d.h. wenn die Werbung das Angebot einer Ware oder Leistung zum Gegenstand hat, für die beim Adressaten ein Bedürfnis besteht oder aufgrund sachlicher Erwägungen vermutet werden kann. Ferner muss ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Empfängers herzuleitender Grund vorliegen, der diese Art der Werbung rechtfertigt.

Nach diesen Grundsätzen reicht das Vorliegen einer Geschäftsbeziehung in der Regel nicht aus, es sei denn, dass die Korrespondenz auch über E-Mail abgewickelt wurde. Dann kann und darf der Werbende von einem weiteren Interesse an Werbung, welche gerade über das Medium E-Mail übermittelt wird, ausgehen. Voraussetzung ist aber, dass ein Gut umworben wird, bei dem ein Interesse des Empfängers vermutet werden kann.

Festzuhalten ist, dass der Empfänger grundsätzlich nicht mit dem Empfang von E-Mail-Werbung einverstanden ist. Ein Einverständnis muss vielmehr ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Im geschäftlichen Bereich kann darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen ein Einverständnis vermutet werden.

## 2. **Behinderung**

Teilweise wird ein Verstoß gegen § 1 UWG auch aufgrund der Behinderung eines Mitbewerbers angenommen. Ein wettbewerbsrechtliches Verhalten könne insbesondere dann unlauter sein, wenn es eine Netzbehin-

---

<sup>454</sup> vgl. oben I.J.1.b.1)b) und I.J.1.b.2)a)

derung eines Konkurrenten darstellt, insbesondere wenn eine Störung oder Behinderung des Netzbetriebes eines Konkurrenten bewirkt wird oder eine übermäßige Inanspruchnahme der Netzinfrastruktur zuungunsten eines Wettbewerbers vorgenommen wird.<sup>455</sup>

Dieser Ansicht ist, sofern ein Wettbewerbsverhältnis<sup>456</sup> vorliegt, zuzustimmen. Durch eine Störung des Netzbetriebes, insbesondere durch eine Blockade des E-Mail-Accounts oder durch einen Zusammenbruch der Empfangsanlage, wird der Mitbewerber behindert. Es ist ihm nicht mehr möglich seine Betriebsanlagen zu nutzen.<sup>457</sup> Aufgrund der oft ungezielt vorgenommenen Versendung von Nachrichten ist es möglich, dass der Adressat einer Werbenachricht in einem Wettbewerbsverhältnis zu dem Versender steht. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist. Aus der Tatsache, dass die Werbenachricht den Wettbewerb des Werbenden fördert und gleichzeitig den Wettbewerb des Umworbeneben behindert, folgt nicht zwangsläufig, dass beide in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Meist wird der innere Zusammenhang, der gleiche Kundenkreis fehlen. Auch ist in der Regel davon auszugehen, dass Beide nicht Waren gleicher oder verwandter Art vertreiben und so ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis i.S.d. § 13 II Nr. 1 UWG nicht besteht. Wie bei der Telefaxwerbung<sup>458</sup> scheidet ein Wettbewerbsverhältnis grundsätzlich aus.

Zur Frage, ob dieses Interesse im Rahmen einer Interessenabwägung die übrigen Interessen, insbesondere die der Werbenden, überwiegt, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.<sup>459</sup> Aufgrund der Tatsache, dass den Werbenden genügend Alternativen zur E-Mail-Werbung zur Verfügung stehen und dass ein Verweis auf Selbstschutzmaßnahmen zum einen an sich zweifelhaft und zum anderen zur Zeit nicht praktikabel ist, fällt

---

<sup>455</sup> Vahrenswald, Recht in Online und Multimedia, 9.3., S. 1

<sup>456</sup> zum Begriff des Wettbewerbsverhältnisses vgl. Baumbach/Hefermehl Einf. UWG, Rn. 214ff.

<sup>457</sup> vgl. zur Behinderung Baumbach/Hefermehl UWG § 1, Rn. 209

<sup>458</sup> vgl. OLG München NJW-RR 1994, 1054, 1055

<sup>459</sup> vgl. oben I.J.1.e

die Abwägung zuungunsten der Werbenden aus. E-Mail-Werbung kann auch aufgrund einer Behinderung der Mitbewerber wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG sein.

Zur Frage, ob und inwieweit die Wettbewerbswidrigkeit durch ein Einverständnis des Empfängers ausgeschlossen wird, ist auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>460</sup>

### 3. Täuschung

Ein weiterer Diskussionspunkt im Rahmen des § 1 UWG ist, ob E-Mail-Werbung aufgrund einer Täuschung unzulässig ist. So ist Gegenstand der Debatte, ob sich die Wettbewerbswidrigkeit aus der Tarnung der Werbemaßnahme bzw. aus der Verschleierung des Absenders ergibt.

#### a. Täuschung über den werbenden Charakter der E-Mail

Wird der werbende Charakter einer Werbebotschaft bewusst verschleiert, so ist einer Ansicht nach die Werbung unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs durch Täuschung als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG zu qualifizieren.<sup>461</sup>

Dies sei der Fall, wenn die Betreffzeile der Nachricht so gestaltet sei, dass der Empfänger den unzutreffenden Eindruck gewinne, es handle sich um ein Antwortschreiben oder eine Nachricht eines Geschäftspartners oder Bekannten.<sup>462</sup>

Andere gehen sogar noch weiter. So fordern Busche / Kraft, dass Werbe-E-Mails entsprechend gekennzeichnet sein müssten, damit eine Täuschung ausgeschlossen sei. Nur ein eindeutiger Hinweis auf den werbenden Charakter der Nachricht kann eine Täuschung verhindern, denn bei E-Mails sei eine Einordnung aufgrund äußerlicher Kennzeichen anders als bei postalisch versandten Werbeschreiben nicht möglich. Anhand der

---

<sup>460</sup> vgl. oben I.J.1.f

<sup>461</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1144; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593

<sup>462</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593

Betreffzeile allein lasse sich der Charakter der Nachricht nicht festmachen. Auch ein gewerblicher Absender, welcher dem Empfänger unbekannt sei, sei kein Indiz für das Vorliegen einer Werbe-E-Mail, da es dem Medium E-Mail anhafte, dass der einzelne Empfänger von vielen verschiedenen, auch unbekanntem Absendern Post erhalte, welche für ihn von individuellem Interesse sein könne. Dies werde durch die Schnelligkeit des Mediums, durch die Kontaktbereitschaft, welche durch Anonymität des Internets begründet werde, und durch die von der Briefpost divergierenden Konventionen begründet. Nur eine eindeutige Kennzeichnung der Nachricht in der Betreffzeile lasse eine weitere inhaltliche Überprüfung der Nachricht auf deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der Täuschung entfallen.<sup>463</sup>

Ferner wird auch ein Verstoß gegen das Trennungsgebot erwogen.<sup>464</sup> Dieser Punkt wird im folgenden aber nicht behandelt werden, da dies kein spezifisches Problem von E-Mail-Werbung ist. Die Vermischung von redaktionellem Teil und Werbung ist kein medienspezifisches, sondern ein inhaltliches Problem. Besonderheiten, welche von dem jeweils verwendeten Medium abhängen, ergeben sich nicht.

Im übrigen kann eine Tarnung der Werbemaßnahme nicht schon darin gesehen werden, dass die E-Mail nicht eindeutig als Werbenachrichtig gekennzeichnet ist. Der werbende Charakter wird nicht allein durch eine Kennzeichnung in der Betreffzeile offenbart. Selbst wenn eine Kennzeichnung fehlt und der Empfänger den Nachrichtenkörper erst sichten muss, um sie als Werbung zu identifizieren, so liegt hierin keine Tarnung. Schleichwerbung liegt nicht vor, solange der Umworbene erkennen kann, dass es sich um eine Werbemaßnahme handelt, und er aufgrund dieser Kenntnis eine eigene Entscheidung treffen kann.<sup>465</sup> Daher ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Nachricht, welche eindeutig im Textkörper als Werbung zu erkennen ist, den Umworbene täuschen kann. Dass eine derar-

---

<sup>463</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1146

<sup>464</sup> Gummig ZUM 1996, 579f.; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 595, 598

<sup>465</sup> Baumbach/Hefermehl § 1 UWG, Rn. 27

tige Kennzeichnungspflicht überzogen ist, zeigt sich insbesondere, wenn man diese Anforderungen auf die Briefkastenwerbung überträgt. Der Werbebrief müsste schon auf dem Umschlag als Werbung gekennzeichnet sein. Die Tatsache, dass der Umworbene die Werbe-E-Mail nicht schon anhand der Kennzeichnung als Werbung erkennen und gegebenenfalls aussortieren kann, ist vielmehr ein Problem der Arbeits- und Zeitbelastung, nicht aber der Täuschung. Die Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Empfängers geschieht durch die Belästigung, nicht aber durch den fehlenden Hinweis in der Betreffzeile.

Etwas anderes gilt aber im Fall der Schleichwerbung, wenn aus dem Text der Nachricht nicht offenbar wird, dass es sich um Werbung handelt. Dann liegt eine Täuschung vor. Dies ist aber kein E-Mail spezifisches Problem, so dass sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

Eine Tarnung der Werbemaßnahme liegt also nicht allein darin, dass die Nachricht nicht gekennzeichnet ist. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die den werbenden Charakter verschleiern.

*b. Täuschung über den Absender der Werbe-E-Mail*

Um negativen Reaktionen der Umworbene<sup>466</sup> zu entgehen, versenden manche Werbende die E-Mails anonym mittels "re-mailern", welche die Absenderdaten entfernen<sup>467</sup>, oder verstecken sich hinter fremden E-Mail-Adressen (sog. "address-spoofing"<sup>468</sup>).

Verschiedene Stimmen in der Literatur gehen in derartigen Fällen von der Wettbewerbswidrigkeit aus. Die Fälschung der Absenderadresse verstoße gegen das Anstandsgefühl des redlichen Durchschnittsgewerbetreibenden.<sup>469</sup> Verschleierte der Versender seine Adresse, gehe er davon aus, dass der Adressat mit dem Empfang der Nachricht nicht einverstanden

---

<sup>466</sup> vgl. oben I.B.7

<sup>467</sup> Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_r.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_r.htm)

<sup>468</sup> Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_a.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_a.htm)

<sup>469</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 593, Leupold WRP 1998, 270, 277

sei. Er handle daher zumindest bedingt vorsätzlich.<sup>470</sup> Die Wettbewerbswidrigkeit ergebe sich hier insbesondere daraus, dass es dem Betroffenen unmöglich sei, dem Werbenden seine Ablehnung gegenüber der Werbung auszudrücken.<sup>471</sup> Von anderer Seite wird auch vorgebracht, dass bei Angabe einer falschen Adresse der wahre Inhaber dieser Adresse mit den Antworten auf die Werbenachricht belästigt werden könnte. Auch würden die Systeme des Access-Providers durch die fehlgeleiteten E-Mails erheblich belastet und unter Umständen lahmgelegt.<sup>472</sup>

Im Ergebnis ist der Ansicht zuzustimmen, dass das Verschleiern oder Fälschen der Absenderadresse als sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG einzuordnen ist. Es handelt sich hier um einen Fall der objektiven Irreführung. Derjenige, welcher unrichtige Angaben über sein Unternehmen oder über seine geschäftliche Verhältnisse macht, führt den Kunden über die geschäftliche Sphäre irre. Geschieht dies bewusst, so liegt eine sittenwidrige Handlung vor.<sup>473</sup> Wenn also der Werbende einen remailer verwendet, um seine E-Mail-Adresse zu verschleiern, macht er bewusst eine falsche Angabe über sein Unternehmen. Hinzu kommt noch, dass durch die Verschleierung der Adresse der Umworbene davon abgehalten wird, seine Rechte geltend zu machen. Gibt er seine Ablehnung der Werbung per E-Mail dem Umworbene zu verstehen, dann geht diese Ablehnung wegen der falschen Adresse ins Leere bzw. die Abgabe ist wegen der Verschleierung der Adresse nicht möglich. Nutzt der Umworbene hingegen nicht die E-Mail-Adresse des Werbenden, sondern macht sein Recht, von E-Mail-Werbung verschont zu bleiben, anderweitig gelten, kann dieser sich darauf berufen, dass die Werbung nicht von ihm stammt und auch nicht von ihm initiiert worden ist. Der Nachweis, dass die E-Mail von ihm stammt, ist nicht möglich.

---

<sup>470</sup> Leupold WRP 1998, 270, 277

<sup>471</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147; i.E. auch Leupold WRP 1998, 270, 277

<sup>472</sup> Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1001

<sup>473</sup> Baumbach/Hefermehl § 1 UWG, Rn. 6

E-Mail-Werbung ist daher im Falle der Verschleierung der eigenen Adresse als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG anzusehen.

#### **4. Sittenwidrigkeit aufgrund von Ablehnung**

Diejenigen Stimmen in der Literatur, welche von einer grundsätzlichen Zulässigkeit von Werbung per E-Mail ausgehen und die Wettbewerbswidrigkeit aus den oben diskutierten Gründen ablehnen, nehmen aber einen Verstoß gegen § 1 UWG im Falle der Ablehnung des Umworbene(n).<sup>474</sup>

Lehne der Empfänger den Erhalt von Werbe-E-Mails ab, so sei der Versand sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG. Hierbei wird als ausreichend angesehen, dass sich der Empfänger in eine Robinson-Liste<sup>475</sup> einträgt. Schicke der Werbende dem in einer solchen Liste Eingetragenen eine Werbe-E-Mail, so könne er sich nicht darauf berufen, dass die Ablehnung ihm gegenüber nicht ausdrücklich mitgeteilt worden sei. Ferner wird als konkludente Ablehnung gewertet, dass der Umworbene seine E-Mail-Adresse bei der Anforderung von Werbematerial nicht angibt. Hier gebe der Umworbene schlüssig zum Ausdruck, dass er nicht per E-Mail kontaktiert werden wolle. Auch liege ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn die werbende E-Mail ohne weitere Überprüfung an Mailing-Listen oder News-Net-Foren versandt werde, sofern deren Inhalte nicht ohnehin überwiegend kommerzieller Natur seien. In der Regel sei wegen der unbestimmten Zahl subscribierter User die Feststellung der Ablehnung bei diesen Netzdiensten für den Werbenden nicht möglich.<sup>476</sup>

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Wenn § 1 UWG tatsächlich unter keinem denkbaren Gesichtspunkt einschlägig ist, kann auch die Ablehnung des Adressaten der fraglichen Werbemethode die Sittenwidrigkeit nicht begründen. Eine allen Anforderungen des § 1 UWG entsprechende Werbemaßnahme wird nicht dadurch wettbewerbswidrig, dass der Adressat sie persönlich ablehnt. Eine Ablehnung wird nur dann relevant,

---

<sup>474</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147

<sup>475</sup> vgl. oben I.B.7

<sup>476</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147

wenn Interessen des Adressaten betroffen sind. So wird Briefkastenwerbung aufgrund der Beeinträchtigung der Individualsphäre sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG, wenn der Adressat den Empfang abgelehnt hat. Die grundsätzliche Zulässigkeit von Briefkastenwerbung beruht aber nicht darauf, dass keine Interessen des Empfängers betroffen sind, sondern dass diese im Rahmen der Interessenabwägung nicht so schwer wiegen, es sei denn, eine Ablehnung liegt vor und dieser wurde im nennenswerten Umfang nicht Folge geleistet.<sup>477</sup> Die Ablehnung allein stellt noch keine Interessenverletzung dar.

## **5. Ergebnis**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung sittenwidrig gemäß § 1 UWG ist, es sei denn ein Einverständnis des Empfängers liegt vor. Die Sittenwidrigkeit beruht vor allem darauf, dass derartige Werbung eine unzumutbare Belästigung darstellt. Weiterhin werden durch E-Mail-Werbung unter Umständen andere Mitbewerber behindert. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch eine die Wettbewerbswidrigkeit begründende Täuschung vorliegen.

## **K. § 3 UWG**

Wie oben im Rahmen des § 1 UWG bereits erläutert<sup>478</sup>, gibt es im Hinblick auf die Möglichkeit der Täuschung bei E-Mail-Werbung zwei Problemkreise: die Täuschung über den werbenden Charakter und die Täuschung über den Absender.

### **1. Täuschung über den werbenden Charakter der Werbe-E-Mail**

Dem LG Braunschweig folgend ergibt sich aus §§ 1, 3 UWG die Verpflichtung der eindeutigen Angabe des Absenders. Auch müsse die Werbe-E-Mail eindeutig als solche gekennzeichnet werden, in der Betreffzeile müsse auf den werbenden Inhalt hingewiesen werden.<sup>479</sup> Gründe hierfür versäumt das Gericht aber anzugeben. Auch die Konsequenzen einer fehlenden Kennzeichnung werden nicht aufgezeigt.

---

<sup>477</sup> vgl. oben I.C.2

<sup>478</sup> vgl. oben I.J.3

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wie oben bereits dargestellt<sup>480</sup>, ist die Frage der Kennzeichnung der Werbung in der Betreffzeile grundsätzlich kein Problem der Täuschung, sondern des Arbeits- und Zeitaufwandes, also der Belästigung. Unabhängig davon ist es ohnehin fraglich, inwieweit die Kennzeichnung als Werbung eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse darstellen kann.

## **2. Täuschung über den Absender der Werbe-E-Mail**

Einer Ansicht nach kann unter bestimmten Umständen der Versand von Werbe-E-Mails gegen § 3 UWG verstoßen. Gebe der Werbetreibende anstatt der korrekten Absenderadresse die Adresse eines anderen Gewerbetreibenden an, so liege eine Täuschung über die betriebliche Herkunft vor und damit ein Verstoß gegen § 3 UWG.<sup>481</sup>

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Bei der E-Mail-Adresse eines Unternehmens handelt es sich um eine geschäftliche Angabe gemäß § 3 UWG. Der Begriff der geschäftlichen Angabe ist weit zu verstehen. Unter ihn fällt alles, was mit dem Geschäft direkt oder indirekt in Beziehung steht.<sup>482</sup> Hierzu zählt auch die Identität des Werbenden. Verschleiert er diese, indem er eine flache E-Mail-Adresse nutzt, so liegt eine Irreführung vor.<sup>483</sup>

## **L. §§ 312c, 312e BGB**

Mit den §§ 312b ff. BGB wurde zum einen der Regelungsgehalt des FernAbsG in das BGB aufgenommen.<sup>484</sup> Zum anderen wurden Teile der E-Commerce-Richtlinie umgesetzt.<sup>485</sup> Eine Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit von E-Mail-Werbung wurde entsprechend dem FernAbsG und der E-Commerce-Richtlinie nicht getroffen.<sup>486</sup>

---

<sup>479</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51

<sup>480</sup> vgl. oben I.J.3.a

<sup>481</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1147

<sup>482</sup> Baumbach/Hefermehl § 3 UWG Rn. 121

<sup>483</sup> vgl. eingehend oben I.J.3.b

<sup>484</sup> vgl. oben I.I.1

<sup>485</sup> vgl. eingehend unten I.P.1.b

<sup>486</sup> vgl. Palandt-Heinrichs § 312e, Rn. 9 ; Abzulehnen ist die Auffassung des LG Frankfurt/M MMR 2002, 395f.. Dieses hatte im Bezug auf Telefaxwerbung gefordert, dass das

## **M. § 823 I BGB**

Weiterhin wird diskutiert, ob das Versenden von Werbe-E-Mails eine Verletzung von § 823 BGB bedeutet und daher gemäß § 1004 (analog) zu unterlassen ist. Auch zu dieser Thematik besteht bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Die übrige Rechtsprechung ist ebenso wie die Literatur nicht einheitlich. Uneinigkeit herrscht insbesondere darüber, ob bzw. in welches Rechtsgut eingegriffen wird und, ob bzw. wann ein den Eingriff ausschließendes Einverständnis des Empfängers vorliegt.

### **1. Eigentumsbeeinträchtigung**

Nach überwiegender Ansicht wird durch die Zusendung von E-Mail-Werbung das Eigentum nicht verletzt. Werbe-E-Mails würden den Empfänger lediglich Zeit, Arbeitsaufwand und Speicherplatz kosten. Dies stelle aber keine Eigentumsverletzung dar, sondern lediglich eine Beeinträchtigung des Vermögens, welches nicht unter den Schutzbereich von §§ 823 I, 1004 BGB falle. Werbe-E-Mails seien daher nicht mit Werbe-Telefaxen vergleichbar, da letztere das Eigentum des Empfängers an Papier und Toner betreffen.<sup>487</sup>

Vereinzelt wird, wie bei Werbung per Telefax, eine Eigentumsverletzung angenommen.<sup>488</sup> Zur Begründung werden die Kosten herangezogen, welche dadurch entstünden, dass der Empfänger die E-Mail nur lesen könne, während er "online" sei.<sup>489</sup> Hören hingegen sieht das Eigentum des Mail-Server-Betreibers durch die unberechtigte Nutzung fremder Ressourcen und Rechnerkapazitäten verletzt, wenn der Mail-Server infolge des erhöh-

---

die Informationen gemäß § 312c BGB, Art. 240 EGBGB, § 1 BGB-InfoV schon im Werbe-fax enthalten sein müssten. Dies widerspricht dem eindeutigen Wortlaut, welcher allein fordert, dass "rechtzeitig vor Abschluss" des Vertrages die notwendigen Informationen vorliegen müssen, nicht aber bereits bei jeder Form von Werbung, welche erst auf den Abschluss des Vertrages zielt.

<sup>487</sup> LG Berlin MMR 2001, 60; ders. MMR 1999, 43 (anzumerken ist, dass das LG Berlin in dem Beschluss im Verfügungsverfahren, welches dem Urteil vorausgegangen ist (MMR 1998, 491), eine Verletzung von § 823 I BGB gerade im Vergleich zur Telefax-Werbung bejaht hatte. Hierbei hat es insbesondere auf die durch das Lesen entstehende Kosten abgestellt.); AG Dachau MMR 2002, 179 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>)

AG Kiel MMR 2000, 51, 52; Schmittmann CR 1998, 499, 500; ders. MMR 1998, 53, 55  
<sup>488</sup> AG-Essen-Borbeck, Urt. v. 16.1.2001, 6 C 658/00, Abs. 9, JurPC Web-Dok. 62/2001 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010062.htm>); Palandt-Bassenge § 1004, Rn. 7

ten Mail-Aufkommens nicht mehr bestimmungsgemäß funktioniert.<sup>490</sup> Auch müsse der Empfänger der Nachrichten die drohende Blockade seines Accounts nicht hinnehmen.<sup>491</sup> Abweichend hiervon stellen Spindler / Schmittmann die Beeinträchtigung der Informationen auf dem Datenträger ab.<sup>492</sup>

Nach richtiger Ansicht liegt eine Eigentumsverletzung nicht darin, dass durch den Empfang von Werbe-E-Mails Kosten entstehen. Zwar verursachen Werbe-E-Mails tatsächlich Kosten. Diesbezüglich ist der Behauptung des LG Berlin grundsätzlich zuzustimmen, wobei die konkrete Begründung aber nicht zutrifft.<sup>493</sup> Im Rahmen von § 823 I BGB können primäre Vermögensschäden nicht geltend gemacht werden.<sup>494</sup> Ferner trifft es auch zu, dass anders als bei Telefaxwerbung das Eigentum an Papier, Toner u.Ä. nicht beeinträchtigt wird.<sup>495</sup>

Eine Eigentumsverletzung liegt aber in der dauerhaften Übertragung von Werbe-E-Mails auf die Datenspeicher des Providers bzw. des Empfängers. Durch die Speicherung von Daten auf einem Datenträger, wie z.B. der Festplatte des Empfängers, wird dessen physikalischer Zustand verändert. Die sich auf diesem Teil des Datenträgers befindliche Null-Information wird durch eine andere Information ersetzt.<sup>496</sup> Im Zusammenhang mit fehlerhafter Computersoftware bzw. Computerviren wird die Löschung bzw. Veränderung von auf Datenträgern verkörperten Daten und Programm nach überwiegender Ansicht als Eigentumsverletzung aufgefasst. Grund hierfür ist, dass die Verkörperung der Daten auf dem Datenträger eine körperliche Sache darstellt.<sup>497</sup> Die körperliche Substanz des

---

<sup>489</sup> LG Berlin CR 1998, 623; Moritz CR 1998, 623, 624

<sup>490</sup> Hoeren, Internetrecht, § 6 II. 2. a) dd) (S. 218), <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript.pdf>

<sup>491</sup> Hoeren MMR 1999, 192, 197

<sup>492</sup> Spindler / Schmittmann MMR Beilage 2001, 10, 11

<sup>493</sup> vgl. eingehend oben I.J.1.b.2)

<sup>494</sup> Staudinger-Hager § 823, Rn. B 192 m.w.N.

<sup>495</sup> vgl. oben I.J.1.b.2)c)

<sup>496</sup> vgl. zur den Abläufen beim Speichern König, Das Computerprogramm im Recht, Rn. 124

<sup>497</sup> BGH NJW 1993, 2436, 2437 m.w.N.; Staudinger-Dilcher § 90, Rn. 2; Staudinger-Hager § 823, Rn. B 60; a.A. Ernestus, Schadensersatzrisiken des Software-Erstellers, S.

Datenträgers bleibt zwar unversehrt. Eine Eigentumsverletzung ist aber nicht nur bei einer Zerstörung und Beschädigung der Sachsubstanz gegeben, sondern bei jeder Einwirkung auf die Sache, die den Eigentümer darin hindert, mit ihr nach seinem Wunsch entsprechend zu verfahren. Dem Eigentümer steht das Recht zu, über die konkrete Verwendung des Speichermediums und somit über seinen physikalischen Zustand zu bestimmen. Welche Informationen konkret gelöscht werden, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Maßgeblich ist allein die Tatsache, dass die Verkörperung der Daten verändert wird.<sup>498</sup> Etwas anderes gilt aber, wenn Daten, welche flüchtig im Arbeitsspeicher niedergelegt sind, gelöscht bzw. verändert werden. Hier wird nicht in die Substanz des Speichermediums eingegriffen, sondern lediglich in dessen Energieversorgung.<sup>499</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf die Übermittlung von Werbe-E-Mails, so liegt eine Verletzung des Eigentums des Adressaten vor, wenn Daten dauerhaft auf dessen Datenträger übermittelt werden, wie es beim "offline-" und "disconnected-model" der Fall ist. Es wird dann die auf dem leeren Datenträger bestehende Null-Information durch die übermittelten Daten gelöscht und durch die Nachrichten-Daten ersetzt. Die physikalische Beschaffenheit des Datenträgers wird verändert, was grundsätzlich eine Eigentumsverletzung bedeutet. Werden, wie beim "online-model", die Daten dauerhaft nur auf dem Server des Providers gespeichert und die Daten nur im Arbeitsspeicher des Empfängers bearbeitet, so wird dessen Eigentum nicht beeinträchtigt.

Das Eigentum des Providers wird beeinträchtigt, da auf dessen Server die Daten gespeichert werden. Weiterhin werden auch die Daten der E-Mail-

---

39ff. (Zu beachten ist aber, dass der Autor an anderer Stelle, S. 15, davon ausgeht, dass verkörperte Computerprogramme in den Schutzbereich von § 823 I BGB fallen); Müller-Hengstenberg NJW 1994, 3129ff.

<sup>498</sup> OLG Karlsruhe NJW 1996, 200, 201; Engel CR 1986, 702, 705; Ernestus, Schadensersatzrisiken des Software-Erstellers, S. 13; Loewenheim/Koch-Hoeren/Pilcher, 9.5.2.1, S. 395f.; Rombach CR 1990, 101, 104; Spindler ZUM 1996, 533, 547f.; a.A. LG Konstanz NJW 1996, 2662

<sup>499</sup> Ernestus, Schadensersatzrisiken des Software-Erstellers, S. 13

client-software<sup>500</sup> verändert, sofern derartige Programme genutzt werden. Dies geschieht auch dauerhaft, unabhängig davon welches Modell herangezogen wird. Nach den oben beschriebenen Grundsätze liegt auch hierin eine Eigentumsverletzung.

Weiterhin ist der Ansicht Hoerens zuzustimmen, dass eine Eigentumsverletzung vorliegt, wenn durch die übermäßige Zusendung von Werbe-E-Mails die Anlage des Providers zusammenbricht. Führt eine große Masse von eingehenden Nachrichten dazu, dass die Server des Providers überlastet sind und die Nachrichten nicht mehr bzw. nur verspätet zugestellt werden können, so liegt eine Eigentumsverletzung vor. Unabhängig davon, dass schon die Speicherung der Nachrichten eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt, stellt die sachbezogene Funktionsstörung<sup>501</sup> des Servers eine Verletzung von § 823 I BGB dar.

Hingegen ist die Ansicht Hoerens nicht zutreffend, dass in der Blockade des E-Mail-Accounts eine Eigentumsverletzung gemäß §§ 823 I, 1004 BGB des Empfängers der Nachrichten liegt. Das E-Mail-Account ist keine Sache i.S.d. § 90 BGB, welche im Eigentum des Nachrichtempfängers liegt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass es sich bei dem E-Mail-Account um Daten handelt, welche auf einem Datenträger eine Verkörperung gefunden haben, so steht dieser Datenträger doch meist im Eigentum des Providers und nicht des Empfängers. Hinsichtlich der Beeinträchtigung des Datenträgers des Providers bzw. der hierauf gespeicherten Daten ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Sofern diese Ansicht sich auf die Folge bezieht, welche eine Blockade des E-Mail-Accounts mit sich bringt, so ist hierin keine Eigentumsbeeinträchtigung zu sehen. Der mögliche Verlust von Daten beeinträchtigt das Eigentum des Empfängers nicht. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei Daten, welche nicht auf

---

<sup>500</sup> Unter client-software versteht man diejenige Software, welche es ermöglicht Dienste, welche ein Server zur Verfügung stellt, in Anspruch zu nehmen (Zimmermann, Internet und WWW-Kurs, [http://www.www-kurs.de/gloss\\_c.htm](http://www.www-kurs.de/gloss_c.htm)). Typische E-Mail-client-software ist Netscape Messenger oder Microsoft Outlook Express.

<sup>501</sup> vgl. hierzu MuKö-Mertens § 823, Rn. 112f.; Palandt-Thomas § 823, Rn. 8; Staudinger-Hager § 823, Rn. B 89

einem Datenträger verkörpert sind, nicht um Sachen i.S.d. § 90 BGB, so dass sie nicht in den Schutzbereich von §§ 823 I, 1004 BGB fallen.<sup>502</sup> Ist die Speicherkapazität des E-Mail-Accounts erschöpft, werden später eingehende Nachrichten nicht mehr gespeichert. Eine Verkörperung findet also nicht statt. Auch auf Seiten des Absenders ist mit dem Abschicken der Nachricht die Verkörperung aufgehoben worden. Eine Beeinträchtigung des Eigentums ist daher nicht möglich.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das Eigentum des jeweiligen Providers bzw. Empfängers an den Datenspeichern schon durch eine einzige E-Mail verletzt wird. Ferner wird das Eigentum des Providers an seiner Anlage beeinträchtigt, wenn diese durch eine verstärkte Zusendung von Nachrichten nicht mehr ordnungsgemäß funktioniert.

Die Rechtswidrigkeit dieser Eigentumsverletzung ist ausgeschlossen, wenn ein Einverständnis des Empfängers vorliegt.<sup>503</sup> Im Rahmen des § 823 I BGB liegt wie bei § 1 UWG keine rechtswidrige Verletzung geschützter Interesse vor, wenn der Empfänger mit dem Erhalt der Werbung einverstanden ist.<sup>504</sup> Wie oben bereits ausgeführt, kann bei Werbe-E-Mails grundsätzlich nicht von einem Einverständnis ausgegangen werden.<sup>505</sup> Dies gilt auch hinsichtlich des Providers, wenn dieser sich in seinen Nutzungsbedingungen, die Versendung von Werbe-E-Mails verbietet.<sup>506</sup> Ansonsten ist aber von der grundsätzlichen Bereitschaft des Providers auszugehen, alle Nachrichten weiterzuleiten. Ein Filtern von bestimmten Nachrichten würde gegen seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Usern verstoßen und auch einen Verstoß gegen § 206 StGB bedeuten.<sup>507</sup> Hinsichtlich der Einwilligung ist im Hinblick auf § 1004 BGB zu

---

<sup>502</sup> vgl. oben Fußnote 497

<sup>503</sup> Palandt-Thomas § 823, Rn. 42

<sup>504</sup> AG Brakel NJW 1998, 3209

<sup>505</sup> vgl. eingehend oben I.J.1.f

<sup>506</sup> So z.B. der Provider Earthlink in seinen AGBs

(<http://www.earthlink.com/about/policies/use/index.html>)

<sup>507</sup> Gerling, Rechtslage zu Mailfiltern, [http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling\\_mail-filter.html](http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling_mail-filter.html)

beachten, dass diese, falls sie vorliegen sollte, zumindest für die Zukunft widerrufen werden kann.<sup>508</sup>

Diese Beeinträchtigung kann auch nicht als sozialadäquat bzw. verkehrsrechtlich angesehen werden. Der insbesondere zum Verkehrsrecht entwickelte Grundsatz, dass bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßen) Verhalten, eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt<sup>509</sup>, ist nicht auf die moderne Massenkommunikation übertragbar. Mit diesem Grundsatz sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass in bestimmten Bereichen, vor allem im Straßen- und Eisenbahnverkehr, die Schäden unvermeidbar sind. Indem die Rechtsordnung gefährlichen Verkehr zulässt und dem Verkehrsteilnehmer sein Verhalten vorschreibt, spricht sie auch aus, dass sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen der Gesetze hält.<sup>510</sup> Die Erwägungen treffen aber auf die moderne Massenkommunikation und insbesondere E-Mail-Werbung nicht zu. Eine Schädigung ist nicht unvermeidbar. Selbst wenn man Werbung als unabdingbar ansehen würde, so stehen dem Werbenden doch andere Werbeformen offen, welche das Eigentum nicht beeinträchtigen. Unabhängig davon verhält der Werbende sich nicht verkehrsrechtlich. Wie oben erläutert liegt ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften vor. Der Werbende als „Verkehrsteilnehmer“ beachtet also gerade nicht die Vorschriften, welche für die Werbung erlassen wurden. Ferner sind die grundsätzliche Einwände, welche gegen die Konstruktion des verkehrsrichtigen Verhaltens sprechen zu beachten.<sup>511</sup>

## 2. Besitz

Die Frage, ob E-Mail-Werbung auch eine Besitzbeeinträchtigung darstellt, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht diskutiert. Ausgehend von dem oben gewonnenen Ergebnis, dass Werbung per E-Mail eine Eigentumsbeeinträchtigung des Datenspeichers darstellt, erscheint eine Besitzbeein-

---

<sup>508</sup> Palandt-Bassenge § 1004, Rn. 38

<sup>509</sup> BGHZ 24, 21, 26

<sup>510</sup> BGHZ 24, 21, 26

<sup>511</sup> vgl. hierzu Erman-G. Schiemann § 823, Rn. 8 m.w.N.; MüKo-Mertens § 823, Rn. 5 m.w.N.

trächtigung nicht fern liegend. Wie oben erläutert wird durch E-Mail-Werbung das Eigentum an dem Datenträger beeinträchtigt, weil das Recht des Eigentümers, mit der Sache seinen Wünschen gemäß zu verfahren, beeinträchtigt wird. Eine derartige Beeinträchtigung ist auch eine Beeinträchtigung des Rechts des Gebrauchs und der Nutzung der Sache.

Voraussetzung für den Schutz durch § 823 I BGB bleibt, dass es sich um eine Sache handelt. Geschützt ist also nur der Besitz an dem Datenträger. Ein Beeinträchtigung der Information an sich, also auch an dem E-Mail-Account, ist nicht möglich. Daher ist auch nicht der Ansicht zuzustimmen, welche aus der Tatsache, dass der Inhaber des Accounts über den Verbleib der Daten in dem Konto entscheiden kann, eine dem Besitz gleichende Sachherrschaft konstruiert und daher den Schutzbereich des § 823 I BGB eröffnet.<sup>512</sup> Hier wird die Herrschaft über Informationen der Sachherrschaft über die Daten gleichgestellt; die unverkörperte Information mit ihrer Verkörperung, dem Datenträger.

### **3. Eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb**

Einem Teil der Rechtsprechung folgend wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die Zusendung von Werbe-E-Mails verletzt.<sup>513</sup> Hierbei werden bei der Beurteilung des betriebsbezogenen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dieselben Erwägungen angestellt, die für die Frage der Wettbewerbswidrigkeit von E-Mail-Werbung im Rahmen des § 1 UWG herangezogen werden. In beiden Fällen stelle sich die Frage der Wirkung dieser Werbesendungen auf den Empfänger. Im übrigen diene der Schutz des Gewerbebetriebes in § 823 I BGB gerade auch dazu, ergänzungsbedürftige Lücken im Anwendungsbereich des UWG zu schließen.<sup>514</sup> Daher müssten die Tatbestände im Zusammenhang gesehen werden.<sup>515</sup>

---

<sup>512</sup> Spindler/Schmittmann MMR 2001, 10, 11

<sup>513</sup> LG Berlin MMR 2002, 631, 632; ders. MMR 2001, 60; ders. MMR 1999, 43; ders. CR 1998, 623; LG Karlsruhe Urt. v. 15.10.2001, 5 O 186/01, [www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html](http://www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html); AG Berling-Charlottenburg CR 2001, 197

<sup>514</sup> so auch Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 614

<sup>515</sup> LG Berlin MMR 1999, 43

Ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird den oben genannten Erwägungen folgend aufgrund der beim Empfänger entstehenden Kosten, aufgrund des entstehenden Arbeitsaufwandes und aufgrund der Gefahr von Datenverlusten bejaht. E-Mails würden online abgerufen, wodurch beim Empfänger Telekommunikationsgebühren entstehen würden. Ferner müsse er Arbeitszeit aufwenden, um die empfangenen Werbe-E-Mails auszusortieren. Außerdem könne es durch eine große Zahl von Werbesendungen zu einem Datenverlust beim Empfänger kommen. Die Speicherkapazität des E-Mail-Accounts könne überschritten werden, so dass E-Mails gelöscht oder zurückgesandt würden.<sup>516</sup> Für die Frage, ob im konkreten Fall ein Eingriff vorliege, sei die Zahl der vom Werbenden gesendeten E-Mails unerheblich. Die Gefahr von Werbe-E-Mails bestehe gerade darin, dass eine nicht kontrollierbare Anzahl von Personen E-Mails an eine ebenfalls unüberschaubare Zahl von Empfängern sende, was erst im Zusammenwirken zu den Beeinträchtigungen der Empfänger führe. Hier müsse jeder einzelne Mitverursacher für die Gesamtwirkung verantwortlich gemacht werden, da ansonsten keine Handhabe gegen diese Art der Belästigung bestehe. Als Argument dafür, dass schon die einzelne Nachricht als Eingriff gewertet werden solle, wird die Nachahmungsgefahr angeführt, welche der E-Mail-Werbung anhafte.<sup>517</sup>

Das LG Berlin sieht es im Rahmen der Prüfung der Betriebsbezogenheit des Eingriffs als ausreichend an, dass die verwendete E-Mail-Adresse erkennbar im Rahmen der beruflichen Tätigkeit genutzt wird. Insofern sei der Eingriff dann auch zielgerichtet erfolgt. Nicht notwendig sei die Absicht des Werbenden den gewerblichen E-Mail-Anschluss zu blockieren. Ausreichend sei, dass der Werbende bewusst die Internet-Anschrift des Emp-

---

<sup>516</sup> KG MMR 2002, 685; LG Berlin MMR 1999, 43; ders. CR 1998, 623; LG Karlsruhe Ur. v. 15.10.2001, 5 O 186/01, [www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html](http://www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html); Hoffmann, NJW 201, Beilage/Heft 14, Seite 5, 36

<sup>517</sup> KG MMR 2002, 685; LG Berlin MMR 1999, 43f.; LG Karlsruhe Ur. v. 15.10.2001, 5 O 186/01, [www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html](http://www.lawmedia.de/wirtschaftsrech/computerrecht/3c36fc4b7d16b.html)

fängers eingegeben habe, dieser also tatsächlich Adressat der E-Mail sein sollte.<sup>518</sup>

Hoeren sieht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Mail-Server-Betreibers verletzt, wenn der Mail-Server durch erhöhtes E-Mail-Aufkommen nicht mehr bestimmungsgemäß funktioniert.<sup>519</sup>

Andere hingegen lehnen die Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ab.<sup>520</sup> Zwar werde der betriebliche Organismus unmittelbar durch die Arbeits- und Zeitbelastung gestört. Diese Beeinträchtigung gehe aber zumindest bei einem Unternehmen der IT-Branche nicht über eine unwesentliche Beeinträchtigung hinaus. Beachtenswert ist, dass das AG Dachau eine 30-minütige Blockade eines Computers, verbunden mit Downloadkosten für eine E-Mail von DM 1,20 und einer Arbeitszeitbelastung von mehreren Minuten, als unwesentlich erachtet hat.<sup>521</sup>

Bevor die Frage erörtert wird, ob E-Mail-Werbung in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreift, muss geklärt werden, ob dieses überhaupt Anwendung findet. Wie zum Teil schon richtigerweise ausgeführt wurde, dient das Recht am Gewerbebetrieb der Lückenfüllung. Das Recht am Gewerbebetrieb ist subsidiär. Bei Handlungen im Bereich des geschäftlichen Wettbewerbs sind daher grundsätzlich die Nor-

---

<sup>518</sup> LG Berlin MMR 1999, 43, 44

<sup>519</sup> Hoeren, Internetrecht, § 6 II. 2. a) dd) (S. 218), <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript.pdf>

<sup>520</sup> AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 17f. (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>); AG Kiel MMR 2000, 54 i.V.m. 52, insoweit aber widersprüchlich, da das Gericht an anderer Stelle die (abstrakte) Möglichkeit einer Beeinträchtigung von im Rahmen des § 823 I BGB geschützten Rechten annimmt (vgl. AG Kiel MMR 2000, 52f.); Heermann K&R 1999, 6, 11; Schmittmann MMR 1998, 53, 55

<sup>521</sup> AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 18 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>). Zu beachten ist hinsichtlich des Urteils das AG Dachaus noch, dass dieses zwar eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verneint und daher einen darauf begründeten Schadensersatzanspruch. An anderer Stelle (AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 20 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>)) lässt es aber die Möglichkeit eines hierauf begründeten Unterlassungsanspruches ausdrücklich offen. Inwieweit sich ein Schadensersatzanspruch und ein Unterlassungsanspruch aufgrund ei-

men des Wettbewerbsrechts vorrangig.<sup>522</sup> Die Anwendung von § 823 I BGB aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kommt in der Regel nur in Betracht, wenn es gilt, Lücken zu schließen. Überschneidet sich eine wettbewerbsrechtliche Sondervorschrift mit dem Schutzbereich dieses Rechts, so ist bei Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs die Rechtsfolge grundsätzlichen diesen Sondervorschriften zu entnehmen.<sup>523</sup> So findet §§ 823 I BGB aus dem Gesichtspunkt des Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb neben § 1 UWG keine Anwendung.<sup>524</sup>

Im Fall, dass der umworbene Betrieb und das werbende Unternehmen in einem Wettbewerbsverhältnis<sup>525</sup> stehen, kann erster sich auf § 1 UWG berufen und gegen diese Form von Werbung vorgehen. § 1 UWG regelt den Fall, dass sich ein Mitbewerber unlauterer Wettbewerbsmethoden bedient umfassend und abschließend. Daher ist das Recht am Gewerbebetrieb subsidiär und somit greift § 823 I BGB nicht. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Werbenden und Umworbene(n), dem potentiellen Kunden, nicht besteht. Aufgrund der Tatsache, dass Werbe-E-Mails oftmals breit gestreut versandt werden, ist aber nicht auszuschließen, dass eine Werbe-Nachricht auch an einen Betrieb gerichtet werden kann, welcher zum Absender in einem Wettbewerbsverhältnis steht.

Im Fall, dass zwischen Umworbene(n) und Werbenden kein Wettbewerbsverhältnis<sup>526</sup> besteht, kann sich der Adressat der Werbung aber weiterhin

---

nes Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb hinsichtlich dieser Voraussetzung unterscheiden sollen, ist nicht klar.

<sup>522</sup> BGHZ 43, 359, 361; BGHZ 38, 200, 204; Erman-Schiemann § 823, Rn. 61; Staudinger-Hager § 823, Rn. D 20f., D 23 m.w.N.

<sup>523</sup> BGH NJW 1973, 2285f.; BGHZ 36, 252, 257

<sup>524</sup> BGH NJW 1973, 2285, 2286; BGHZ 43, 359, 360f.; BGH NJW 1964, 152, 153; BGHZ 38, 200, 2203f.; BGHZ 36, 252, 255; BGHZ 8, 387, 394f.

<sup>525</sup> zum Begriff des Wettbewerbsverhältnisses vgl. Baumbach/Hefermehl Einf. UWG, Rn. 214ff.

<sup>526</sup> Hiervon ist grundsätzlich bei E-Mail-Werbung auszugehen. Wie bei der Telefaxwerbung besteht grundsätzlich kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Werbenden und Umworbene(n). Aus der Tatsache, dass die Werbenachricht den Wettbewerb des Werbenden fördert und gleichzeitig den Wettbewerb des Umworbene(n) behindert, folgt nicht zwangs-

auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berufen. Ebenso wie bei der Telefaxwerbung<sup>527</sup> kann sich der Empfänger der Werbenachricht dann auf § 823 I BGB berufen.

Wie oben erläutert, entstehen durch E-Mail-Werbung dem Empfänger auch im gewerblichen Bereich Kosten. Ferner sind der Zeit- und Arbeitsaufwand und die Gefahr der Blockade der Empfangseinrichtung bzw. des Zusammenbruches des Mail-Servers zu berücksichtigen.<sup>528</sup> Die Ansicht eines Teils der Rechtsprechung trifft also grundsätzlich zu, auch wenn den vorgebrachten Argumenten, insbesondere hinsichtlich der Kostenfrage und der Gefahr der Speicherkapazitätsauslastung, in ihrer Generalisation nicht gefolgt werden kann.

Durch diese Belastungen ist der Schutzbereich des § 823 I BGB im Hinblick auf das Recht am Gewerbebetrieb beeinträchtigt. Der Schutzbereich umfasst die gesamte unternehmerische Tätigkeit.<sup>529</sup> Hierunter fallen nicht nur der Bestand, sondern auch die wirtschaftliche Betätigung und Entfaltung des Unternehmens.<sup>530</sup> Wie bei der Telefaxwerbung ist daher davon auszugehen, dass zumindest aufgrund der Belastung in monetärer und temporärer Hinsicht und aufgrund der Blockade der Empfangseinrichtung des Empfängers bzw. des Servers des Providers, ein Eingriff in den Schutzbereich des § 823 I BGB gegeben ist.

Die Zusendung von Werbe-E-Mails stellt wie die Zusendung von Werbung via Telefax auch einen unmittelbaren und betriebsbezogenen Eingriff dar. Ein derartiger Eingriff liegt vor, wenn dieser sich spezifisch gegen den betrieblichen Organismus und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richtet und über eine bloße Belästigung und sozial übliche Behinderung

---

läufig, dass beide in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Meist wird der innere Zusammenhang, der gleiche Kundenkreis fehlen (vgl. Baumbach/Hefermehl UWG Einl, Rn. 220ff., 226ff. ). Auch ist in der Regel davon auszugehen, dass Beide nicht Waren gleicher oder verwandter Art vertreiben und so ein abstraktes Wettbewerbsverhältnis i.S.d. § 13 II Nr. 1 UWG besteht.

<sup>527</sup> vgl. KG CR 1998, 9; OLG München NJW-RR 1994, 1055, 1055

<sup>528</sup> vgl. oben I.J.1.b

<sup>529</sup> MüKo-Mertens § 823, Rn. 481 ; Palandt-Thomas § 823, Rn. 20

hinausgeht.<sup>531</sup> Durch dieses Kriterium sollen Eingriffe aus dem Schutzbereich ausgegrenzt werden, die entweder einen anderen Rechtsträger oder ein anderes Rechtsgut betroffen haben.<sup>532</sup> Es müssen vom Betrieb nicht ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betroffen sein.<sup>533</sup> Wie oben bereits erläutert führt die Zusendung von Werbe-E-Mails unmittelbar zu einer Störung des Betriebsablaufes des Adressaten und des Providers, welche unter Umständen zu einer Umorganisation des Betriebes<sup>534</sup> und möglicherweise zu einer Blockade der Empfangseinrichtung führt, durch welche die Kommunikation des Betriebes via E-Mail ausgeschlossen wäre<sup>535</sup>. Weiterhin sollen mit dem Merkmal der Betriebsbezogenheit Eingriffe ausgesondert werden, die gar nicht die Intention haben, den Betrieb zu treffen. Bei vorsätzlichem Handeln, welches den Betrieb beeinträchtigen soll, ist im Zweifel das Kriterium der Betriebsbezogenheit gegeben.<sup>536</sup> Die eindeutige Adressierung der Nachricht und der daraus resultierende direkte Eingriff in die Ressourcen des Empfängers zeigt, dass der Eingriff auch spezifisch gegen den betrieblichen Organismus gerichtet ist. Die Adresse zeigt, dass der Versender beabsichtigt, gerade den jeweiligen Empfänger anzusprechen. Auch liegt es in der Natur der Werbung und auch in der Absicht des Empfängers, dass die Nachricht Zeit und Aufmerksamkeit auf sich zieht und somit Arbeitskraft bindet. Ob sich aus der Adresse für den Versender ergibt, dass die Nachricht erkennbar im Rahmen der beruflichen Tätigkeit genutzt wird, ist entgegen des Vortrags des LG Berlins unerheblich. Die Tatsache, dass die jeweilige E-Mail-Adresse gewerblich genutzt wird, wird von dem Versender zumindest billigend in Kauf genommen. Es kann kaum angenommen werden, dass der Versender von Werbe-E-Mails den Verkauf des umworbenen Produktes an gewerbliche Abnehmer ablehnt. Das umworbene Produkt soll von dem jeweiligen Adres-

---

<sup>530</sup> MüKo-Mertens § 823, Rn. 485 ; Staudinger-Hager § 823, D 9

<sup>531</sup> Palandt-Thomas § 823, Rn. 21 m.w.N.; MüKo-Mertens § 823, Rn. 489ff.

m.w.N.; Staudinger-Hager § 823, Rn. D 11ff

<sup>532</sup> Ermann-Schiemann § 823, Rn. 63

<sup>533</sup> Staudinger-Hager § 823, Rn. D 18

<sup>534</sup> vgl. oben I.J.1.b.3)

<sup>535</sup> vgl. oben I.J.1.b.4)

<sup>536</sup> i.E. BGHZ 90, 113, 123; 69, 128, 140; ; Staudinger-Hager § 823, Rn. D 17 ; Bei vorsätzlichem Handeln wird sogar in den sogenannten Kabelfällen das Kriterium der Betriebsbezogenheit bejaht (vgl. OLG Oldenburg VersR 1975, 866, 867)

saten erworben werden. Meist ergibt sich aus der Adresse und zwar aus dem Host-Teil der Adresse<sup>537</sup>, dass es sich um einen gewerblichen Empfänger handelt.

Hinsichtlich der Frage, ob der Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb durch die Zusendung von Werbe-E-Mails rechtswidrig ist, ist im Bezug auf das Vorliegen eines Einverständnisses auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>538</sup> Auch hinsichtlich der vorzunehmenden Interessensabwägung<sup>539</sup> ist auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>540</sup> Aufgrund der Tatsache, dass dem Werbenden andere gleichwertige Werbemethoden zur Verfügung stehen, hat sein Interesse an der Werbung via E-Mail hinter den Interessen des Umworbenen bzw. der Provider zurückzustehen.

Abschließend sei noch auf die Forderung des LG Berlins eingegangen, dass jeder Mitverursacher für die Gesamtwirkung verantwortlich gemacht werden müsste, da ansonsten keine Handhabe gegen die Art der Belästigung gegeben sei. Grundsätzlich haftet der Absender für die Folgen der von ihm abgesendeten Nachrichten. Sofern sich also die Folgen schon aus den von einem Werbenden versandten Werbenachrichten ergibt, ist eine Zurechnung wie vom LG Berlin vorgeschlagen nicht notwendig.<sup>541</sup>

Aber auch im Fall, dass sich die Folgen aus der Mehrheit von Nachrichten ergeben, welche von verschiedenen Absendern stammen (so z.B. im Fall, dass das E-Mail-Account des Empfängers durch mehrere Werbenachrichten verschiedener Absender verstopft wird), ist nicht von den allgemeinen Zurechnungsvorschriften abzuweichen. Eine Zurechnung, wie

---

<sup>537</sup> zur Adressierung vgl. oben I.B.1.c

<sup>538</sup> vgl. oben I.J.1.f und I.M.1

<sup>539</sup> Soergel-Zeuner § 823, Rn. 115 m.w.N.

<sup>540</sup> vgl. oben I.J.1.e

<sup>541</sup> In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil des LG Paderborn vom 3.5.2001 zu erwähnen. Das Gericht legt dem rechtskräftig verurteiltem Spammer die Verpflichtung auf, nicht nur das eigene Versenden von Werbe-E-Mails zu unterlassen. Er hat vielmehr auch die Verpflichtung, zu verhindern, dass Dritte, an welche die Werbe-E-Mail versandt wurde, diese weiterleiten (LG Paderborn MMR 2001, 710). Diese weite Auslegung eines Unterlassensanspruchs ist aber zu weit. Dem Verurteilten wird hier ein tatsächlich unmögliches Verhalten aufgegeben.

sie das LG Berlin vorschlägt, ist nicht möglich und vor allem nicht notwendig. § 830 BGB ist nicht anwendbar. Ein Fall von Mittäterschaft, Teilnahme oder Beteiligung liegt nicht vor. Es ist nicht davon auszugehen, dass Werbende bewusst zur Schädigung des Umworbenen Zusammenwirken. Hier liegt vielmehr ein Fall der fahrlässigen Nebentäterschaft vor. Diese ist gegeben, wenn mehrere Deliktstäter durch selbständige Einzelhandlungen ohne bewusstes Zusammenwirken einen Schaden verursacht haben.<sup>542</sup> Der Nebentäter haftet nach den allgemeinen Zurechnungsregeln. Hat dieser an der Entstehung des Gesamtschadens mitgewirkt, so haftet er auf das Ganze<sup>543</sup>, ist dagegen nur ein bestimmter, unterscheidbarer Teil des Schadens auf sein Verhalten zurückzuführen, so ist er nur für diesen verantwortlich<sup>544</sup>. Welcher dieser beiden Fälle vorliegt ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Grundsätzlich kann im Fall der Verstopfung des Accounts von einer Verantwortlichkeit des einzelnen für den gesamten Schaden ausgegangen werden, da jede der gespeicherten Nachrichten letztlich die Verstopfung des Kontos verursacht. Es ist also nicht notwendig, von den allgemeinen Zurechnungsregeln abzuweichen, um dem Problem der E-Mail-Werbung habhaft zu werden.

#### 4. Informationsfreiheit

Im Bezug auf E-Mail-Werbung wird vereinzelt das Recht auf Informationsfreiheit gemäß Art. 5 I 1 GG, herangezogen. Die Ausstrahlungswirkung dieses Grundrechtes soll nicht nur im Rahmen des § 1 UWG relevant werden, sondern auch bei der Auslegung des § 823 I BGB. Das Recht auf Informationsfreiheit sei als sonstiges Recht im Rahmen des § 823 I BGB geschützt. Durch E-Mail-Werbung werde dieses Recht verletzt.<sup>545</sup>

Wie oben bereits eingehend erläutert wurde, wird das Recht auf positive Informationsfreiheit durch Zusendung von E-Mail-Werbung beeinträchtigt.

---

<sup>542</sup> BGH NJW 1988, 1719, 1720; BGHZ 30, 203, 206; MüKo-Stein § 830, Rn. 5

<sup>543</sup> BGH VersR 1964, 243, 244; BGHZ 30, 203, 208; MüKo-Stein § 830, Rn. 5

<sup>544</sup> BGH NJW 1988, 1719, 1720; OLG Koblenz, AcP 150 (1949), 453, 454f.

<sup>545</sup> Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 125ff., 145 ff., S. 186ff.; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1341ff.; vgl. im einzelnen oben I.J.1.b.5)

tigt.<sup>546</sup> Im Rahmen des § 823 I BGB wird diesem Recht durch grundrechtskonforme Auslegung genüge getan, indem es wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht anerkannt wird.<sup>547</sup>

Der Eingriff ist auch rechtswidrig. Das Interesse des Werbenden an billiger und schneller Werbung tritt hinter dem Recht des Empfängers, sich ungehindert unterrichten zu können zurück.<sup>548</sup>

Hingegen ist, wie oben erläutert eine Verletzung des Rechts auf negative Informationsfreiheit abzulehnen.<sup>549</sup> Der Einzelne wird nicht durch dieses Recht vor E-Mail-Werbung geschützt.

## **5. Allgemeines Persönlichkeitsrecht**

Entgegen der herrschenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung verletzt E-Mail-Werbung - wie oben ausgeführt - das allgemeine Persönlichkeitsrecht.<sup>550</sup>

Diese Beeinträchtigung ist grundsätzlich auch rechtswidrig. Die Güter- und Interessenabwägung, welche beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht notwendig ist<sup>551</sup>, fällt zugunsten des Empfängers aus. Der Eingriff in die Individualsphäre des Empfängers wird nicht durch das Interesse auf Seiten des Werbenden an preisgünstiger, effizienter und schneller Werbung überwogen.<sup>552</sup>

## **6. Ergebnis**

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass durch E-Mail-Werbung der Empfänger in seinem Eigentum und Besitz ebenso verletzt wird, wie in seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, seinem Persönlichkeitsrecht und seinem Recht auf positive Informationsfreiheit.

---

<sup>546</sup> vgl. oben I.J.1.b.5)

<sup>547</sup> ebenso Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 125 ff.

<sup>548</sup> vgl. oben I.J.1.e

<sup>549</sup> vgl. oben I.J.1.b.5)

<sup>550</sup> vgl. oben I.J.1.b.6)

<sup>551</sup> Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 615; Soergel-Zeuner § 823, Rn. 73; Staudinger-Hager § 823, Rn. C 17

Ob und wann die Rechtswidrigkeit des Eingriffs durch das Einverständnis des Empfängers ausgeschlossen ist, wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>553</sup>

### **N. § 823 II BGB**

Neben einem Verstoß gegen § 823 I BGB wird auch ein Verstoß gegen § 823 II BGB diskutiert. Auch hierzu besteht keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Auch herrscht in der übrigen Rechtsprechung und Literatur keine Einigkeit. Diskutiert wird im Zusammenhang mit § 823 II BGB vor allem, ob und welches Schutzgesetz verletzt wird.

Nicht näher eingegangen wird im folgenden auf die §§ 1, 3 UWG und §§ 1004, 858 BGB. Ob und inwieweit eine Verletzung dieser Vorschriften vorliegt, ist oben ausführlich diskutiert worden. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>554</sup>

#### **a. Art. 10 II FARL**

Vereinzelt wird auch diskutiert, ob sich aus § 823 II BGB i.V.m. Art. 10 II der sog. Fernabsatzrichtlinie (FARL)<sup>555</sup> ein Verbot von E-Mail-Werbung ergibt.

Art. 10 FARL beschäftigt sich mit der Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel im Bereich des Marketings. Gemäß Art. 10 I FARL bedarf der Einsatz von Voice-Mail-Systemen und Telefax der vorherigen Zustimmung des Empfängers. In Art. 10 II FARL wird den Mitgliedstaaten aufgegeben, dafür Sorge zu tragen, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur dann verwendet werden

---

<sup>552</sup> vgl. oben I.J.1.e

<sup>553</sup> vgl. oben I.J.1.f

<sup>554</sup> vgl. oben hinsichtlich §§ 1, 3 UWG I.K. und I.J.; hinsichtlich § 858 BGB vgl. oben die Ausführungen zur Störung des Besitzes I.M.2 und I.G.3

<sup>555</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 144/24

dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.<sup>556</sup>

Dem AG Kiel nach ergibt sich aus Art. 10 II FARL kein Verbot von E-Mail-Werbung. Ein Verbot von bestimmten Kommunikationstechniken finde sich lediglich in Art. 10 I FARL, welcher aber E-Mail nicht erfasse.<sup>557</sup> E-Mail-Werbung sei daher zunächst gestattet. Art. 10 II FARL fehle es außerdem an der Verbindlichkeit. Er sei umsetzungsbedürftig (i.S.v. nicht hinreichend konkret), was sich aus der Übertragung von Ausfüllungsbefugnissen auf die Mitgliedstaaten ergebe. Auch das Europäische Parlament sei in seinem Änderungsvorschlag zur E-Commerce-Richtlinie<sup>558</sup> in Erwägungsgrund 14 von der Umsetzungsbedürftigkeit ausgegangen. Es sei eine Umsetzung der Richtlinie bezüglich der Zulässigkeit erforderlich.<sup>559</sup> Das LG Kiel schließt sich dieser Ansicht an. Die FARL richte sich nur an die Mitgliedstaaten, wie sich eindeutig aus Art. 19 und Art. 10 II FARL ergebe. Die Richtlinie sei kein unmittelbar jeden EU-Bürger verpflichtendes Recht, da allein die Mitgliedstaaten in Bezug auf bestimmte Fernkommunikationstechniken gehalten seien, entsprechende Regelungen zu erlassen.<sup>560</sup>

Ob Art. 10 II FARL umsetzungsbedürftig ist oder nicht kann dahingestellt bleiben. Schon der Ansatz des AG Kiels ist grundlegend falsch. Das Gericht geht von einer horizontalen Wirkung von Richtlinien aus. Der einzelne Bürger soll aus einer Richtlinie direkt einen Anspruch ableiten können. Ein Richtlinie kann aber unmittelbare Wirkung nur in vertikaler Richtung entfalten. Unter bestimmten Umständen kann sich der Einzelne gegenüber dem

---

<sup>556</sup> vgl. zur FARL eingehend unten I.P.1.a

<sup>557</sup> ebenso LG Kiel DuD 2000, 737

<sup>558</sup> vgl. eingehend unten I.P.1.b

<sup>559</sup> Aus diesem Grund lässt das AG Kiel auch offen, ob eine strengere Regelung, also ein Verbot von E-Mail-Werbung, im Rahmen des FARL überhaupt möglich ist, oder ob dies von Art. 14 S. 2 FARL ausgeschlossen wird. Zu diesem Problemkreis vgl. unten I.P.1.a.

<sup>560</sup> LG Kiel DuD 2000, 737

Mitgliedstaat auf die Richtlinie berufen. Eine horizontale unmittelbare Richtlinienwirkung besteht nicht.<sup>561</sup>

*b.* StGB

Als mögliche Schutzgesetze kommen auch Straftatbestände des StGB in Betracht.<sup>562</sup> Im Zusammenhang mit E-Mail-Werbung kommen insbesondere in Betracht die § 265a StGB (Erschleichen von Leistungen), § 303a (Datenveränderung) und § 303 b (Computersabotage).

1) § 265a StGB

Vereinzelt wird ein Verstoß gegen § 265a StGB unter bestimmten Umständen angenommen. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 265a StGB in der Alternative des Erschleichens von Leistungen eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes läge unter bestimmten Voraussetzungen vor. Bei einem Mail-Server handele es sich grundsätzlich um einen Teil der Leistung eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang nicht die Zweckbestimmung der konkreten Anlage, d.h. des einzelnen Mail-Servers, sondern die des Telekommunikationsnetzes insgesamt. Ein Erschleichen i.S.d. § 265a StGB läge dann vor, wenn der Versender von Werbe-E-Mails Sicherungsmaßnahmen umgeht, die vom Betreiber des Mail-Servers gegen eine unbefugte Inanspruchnahme eingerichtet worden sind, z.B. indem er die Absenderadresse fälscht, um die Zustellung zu ermöglichen. Ferner müsse der Versender in der Absicht handeln, eine üblicherweise entgeltlich Leistung unentgeltlich zu erlangen. Dies sei z.B. der Fall, wenn die Inanspruchnahme der Ressourcen des Mail-Servers für externe Nutzer grundsätzlich entgeltspflichtig ist und der Spammer den Mail-Server nicht nur zur Verschleierung seiner Identität, sondern auch zur kostenlosen Inanspruchnahme von Rechen- und Übertragungskapazitäten missbraucht.<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> EuGH NJW 1994, 2473, 2474; Calliess/Ruffert-Ruffert Art. 249 EG-Vertrag, Rn. 69ff. m.w.N.

<sup>562</sup> Palandt-Thomas § 823, Rn. 149; Staudinger-Hager § 823, G 42.

<sup>563</sup> Hoeren, Internetrecht, § 6 II. 2. a) dd) (S. 218), <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript.pdf>

Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Bei dem Mail-Server handelt es sich um einen Teil des Internets, also um einen Teil einer Leistung eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes. Maßgeblich ist, dass das Telekommunikationsnetz, nicht die konkrete Anlage, dem öffentlichen Zweck dient. Dies ist der Fall, wenn es zur Benutzung für die Allgemeinheit eingerichtet worden ist. Ausreichend ist daher, dass die konkrete Anlage von jedermann erreicht werden kann.<sup>564</sup> Umgeht der Werbende Sicherungsvorkehrungen, welche der Administrator des Mail-Servers eingerichtet hat, so erschleicht er sich die Leistung.

Zu beachten ist aber, dass hier der Schwerpunkt des Vorwurfes nicht im dem Versenden der Werbe-E-Mail liegt, sondern in dem Umgehen der Sicherungsvorkehrung. Es handelt sich eigentlich nicht um ein spezifisches Problem von E-Mail-Werbung. Aufgrund dessen wird hier auf eine tiefer gehende Diskussion verzichtet.

## 2) § 303 StGB

Wie oben erläutert wird durch die Zusendung von Werbe-E-Mails zwar das Eigentum des Empfängers bzw. Providers an dem Datenträger beeinträchtigt. Die körperliche Substanz des Datenträgers wird aber durch die Löschung und Veränderung von Daten nicht beschädigt. Eine Eigentumsverletzung scheidet daher grundsätzlich aus. Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass durch die übermäßige Zusendung von Werbe-E-Mails der Server des Providers in seiner Funktion beeinträchtigt wird.<sup>565</sup> Hier liegt nicht nur eine Eigentumsbeeinträchtigung, sondern auch eine Eigentumsverletzung vor, da der Server des Providers in seiner Brauchbarkeit beeinträchtigt wird. Problematisch dürfte es aber sein, dem Versender Vorsatz nachzuweisen. Außer im Fall eines DoS<sup>566</sup>, mit dem der Server durch den Mail-Versand gezielt gestört werden soll, kann - auch dem Massenversender - kein Vorsatz, auch nicht bedingter, unterstellt werden. Der Werbende versendet die Werbung mit dem Ziel,

<sup>564</sup> RGSt 29, 244f.; Falkenbach, Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), S. 85; Schönke/Schröder-Lenckner/Peron § 265a, Rn. 5

<sup>565</sup> vgl. oben I.M.1

bende versendet die Werbung mit dem Ziel, dass diese beim Adressaten ankommt, was aber im Fall einer Beeinträchtigung des Servers des Providers gerade nicht der Fall ist. Es ist daher nicht von einer Strafbarkeit gemäß § 303 StGB auszugehen.

3) §§ 303a, 303b StGB<sup>567</sup>

Ein Verstoß gegen § 303a StGB wird zum Teil angenommen, wenn der Spammer vorsätzlich rechtswidrig Daten löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert. Dies sei der Fall, wenn der Werbende die Konfiguration des betroffenen Relay-Mail-Servers<sup>568</sup> verändert, damit dieser die Massen-Mails akzeptiert und weiterleitet. Kommt es durch die Modifikation des Mail-Servers zu einer Betriebsstörung bei der betroffenen Einrichtung, ist eine Strafbarkeit gemäß § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB unter Umständen gegeben, wenn der Mail-Server blockiert wird.<sup>569</sup>

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Auf eine eingehende Diskussion wird aber im Rahmen dieser Arbeit verzichtet. Es handelt sich hier nicht um ein Problem, welches sich speziell auf das Versenden von Werbe-E-Mails bezieht. Schwerpunkt ist hier die Veränderung der Konfiguration des Servers, um ihn zu eigenen Zwecken zu gebrauchen. Ob dieser Zweck die Versendung von Werbe-E-Mails oder z.B. die Weiterleitung von Dateien (z.B. MPEG-Dateien) ist, ist bei der Frage nach der strafrechtlichen Bewertung unerheblich.

Ein Problem, welches im unmittelbaren Zusammenhang mit E-Mail-Werbung steht, ist aber die Frage, ob die mit dem Empfang von Werbe-E-

---

<sup>566</sup> zum Begriff vgl. oben I.B.7

<sup>567</sup> zum Schutzgesetzcharakter der §§ 303a, 303b StGB vgl. Haß, Der strafrechtliche Schutz von Computerprogrammen, Rn. 78

<sup>568</sup> Unter einem Relay-Mail-Server versteht man einen Mail-Server, der E-Mails weiterleitet, ohne das der Absender oder Empfänger lokale Nutzer sind. Der Mail-Server ist also unbeteiligte dritte Partei im Rahmen der Mail-Transaktion. Damit diese Server nicht von Spammer durch (und zum) massenweisen Versand von Werbe-E-Mails missbraucht werden, werden diese meist entsprechend konfiguriert, um einen derartigen Versand zu unterbinden. (vgl. eingehend Rosenthal, What is Third-Party Mail Relay?, <http://www.mail-abuse.org/tsi/ar-what.html>)

<sup>569</sup> Hoeren, Internetrecht, § 6 II. 2. a) (S. 207), [http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript\\_Juli\\_2002.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript_Juli_2002.pdf)

Mails verbundene Datenveränderung der Null-Informationen<sup>570</sup> gemäß § 303a StGB strafbar ist.

Fraglich ist aber, ob es sich bei Null-Informationen um Daten i.S.d. § 303a StGB handelt. Daten sind entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch alle durch Zeichen oder kontinuierliche Funktionen dargestellte Informationen, die sich als Gegenstand oder Mittel der Datenverarbeitung für eine Datenverarbeitungsanlage codieren lassen oder die das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs sind.<sup>571</sup> Grundsätzlich könnte man wie im Rahmen des § 823 I BGB auch bei § 303a StGB die Null-Information als Information ansehen, da auch die Abwesenheit einer Information eine Information ist. Eine derart weite Auffassung ist aber im strafrechtlichen Kontext, anders als im zivilrechtlichen, nicht angezeigt. Hiergegen spricht vor Allem der Sinn und Zweck des § 303a StGB. § 303a StGB soll in Ergänzung zu § 303 StGB den strafrechtlichen Schutz auf nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeicherte personen- wie vermögensbezogene Daten erstrecken. Das Interesse des Verfügungsberechtigten an der unversehrten Verwendbarkeit der in den gespeicherten Daten enthaltenen Informationen soll umfassend geschützt werden.<sup>572</sup> Ein derartiges Interesse kann aber an einer Null-Information nicht bestehen. Aufgrund der Möglichkeit der Wiederherstellung der Null-Information durch Löschen, besteht ein Interesse an dem Erhalt der Null-Information nicht. Die Veränderung der Null-Informationen ist im Rahmen von § 303a StGB also nicht strafbar.

Neben den Null-Informationen werden aber u.U. durch den Umfang von Werbe-E-Mails die Daten z.B. im E-Mail-Client verändert. Bei diesen handelt es sich unstreitig um Informationen welche in ihrer digitalisierten Form Daten darstellen. Aber auch hier steht der Sinn und Zweck des § 303a StGB einer Strafbarkeit entgegen. Die Veränderungen, welche durch den Empfang entstehen, können ohne weiteres durch das Löschen wieder

---

<sup>570</sup> vgl. oben I.M.1

<sup>571</sup> Schönke/Schröder-Stree § 303a, Rn. 2 i.V.m. Schönke/Schröder-Lenckner § 202a, Rn. 3

<sup>572</sup> Dreher/Tröndle-Fischer § 303a, Rn. 2; Schönke/Schröder-Stree § 303a, Rn. 1

rückgängig gemacht werden. Die Information geht nicht verloren. Sie kann wiederhergestellt werden. Einen derartigen Fall strafrechtlich zu sanktionieren ginge zu weit. Es würde nicht mehr das Interesse des Empfängers an dem Erhalt seiner Informationen geschützt, sondern vielmehr das Interesse, nicht belästigt zu werden.

Eine Strafbarkeit gemäß § 303a StGB ist also abzulehnen.

c. Ergebnis

Durch E-Mail-Werbung werden verschiedene Schutzgesetze i.S.d. § 823 II BGB verletzt, so die §§ 1, 3 UWG und § 858 BGB.

**O. Exkurs: Ausnahme für Angebote**

Nach Ansicht des LG Kiel sind die für Werbung geltenden Überlegungen nicht auf Angebot zum Abschluss eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages anzuwenden. Werbung stelle grundsätzlich kein Angebot zum Abschluss eines Vertrages dar, sondern beinhalte in der Regel lediglich eine "invitatio ad offerendum". Diese Differenzierung führe auch nicht dazu, dass E-Mail-Werbung in Gestalt von Angeboten betrieben werde. Die rechtliche Bindung, welche ein Angebot erzeuge, stelle eine ausreichende Schranke dar, um dieser Gefahr zu begegnen.<sup>573</sup>

Grundsätzlich ist dieser Einordnung zuzustimmen. Zwischen Werbung und einem bindendem Angebot besteht ein Unterschied, welcher die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Es ist aber zumindest zweifelhaft, ob die vom LG Kiel schon in Betracht gezogene Umgehungsgefahr wirklich nicht besteht, ob der Gefahr, dass E-Mail-Werbung künftig in Gestalt von Angeboten betrieben wird, tatsächlich durch die rechtliche Bindung des Angebots eine ausreichende Schranke gesetzt wird.

Die rechtliche Bindung hat für den Werbenden nur dann eine negative Wirkung und somit eine einschränkende Kraft, wenn dieser dem Angebot

---

<sup>573</sup> LG Kiel DuD 2000, 737, 739

nicht nachkommen kann, sich also schadensersatzpflichtig macht. Solange er aber der rechtlichen Bindung nachkommen kann, also den Vertrag erfüllen kann, ist, außer im Falle der hier nicht zu beachtenden Misskalkulation, die Wirkung für den Werbenden nur positiv.

Offensichtlich existiert die Schranke nicht, wenn das Angebot (faktisch) unbegrenzt ist. Dieser Fall ist besonders im Internet denkbar, so z.B. wenn es sich bei der Ware um Software handelt, welche mit Hilfe des Internets heruntergeladen werden muss.

Aber auch im Normalfall, bei dem die angebotene Ware mengenmäßig begrenzt ist, ist die einschränkende Wirkung der rechtlichen Bindung des Angebots eher begrenzt. Selbst wenn aufgrund der Begrenztheit des Angebotes die Lieferung nicht möglich ist, ist es äußerst fragwürdig, dass der Kunde, welcher den schnellen, einfachen und billigen Weg des Internets zum Vertragsschluss gewählt hat, den Klageweg sucht, welcher insbesondere im internationalen Kontext mit erheblichen Kosten und geringen Erfolgchancen verbunden sein kann. Ferner ist zu beachten, dass der Werbende ohne weiteres sein Angebot derart formulieren kann, dass die Chancen auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden ausgeschlossen sind. So kann er sich lange Lieferfristen ausbedingen, sein Angebot zeitlich begrenzen oder sein Angebot mit einer Klausel wie "solange der Vorrat reicht" versehen.

Unabhängig davon läuft die Schranke aus Sicht des Empfängers und Verbrauchers ohnehin leer. Er kann sich nur gegen die "werbenden Angebote" wehren, indem er sie annimmt und so den Versender eventuell auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Dabei läuft er aber immer Gefahr, dass er die Ware erhält, obwohl der sich eigentlich nur gegen die Zusendung der Angebote, welche sich in ihren Auswirkungen von normaler E-Mail-Werbung nicht unterscheiden, wehren wollte.

Letztlich kann es aber dahingestellt bleiben, ob die einschränkende Wirkung wirklich besteht. Die Umgehungsgefahr ist ohnehin ausgeschlossen,

da bei der Beurteilung, ob ein Angebot vorliegt oder nur eine nicht bindende "invitatio ad offerendum", der Empfängerhorizont maßgeblich ist. Solange aber die Nachricht eines für den Empfänger Unbekannten nicht persönlich an ihn gerichtet ist, sondern nur einen allgemein gehaltenen Textkörper enthält, ist diese ebenso wie Auslagen in Schaufenstern oder Werbung in Zeitungen nicht als Angebot anzusehen. Ebenso wenig wie ein an "alle Haushalte" gerichteter Werbebrief ein Angebot darstellt, ist eine E-Mail, welche wie im Fall, der dem LG Kiel vorlag, sich an den "Internet-User" richtet, als Angebot zu qualifizieren.

## **P. Europarecht**

### **1. Sekundäres Gemeinschaftsrecht**

Der europäische Gesetzgeber hat verschiedene Richtlinien erlassen, welche sich mit dem Thema E-Mail-Werbung beschäftigen. Auch stehen im Moment mehrere Richtlinienvorschläge zur Debatte, welche dieses Thema behandeln.

Grundsätzlich richtet sich gemäß Art. 249 EGV (Art. 189 EGV a.F.) eine Richtlinie der EU an die Mitgliedsstaaten. Der Einzelne kann zumindest bis zum Ablauf der vorgesehenen Umsetzungsfrist keine Rechte aus ihr herleiten. Aber selbst wenn die Richtlinie unmittelbare Wirkung entfaltet, so kann sich der Einzelne nur gegenüber dem Mitgliedstaat auf die Richtlinie berufen, nicht aber gegenüber anderen Individuen. Eine horizontale unmittelbare Richtlinienwirkung besteht nicht.<sup>574</sup>

Eine Richtlinie hat aber auch Einfluss auf privatrechtliche Verhältnisse. Die nationalen Gerichte müssen das nationale Recht im Lichte des Wortlautes und des Zweckes der Richtlinie auslegen (sog. richtlinienkonforme Auslegung). Hierbei muss die Auslegung unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Überein-

stimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts vorgenommen werden. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung setzt aber grundsätzlich erst dann ein, wenn der Gesetzgeber bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist nicht tätig geworden ist und der Inhalt der Richtlinie insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig ist. Eine Grenze findet die richtlinienkonforme Auslegung in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere in den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Rückwirkungsverbotes. Der Grundsatz zur richtlinienkonformen Auslegung gilt aber insbesondere dann, wenn das Gericht von der Übereinstimmung des nationalen Rechts mit den Vorgaben der Richtlinie ausgeht.<sup>575</sup> Insbesondere ist im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG ein richtlinienkonforme Auslegung möglich.<sup>576</sup>

Unter Berücksichtigung des oben gewonnenen Ergebnisses stellt sich also die Frage, ob ein Verbot von E-Mail-Werbung sich als richtlinienkonform erweist.

a. FARL

Am 20. Mai 1997 hat das europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Fernabsatzrichtlinie (FARL)<sup>577</sup> erlassen. Diese wurde am 27. Juni 2000 mit dem sogenannten Fernabsatzgesetz (FernAbsG)<sup>578</sup> umgesetzt, welches jetzt im BGB aufgegangen ist<sup>579</sup>.

---

<sup>574</sup> EuGH NJW 1994, 2473, 2474; Calliess/Ruffert-Ruffert Art. 249 EG-Vertrag, Rn. 69ff. m.w.N.; Schrick MMR 2000, 399, 402

<sup>575</sup> EuGH NJW 1997, 3365, 3367; ders. NJW 1994, 2473, 2474; ders. NJW 1994, 921, 922; ders. NJW 1984, 2021, 2022; BGH NJW 1998, 2208, 2210f.; ders. NJW 1993, 3139; Calliess/Ruffert Art. 249 EG-Vertrag, Rn. 106ff. m.w.N.; Schrick MMR 2000, 399, 402; Die richtlinienkonforme Auslegung findet allgemeine Anerkennung sowohl von der Rechtsprechung als auch von Seiten der Literatur. Uneinigkeit herrscht nur über die dogmatische Begründung. Vgl. hierzu umfassend Brechmann S. 31ff. und Calliess/Ruffert-Ruffert Art. 249 EG-Vertrag, Rn. 108f. mit Nachweisen zur neueren Literatur.

<sup>576</sup> BGH NJW 1998, 2208, 2211

<sup>577</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 144/24, geändert durch die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und Rates vom 23.9.2002 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. L 271/16.

<sup>578</sup> vgl. oben I.I.1

Gegenstand dieser Richtlinie sind gemäß Art. 1 FARL Vertragsschlüsse im Fernabsatz. Hierunter fallen gemäß Art. 2 Nr. 1 FARL Verträge über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Verbrauchern und Lieferanten, die im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen werden, wobei der Lieferer für den Vertrag bis zum Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken benutzt. Gemäß Art. 2 Nr. 4 i.V.m. Anhang I FARL ist E-Mail eine Fernkommunikationstechnik im Sinne dieser Richtlinie. Unter den Begriff Verbraucher fällt gemäß Art. 2 Nr. 2 FARL jede natürliche Person, welche beim Abschluss von Verträgen im Sinne der Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Lieferanten sind gemäß Art. 2 Nr. 3 FARL hingegen Personen, welche im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handeln.

Die FARL enthält mit Art. 10 eine Regelung, welche die Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des Art. 2 Nr. 4 FARL auf Marketing und Vertragsschluss beschränkt. So bedarf gemäß Art. 10 I FARL der Einsatz von Voice-Mail-Systemen und Telefax der vorherigen Zustimmung des Empfängers. Im übrigen müssen gemäß Art. 10 II FARL die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat. Die FARL sieht also für Voice-Mail-Systeme und Telefax ein opt-in-Lösung vor, für die übrigen Formen der Telekommunikation inklusive E-Mail<sup>580</sup> (vgl. Art. 2 Nr. 4 i.V.m. Anhang I FARL) hingegen eine opt-out-Lösung. Weiterhin sieht Art. 14 S. 1 FARL vor, dass die Mitgliedstaaten in dem Anwendungsbereich der Richtlinie strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für den Verbrau-

---

<sup>579</sup> vgl. oben I.L

<sup>580</sup> Die Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der

cher sicherzustellen. Nach Art. 14 S. 2 FARL können durch solche Bestimmungen im Interesse der Allgemeinheit der Vertrieb für bestimmte Waren und Dienstleistungen verboten werden.

Das FernAbsG hingegen enthielt keine dem Art. 10 FARL entsprechende Regelung. Gemäß § 2 I S. 1 FernAbsG muss nur beim Einsatz von Fernkommunikationsmitteln zur Anbahnung oder zum Abschluss von Fernabsatzverträgen der geschäftliche Zweck und die Identität des Unternehmers für den Verbraucher eindeutig erkennbar sein. Der Gesetzgeber sah keine Notwendigkeit der Umsetzung, da nach seiner Überzeugung die Rechtslage in Deutschland den Anforderungen der FARL entspricht und teilweise sogar über diese hinausgeht. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung zum Direktmarketing käme einer Regelung nur klarstellende Wirkung zu.<sup>581</sup> Dieser Ansatz setzt sich in den §§ 312b ff. BGB fort, in welchen das FernAbsG aufgegangen ist. Auch hier ist von einer speziellen Regelung für E-Mail-Werbung abgesehen worden.

Auch Rechtsprechung und Literatur sahen sich zumindest teilweise durch die FARL nicht veranlasst, ihre Beurteilung von Direktmarketing zu ändern. Sie haben vielmehr an ihrem hohen Schutzniveau im Bezug auf unerbetene Telefonanrufe, E-Mail-Werbung und Ähnlichem festgehalten und keine Veranlassung gesehen, das Schutzniveau auf eine Widerspruchslösung zu reduzieren.<sup>582</sup>

Nach Ansicht des LG Traunstein und verschiedener Stimmen der Literatur ist gemäß Art. 10 II FARL zwar die Nutzung von E-Mail zu kommerziellen Zwecken erlaubt, es sei denn der Verbraucher lehnt dies offenkundig ab.

---

Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Abl. Nr. L 271/16 enthält in Art. 10 eine entsprechende Vorschrift.

<sup>581</sup> BGBl. DS 14/2658, S. 16f., 24ff., 37f.

<sup>582</sup> KG MMR 2002, 685f.; LG Berlin MMR 1999, 43, 44; AG Dachau MMR 2002, 179; Dethloff NJW 1998, 1596, 1598; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343; Gößmann MMR 1998, 88, 91f.; Günther CR 1999, 172, 173ff.; Hoeren MMR 1999, 192, 197; ders. WRP 1997, 993, 997; Lettl GRUR 2000, 977, 982; Maennel MMR 1999, 187, 190; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1001; Rein NJW-CoR 2000, 235, 236; Schmittmann MMR 1999, 677, 678; Schrey K&R 1998, 222, 224; Schrick MMR 2000, 399, 402; Westerwelle MMR 1999, 45, 46

Art. 14 FARL lasse aber strengere Bestimmungen zu, und zwar auch die – durch die Rechtsprechung ausgestattete – Regelung des § 1 UWG. Soweit die deutsche Rechtslage über Art. 10 II FARL hinausgehe, sei sie von Art. 14 FARL gedeckt.<sup>583</sup>

Grund hierfür sei, dass Art. 10 FARL keine vollständige Harmonisierung enthalte, sondern nach dem ausdrücklichen Willen des Richtliniengebers nur einen Mindeststandard an Verbraucherschutz. Das Allgemeininteresse sei nicht spezifisch abschließend definiert und nicht teilweise auf die opt-out-Lösung reduziert worden. Vielmehr enthalte Art. 14 1 FARL eine für Verbraucherschutzrichtlinien typische Mindestschutzklausel, welche den Mitgliedstaaten den Erlass von strengeren Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers erlaube.<sup>584</sup>

Der Wortlaut der Richtlinie sei insoweit eindeutig. Auch ergäbe sich aus Art. 14 S. 2 FARL keine andere Deutung. Art. 14 S. 2 FARL sei keine abschließende Beschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 14 FARL, sondern enthalte im Hinblick auf die Grundfreiheiten des EGV und zu rechtfertigenden Ausnahmen lediglich eine Klarstellung und beispielhafte Aufzählung. Es gäbe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber das Allgemeininteresse in Art. 10 II und Art. 14 S. 2 FARL abschließend definiert habe.<sup>585</sup>

Auch aus dem primären Gemeinschaftsrecht ergäbe sich, dass strengere Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers möglich seien, sofern diese mit dem EGV vereinbar seien und die Regelung der Gemeinschaft nicht abschließend sei. Bei auf Art. 153 IV EGV (Art. 129a II EGV a.F.) gestütz-

---

<sup>583</sup> LG Traunstein MMR 1998, 109, 110; Dethloff NJW 1998, 1596, 1598; Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1343f.; Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 478; Günther CR 1999, 172, 174; Hoeren MMR 1999, 192, 197; ders. WRP 1997, 993, 997; Kilian/Heussen-Hoeren 142, Rn. 3; Leible/Sosnitzka K&R 1998, 283, 286; Maennel MMR 1999, 187, 190; Schrey K&R 1998, 222, 224; Schmittmann MMR 1999, 677, 678; ders. MMR 1999, 478, 479; ders. MMR 1998, 346, 349; Schrick MMR 2000, 399, 402

<sup>584</sup> Gößmann MMR 1998, 88, 91; Günther CR 1999, 172, 174; Heermann K&R 1999, 6, 12f.; Martinek NJW 1998, 207, 208; Schrick MMR 2000, 399, 403; Westerwelle MMR 1999, 45, 46

<sup>585</sup> Leible/Sosnitzka K&R 1998, 283, 286 (Fn. 20); Schrick MMR 2000, 399, 403

ten Maßnahmen ergebe sich dies aus Art. 159 V EGV (Art. 129a III EGV a.F.). Dies müsse auch für die auf Art. 95 EGV (Art. 100a EGV a.F.) gestützte FARL gelten, wenn diese ausdrücklich eine Mindestklausel enthalte. Eine ausdrückliche Mindestharmonisierung führe auch nicht zu einer Reduzierung des Allgemeininteresses i.S.d. Art. 14 S. 2 FARL auf das in der Richtlinie vorgesehene Mindestniveau.<sup>586</sup>

Auch die Entstehungsgeschichte der FARL zeige, dass über Art. 10 FARL hinausgehende Schutzregelungen möglich seien. Art. 10 FARL sei ein mühsamer Kompromiss über das Mindestniveau, nachdem man sich nicht über eine volle Harmonisierung einigen konnte. Dieser sollte nach Ansicht des Gesetzgebers die Mitgliedstaaten nicht an strengeren Regelungen zugunsten des Verbraucherschutzes hindern.<sup>587</sup>

Ebenfalls spräche Erwägungsgrund 17 hierfür.<sup>588</sup> Hiernach sollten Mitgliedstaaten "die geeigneten Maßnahmen ergreifen, um Verbraucher, die keine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel wünschen, auf wirksame Weise vor derartigen Kontakten zu schützen". Auch sind gemäß Erwägungsgrund 17 Art. 8 und 10 EMRK zu berücksichtigen. Diese schützten die Privatsphäre vor Belästigung durch aufdringliche Kommunikationstechniken und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen.<sup>589</sup> Gleichmaßen spreche Erwägungsgrund 24 der FARL für diese Auslegung. Ferner könne Erwägungsgrund 10 der FARL, wonach die Bestimmungen der FARL - vorbehaltlich einer Inanspruchnahme von Art. 14 FARL - nicht unterschiedlich angewandt werden sollen, gegen die Restriktion in der Verwendung bestimmter Kommunikationstechniken.<sup>590</sup>

---

<sup>586</sup> Günther CR 1999, 172, 174f.

<sup>587</sup> Günther CR 1999, 172, 175; Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 286 (Fn. 20); Schrick MMR 2000, 399, 403; vgl. zur Entstehungsgeschichte auch Schulte-Nölke NJW 1998, 210

<sup>588</sup> Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1344; Günther CR 1999, 172, 175; Schrick MMR 2000, 399, 403

<sup>589</sup> Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1344

<sup>590</sup> Schrick MMR 2000, 399, 403

Art. 14 FARL sollte einen Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leisten und nicht die Mitgliedstaaten an über die Richtlinie hinausgehenden Schutzregelung hindern.<sup>591</sup>

Die Tatsache, dass die FARL auch strengere Vorschriften zulasse, werde auch durch die Parallelregelung in Art. 12 der 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>592</sup> (sog. ISDNRL) bestätigt. Zwar sei in Art. 12 II ISDNRL abweichend zu Art. 10 II FARL eine opt-in-Lösung ausdrücklich normiert. Hieraus folge aber nicht, dass diese Wahlmöglichkeit bei Art. 10 II FARL ausgeschlossen sei. Eine ausdrückliche Wahlmöglichkeit sei bei Art. 10 II FARL nicht notwendig aufgrund der Mindestklausel des Art. 14 FARL. Anders als die ISDNRL habe die FARL nur eine Mindestharmonisierung zum Ziel, die ISDNRL aber eine Vollharmonisierung, so dass die opt-in-Möglichkeit ausdrücklich vorhergesehen werden müsse. Dies treffe auch auf den Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen zu.<sup>593</sup>

Aus diesen Gründen seien strengere Regelungen auch mit der FARL vereinbar. Eine volle Harmonisierung sei aufgrund des eindeutigen Wortlaufes der FARL nicht entnehmbar und lasse sich auch nicht durch eine teleologische Reduktion des Art. 14 FARL erreichen. Eine Mindestharmonisierung wie hier lasse vielmehr Regelungen zu, welche über dem Schutzniveau der Richtlinie liegen.<sup>594</sup>

Dagegen könne, dem LG Berlin folgend, auch nicht das Argument der Rechtsklarheit angeführt werden, da § 1 UWG und § 823 BGB durch die Rechtsprechung eine konkrete und klare Ausformung erhalten hätten. Ei-

---

<sup>591</sup> Martinek NJW 1998, 207f.; Schrick MMR 2000, 399, 403

<sup>592</sup> Amtsblatt Nr. L 024 vom 30/01/1998 S. 0001 - 0008. Die ISDNRL ist inzwischen durch die sog. Datenschutzrichtlinie aufgehoben worden.

<sup>593</sup> Günther CR 1999, 172, 175f.

<sup>594</sup> Günther CR 1999, 172, 175, 182; Kilian/Heussen-Hoeren 142, Rn. 3;

ne ausdrückliche Regelung sei nicht nur nicht notwendig, sondern auch unflexibel.<sup>595</sup>

Auch hält das LG Berlin an der grundsätzlichen Unzulässigkeit von E-Mail-Werbung fest. Zwar äußerte das Gericht bedenken, dass Art. 14 FARL auch das Verbot von E-Mail-Werbung als strengere Regelung durch die Mitgliedsstaaten zulasse. Es sieht vielmehr die Möglichkeit, dass Art. 14 S. 1 FARL durch Art. 14 S. 2 FARL abschließend konkretisiert werde, so dass nur der Vertrieb bestimmter Waren und Dienstleistungen nicht aber bestimmte Kommunikationsformen verboten werden dürfte. Letztlich überlässt es die Klärung dieser Frage dem EUGH. Solange aber der nach der Richtlinie vorgesehene Individualschutz nicht durch entsprechende gesetzliche Regelungen gewährleistet sei, bestehe nach der Auffassung des LG Berlin (zumindest bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist) keine Veranlassung, die Versendung von Werbe-E-Mails zuzulassen.<sup>596</sup>

Gemäß Art. 10 II FARL sei die Verwendung von Kommunikationstechniken solange zulässig, bis der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt habe. Solange der Verbraucher aber die Blockade seiner Mailbox fürchten müsse und mit Kosten für die E-Mail-Werbung belastet werde, sei davon auszugehen, dass er die Verwendung der E-Mail offenkundig ablehne. Grundsätzlich solle Art. 10 II FARL nämlich ermöglichen, sich gegen den Erhalt von E-Mails auszusprechen und diese auch nicht zu erhalten. Zwar setze Art. 10 II FARL nicht die vorherige Genehmigung voraus. Art. 10 II FARL kann aber auch nicht so verstanden werden, dass der Empfänger sein Ablehnungsrecht jedem Werbenden individuell zum Ausdruck bringen muss. Dies würde dazu führen, dass er zuerst die Werbung dulden muss, um sich anschließend gegen ihre Fortsetzung zu wehren. Die Möglichkeit aus Art. 10 II FARL keine Werbung zu erhalten, wäre ihm verschlossen. Bisher bestünden keine technischen Möglichkeiten, E-Mail-Werbung effektiv zu verhindern. Filterprogramme funktionieren

---

<sup>595</sup> Schrick MMR 2000, 399, 403

<sup>596</sup> LG Berlin MMR 1999, 43, 44

nicht zuverlässig. Es bestehe die Gefahr, dass erwünschte Post herausgefiltert wird, unerwünschte Werbung aber nicht. Insbesondere bestehe die Möglichkeit, dass Werbende die Filterfunktion dieser Programme umgingen. Auch die freiwillige Kontrolle der Werbetreibenden und Provider sei nicht ausreichend. Der Schutz des Verbrauchers könne nur durch eine gesetzliche Kennzeichnungspflicht, verbunden mit Sanktionen im Falle der Zuwiderhandlung, gewährleistet werden. Auch die Möglichkeit einer Identifikationsverpflichtung des Werbetreibenden sei zu erwägen, um dem Empfänger die Rechtsverfolgung zu ermöglichen.<sup>597</sup>

In der Literatur und Rechtsprechung wird teilweise ein Verbot von E-Mail-Werbung sowohl gegenüber Privaten als auch gegenüber Gewerbetreibenden als nicht vereinbar mit der FARL angesehen. Art. 10 I FARL treffe eine abschließende Regelung hinsichtlich derjenigen Techniken, für die eine opt-in-Regelung getroffen werden dürfe. Außerhalb des von Art. 10 I FARL gesteckten Rahmens sei ein Verbot von Direktmarketingformen nicht möglich.<sup>598</sup>

Aus dem Wortlaut des Art. 10 II FARL ergebe sich, dass der europäische Gesetzgeber eine opt-out-Lösung anstrebe, also dass E-Mail-Werbung, außer im Falle des ausdrücklichen Widerspruches des einzelnen Empfängers, zulässig sei. In Art. 10 II FARL sei der Verbraucher anders als in anderen Vorschriften nur in der Einzahl genannt. Auch die Zeitform, der Perfekt, zeige, dass es sich hier um ein abgeschlossenes Geschehen handle. Ein solcher Akt, der die offenkundige Ablehnung durch die Masse der Verbraucher verdeutliche, sei nicht ersichtlich und auch nicht möglich. Der einzelne Verbraucher könne aber seine Ablehnung ohne weiteres kundtun.<sup>599</sup>

---

<sup>597</sup> LG Berlin a.a.O.

<sup>598</sup> LG Braunschweig MMR 2000, 50, 51; Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1149f.; Funk CR 1998, 411, 415f.; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173; Schulte-Nölke NJW 1998, 210, 211; Vehslage GRUR 1999, 656, 657; Ziem MMR 2000, 129, 130; wohl auch LG Berlin MMR 1999, 43, 44, welches aber nur Bedenken äußert und sich einer Entscheidung in dieser Frage enthält.

Der systematische Zusammenhang der Norm zeige, dass die zustimmungsbedürftigen Kommunikationsformen in Absatz 1 abschließend aufgezählt würden. Dies gebiete auch die Rechtssicherheit. Wäre die Aufzählung in Absatz 1 nicht abschließend, könnte der Werbende sein Verhalten nicht kontrollieren. Ferner sei eine abschließende Aufzählung bei den Marketingformen, die - außer im Falle der offenkundigen Ablehnung durch den Verbraucher - angewandt werden dürften, nicht notwendig. Der Verbraucher könne individuell bestimmen, inwieweit er erreichbar sein will. Bei Kommunikationsformen hingegen, welche unter die opt-in-Regelung des Absatz 1 fallen sollten, sei ein Änderungsvorschlag i.S.d. Art. 15 IV FARL erforderlich. Art. 10 II FRAL sei in ergänzender Leseart dahingehend zu verstehen, dass E-Mail verwendet werden darf, wenn der Verbraucher die Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hatte.<sup>600</sup>

Ein Verbot von E-Mail-Werbung könne auch nicht auf der Grundlage des Art. 10 II FARL basiert werden, indem eine offenkundige Ablehnung grundsätzlich vermutet werde, da hierdurch das vom Gesetzgeber angestrebte opt-out-Prinzip in ein opt-in-Prinzip gewandelt werden würde.<sup>601</sup>

Auch aus Art. 14 FARL ergebe sich keine andere Deutungsmöglichkeit. Einer Ansicht nach ergebe sich schon aus dem Wortlaut von Art. 14 S. 1 FARL, dass ein auf § 1 UWG (bzw. § 823 BGB) gestütztes Verbot von E-Mail-Werbung unzulässig sei. Diese Normen stellten keine "strengeren Bestimmungen" im Sinne von Art. 14 S. 1 FARL dar. Die gesetzlichen Regelungen seien nicht strenger, sondern die durch die Rechtsprechung erfasste Auslegung. Da Art. 14 FARL eine Ausnahmeregelung sei, unterliege sie dem Gebot der Rechtsklarheit. Eine strengere Handhabung auslegungsbedürftiger Bestimmungen sei indessen nicht vorgesehen.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> Vehslage GRUR 1999, 656, 657

<sup>600</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1149

<sup>601</sup> Ziem MMR 2000, 129, 132, welcher dies auch für E-Mails mit großen Umfang annimmt. Das Ziel der Richtlinie, die Harmonisierung der Rechtslage, erlaube keine Aufspaltung in erlaubte und unerlaubte E-Mails.

<sup>602</sup> Vehslage GRUR 1999, 656, 658

Andere hingegen sind der Meinung, dass Art. 14 Satz 1 FARL bei isolierter Betrachtung zwar erlaube, dass der nationale Gesetzgeber über den Schutz des Art. 10 FARL hinausgehen könne; ein strengeres Judiz zu § 1 UWG könnte also aufrecht erhalten werden. Art. 14 Satz 2 FARL lege aber fest, dass strengere Regelungen in den Mitgliedsstaaten nur dann zulässig seien, sofern sie im Interesse der Allgemeinheit den Vertrieb im Fernabsatz für bestimmte Waren oder Dienstleistungen verbieten würde. Satz 1 wird durch Satz 2 abschließend konkretisiert. Restriktionen in der Verwendung bestimmter Kommunikationstechniken seien daher nicht zulässig.<sup>603</sup>

Der Wortlaut des Art. 14 Satz 2 FARL lasse keinen Spielraum für andere Interpretationen. Die Termini "bestimmte" und "insbesondere", welche einen nicht abschließenden Katalog vermuten ließen, seien unzweideutig dem Ausnahmebereich der "Waren- und Dienstleistungen" zugeordnet. Die Erwähnung der Warengruppe "Arzneimittel" sei beispielhaft und eröffne den Spielraum für nationale Vorschriften. Zugleich zeige dies jedoch, dass sich diese strengeren Regelungen nicht auf die Art des Vertriebes beziehen dürften. Um diese Aussage zu verdeutlichen, sei Art. 14 FARL auch bewusst in der Form eines Absatzes gehalten worden. Die gegenseitige Abhängigkeit von Satz 1 und Satz 2 werde ferner durch die Formulierung "solche Bestimmungen" verdeutlicht.<sup>604</sup>

Ferner zeige die systematische Trennung von Art. 10 und Art. 14 FARL, dass die nationalen Vorschriften nicht bestimmte Fernkommunikationstechniken tangieren dürften. Ebenfalls sprächen die Erwägungsgründe 10 und 24 hierfür.<sup>605</sup> Ebenso spräche Erwägungsgrund 4 gegen ein Verbot von E-Mail-Werbung. Hiernach sei es geboten, zur Vermeidung von negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen im Binnenmarkt durch unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen eine

---

<sup>603</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1149; Funk CR 1998, 411, 415f.; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173; Vehslage GRUR 1999, 656, 658; Ziem MMR 2000, 129, 133

<sup>604</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1149; Vehslage GRUR 1999, 656, 658

Mindestzahl gemeinsamer Regelungen einzuführen. Ein Verbot von E-Mail-Werbung würde daher dem Sinn und Zweck der Richtlinie, der Harmonisierung der Rechtslage, widersprechen.<sup>606</sup> Eine Vereinheitlichung der Rechtslage sei auch zweckmäßig. Aufgrund der grenzüberschreitenden Wirkungsweise des Internet ließen sich die E-Mail-Adressen nicht einem bestimmten Mitgliedstaaten zuordnen. Wegen der daraus folgenden tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheit sei eine europaweite einheitliche Behandlung der Werbung im Fernabsatz zweckmäßig.<sup>607</sup>

Gegen diese Auslegung könne auch nicht Erwägungsgrund 17 angeführt werden. Aus der Tatsache, dass hiernach die in Art. 8 und 10 EMRK festgelegten Kriterien beachten werden müssten, könne nicht geschlossen werden, dass die zur Rede stehenden Kommunikationstechniken unter einem Zustimmungsvorbehalt ständen, also grundsätzlich verboten seien. Es würde zu weit führen, anderen Mitgliedstaaten, die von vornherein einen liberaleren Zugang zu Werbepraktiken hätten, einen Verstoß gegen die EMRK vorzuwerfen. Hinsichtlich E-Mail-Werbung sei ohnehin die Privatsphäre und somit Art. 8 EMRK nicht tangiert. Auch vermöge der Hinweis auf die Freiheit zum Empfang von Nachrichten nicht zu erklären, warum E-Mail-Werbung anders als z.B. Briefkastenwerbung, bei der keine Zustimmung notwendig ist, behandelt werden sollte.<sup>608</sup>

Als weiteres Argument für die These, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung nicht mit der FARL vereinbar sei, wird die Entstehungsgeschichte der FARL herangezogen. In dem Richtlinienvorschlag der Kommission habe noch die Einschränkung, welche in der endgültigen Fassung in Art. 14 Satz 2 FARL getroffen würde, gefehlt. Allein in Erwägungsgrund 11 (jetzt 24) würde diese Einschränkung erwähnt. Indem der Gesetzgeber die Einschränkung aus den Erwägungsgründen in die Bestimmung um den Min-

---

<sup>605</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1149; Funk CR 1998, 411, 415; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173; Ziem MMR 2000, 129, 133

<sup>606</sup> Leible/Sosnitzer K&R 1998, 283, 289; Reichelsdorfer CR 1998, 172, 173; Vehslage GRUR 1999, 656, 658; Ziem MMR 2000, 129, 132

<sup>607</sup> Vehslage GRUR 1999, 656, 658

<sup>608</sup> Vehslage a.a.O.

destschutz integrierte, habe er die Bestrebung verdeutlicht, einer fehlerhaften Exegese entgegenzuwirken. Auch habe der Gesetzgeber in der endgültigen Fassung abweichend vom Vorschlag der Kommission Telefon und E-Mail nicht mehr der Gruppe der zustimmungsbedürftigen Kommunikationsmittel zugeordnet, was zeige, dass Parlament und Rat sich diesem Problem gewidmet hätten. Der Gesetzgeber habe ganz bewusst diese Kommunikationsformen aus der opt-in-Regelung ausgeklammert. Ein nationales Verbot der unaufgeforderten Werbung mittels dieser Techniken würde daher die europäischen Vorschriften ad absurdum führen.<sup>609</sup>

Unabhängig davon würde ein Verbot der E-Mail-Werbung nicht dem in der FARL aufscheinenden Leitbild des verständigen Verbrauchers entsprechen, welches mittlerweile das gesamte europäische Verbraucher- und Lauterkeitsrecht präge. Dieses Leitbild werde insbesondere in der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung in der Form der Änderungsrichtlinie 97/55/EG deutlich, wonach vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig sei.<sup>610</sup>

Weiterhin wird angeführt, dass eine Erlaubnis von E-Mail-Werbung auch den umweltpolitischen Zielen der Europäischen Gemeinschaft (Art. 174 EGV) entspreche, da es sich um eine Ressourcenschonende Kommunikationstechnik handle, welche aus diesem Grund gegenüber anderen Werbemitteln zu privilegieren sei.<sup>611</sup>

Aus diesen Überlegungen ergebe sich, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung gegenüber Privaten nicht mehr haltbar sei. Hieraus ergebe sich ferner, dass diese Form der Werbung auch gegenüber Gewerbetreibenden zulässig sein müsse. Der BGH müsse seine bisherige Rechtsprechung revidieren.<sup>612</sup> Es müssten aber Regelungen getroffen werden, um den Anforderungen des Art. 10 II FARL gerecht zu werden. Damit der

---

<sup>609</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1150; Funk CR 1998, 411, 415; Vehslage GRUR 1999, 656, 658

<sup>610</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1150

<sup>611</sup> Vehslage GRUR 1999, 656, 658

Verbraucher die Ablehnung kundtun könne, müssten opt-out-Register eingerichtet werden.<sup>613</sup>

Abweichend von den bisher dargestellten Ansichten ist das AG Dachau der Meinung, dass die FARL keine eindeutige Regelung die Werbung via E-Mail betreffend enthalte.<sup>614</sup> Wie oben aber dargelegt, betrifft die FARL, insbesondere Art. 10 FARL, eindeutig auch E-Mail-Werbung. Offen ist lediglich, wie die Diskussion zeigt, ob eine strengere Regelung auch mit der FARL vereinbar ist.

Hinsichtlich der Beantwortung dieser Fragen, kann der oben erläuterten Ansicht, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung mit der FARL nicht vereinbar sei, nicht gefolgt werden. Die Einwände, welche gegen die Vereinbarkeit eines Verbotes von E-Mail-Werbung mit der FARL vorgebracht wurden, treffen nicht zu.

Ob nach dem Wortlaut die in Art. 10 II FARL beschriebene Lösung tatsächlich eine opt-out-Lösung ist, welche E-Mail-Werbung außer bei offenkundigen Widerspruch des Empfängers verbiete, kann dahingestellt bleiben. Die Frage ist, ob nach der FARL ein Verbot von E-Mail-Werbung weiterhin zulässig ist. Unabhängig davon, erscheint aber die gewählte Auslegung zweifelhaft. Das Berufen auf die Zeitform ist ausgeschlossen. In der englischen Version der Richtlinie findet sich keine Form von Vorzeitigkeit ("...there *is* no clear objection from the consumer."). Auch ist zweifelhaft, aus der Verwendung des Singulars beim Begriff Verbraucher zu schließen, dass allein eine individuell vom jeweiligen Verbraucher geäußerte Ablehnung von Nöten ist. Vielmehr ist auch eine Deutung dahingehend möglich, dass eine Ablehnung des Verbrauchers grundsätzlich anzunehmen ist, wobei als Begründung auf den (mutmaßlichen) Willen des

---

<sup>612</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1150f.; Ziem MMR 2000, 129, 134

<sup>613</sup> Ziem MMR 2000, 129, 132, 134, wobei juristische Personen sich nicht in solche Register eintragen lassen könnten, da sie nicht Verbraucher i.S.d. Art. 2 Nr. 1 FARL sind.

Verbrauchers abgestellt wird. Unabhängig davon ist, wie oben bereits dargelegt, die Kundgabe einer grundlegenden Ablehnung nicht möglich, so dass der Verweiß hierauf fehlgeht.<sup>615</sup>

Weiterhin ist fraglich, aus welchem systematischen Zusammenhang gefolgert werden kann, dass die Aufzählung in Art. 10 I FARL abschließend ist. Ferner steht die Schlussfolgerung, dass nur die in Art. 10 I FARL erwähnten Direktmarketingformen unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt werden dürften, im Widerspruch zum Regelungsziel der FARL. Diese soll, auch nach Ansicht derjenigen, welche ein Verbot von E-Mail-Werbung für nicht vereinbar mit der FARL halten, eine Mindestharmonisierung des Verbraucherschutzes herbeiführen. Art. 10 FARL ist demnach als Vorschrift zu verstehen, welche das Mindestmaß an Verbraucherschutz festlegt. Geht man aber davon aus, dass eine opt-in-Regelung nur für die in Art. 10 I FARL genannten Fälle möglich sei, sieht man Art. 10 FARL als Regelung an, welche die Höchstgrenze des Verbraucherschutzes festlegt. Die FARL würde dann eine Vollharmonisierung herbeiführen.

Auch die Rechtssicherheit gebietet keine andere Sichtweise des Art. 10 FARL. Der Vortrag, dass der Werbende sein Verhalten nicht kontrollieren könne, wenn die Aufzählung in Art. 10 I FARL nicht abschließend sei, trifft nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, warum die gefestigte Rechtsprechung hinsichtlich des Direktmarketings, welche bisher dem Werbenden ausreichend Rechtssicherheit gewährt hat, dies nun nicht mehr gewährleisten sollte. Wenn es bisher dem Werbenden möglich war, sein Verhalten zu kontrollieren, ist dies auch nach Erlass der FARL möglich, insbesondere wenn diesbezüglich keine Änderungen vom Gesetzgeber an der bisherigen Rechtslage vorgenommen wurden.

Des weiteren trifft es nicht zu, dass bei Kommunikationsformen, welche unter die opt-in-Regelung des Art. 10 I FARL fallen sollen, ein Änderungs-

---

<sup>614</sup> AG Dachau, Urt. V. 10.7.2001, 3 C 167/01, JurPC Web-Dok. 190/201, Abs. 11 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010190.htm>)

<sup>615</sup> vgl. oben I.J.1.f

vorschlag i.S.d. Art. 15 IV FARL erforderlich sein sollte, sofern sie nicht in Art. 10 I FARL erwähnt sind. Dies ist kein Argument für die These, dass die Aufzählung in Art. 10 I FARL abschließend sei. Es handelt sich vielmehr um eine Konsequenz, welche daraus folgt, dass Art. 10 I FARL abschließend ist. Ob letzteres aber wirklich der Fall ist, wird hierdurch weder belegt noch widerlegt.

Ferner trifft das Argument, Art. 14 FARL untersage ein Verbot von bestimmten Kommunikationsformen, nicht zu.

Insbesondere trifft nicht zu, dass der Wortlaut des Art. 14 S. 1 FARL ein Verbot, welches auf § 1 UWG (bzw. § 823 BGB) gestützt werde, nicht zulasse. Das Argument, dass eine "strengere Bestimmung" keine auslegungsbedürftige Norm sein könne, geht fehl. Jede Norm ist auszulegen, und nicht nur Generalklauseln. Würde man der Ansicht folgen, würde keine Norm unter Art. 14 S. 1 FARL fallen.

Auch schließt der Wortlaut des Art. 14 S. 2 FARL ein Verbot von bestimmten Kommunikationsformen nicht aus. Der Wortlaut des Art. 14 S. 2 FARL lässt vielmehr Spielraum für eine derartige Auslegung. Wie der Begriff "solche Bestimmungen" zeigt, ist Art. 14 S. 2 FARL keine abschließende Konkretisierung.

Auch aus den Erwägungsgründen 10 und 24 ergibt sich nicht, dass die Mitgliedsstaaten keine strengeren Vorschriften erlassen bzw. aufrechterhalten dürfen. Zwar sollen nach Erwägungsgrund 10 die Bestimmungen der Richtlinie in den Mitgliedsstaaten nicht unterschiedlich angewandt werden. Ausgeklammert wird aber ausdrücklich der Fall, dass Art. 14 FARL in Anspruch genommen wird. Auch spricht Erwägungsgrund 17 für die Möglichkeit auch bestimmte Kommunikationsformen über Art. 10 FARL hinaus zu reglementieren. Hiernach ist es ein Ziel der Richtlinie, dem Verbraucher ein Recht auf den Schutz des Privatlebens, insbesondere vor Belästigungen durch gewisse besonders aufdringliche Kommunikationsmittel, zuzuerkennen und mithin die spezifischen Grenzen der Nut-

zung solcher Techniken genau zu bestimmen. Ferner wird den Mitgliedsstaaten aufgetragen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Verbraucher, die keine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel wünschen, auf wirksamen Weise vor derartigen Kontakten zu schützen. Erwägungsgrund 17 sieht also ausdrücklich Restriktionen von bestimmten Kommunikationsmitteln vor.

Abzulehnen ist diejenige Argumentation, welche das Berufen auf Erwägungsgrund 17 zu entkräften versucht, indem sie darauf hinweist, dass es zu weit ginge, Mitgliedsstaaten, welche "einen liberalen Zugang zu bestimmten Werbepraktiken" hätten, einen Verstoß gegen die EMRK vorzuwerfen. Es kann nicht angehen, eine bestimmte Vorgehensweise als zulässig und mit der EMRK vereinbar anzusehen, damit Mitgliedsstaaten sich nicht mit dem Vorwurf eines Verstoßes konfrontiert sehen. Ob ein Verstoß vorliegt ist unabhängig von der herrschenden Verfahrensweise festzustellen. Sollte sich herausstellen, dass ein Verstoß vorliegt, ist dann dieser zu unterbinden und nicht hinzunehmen. Unabhängig davon greift E-Mail-Werbung in die Privatsphäre und in das Recht auf Informationsfreiheit ein, so dass Art. 8 bzw. 10 EMRK tangiert ist

Auch hätte eine enge Auslegung von Art. 14 S. 2 FARL zur Folge, dass Art. 14 S. 1 FARL seinen Sinn verlieren würde. Art. 14 S. 2 FARL wäre vollkommen ausreichend, Art. 14 S. 1 FARL hätte keinerlei Regelungsgehalt. Dies erscheint nicht nur in Anbetracht der Tatsache, dass Satz 2 im Laufe der Entwicklungsgeschichte der FARL erst ergänzt wurde, äußerst zweifelhaft. Ferner soll durch Satz 2 klargestellt werden, dass durch die strengeren Vorschriften der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr nicht uneingeschränkt reglementiert werden kann. Dieser Regelungszweck wird insbesondere im Hinblick auf Erwägungsgrund 24 deutlich, der ausdrücklich auf die Einhaltung der Rechtsvorschriften der Gemeinschaft hinweist.

Gegen die Beschränkung der Möglichkeit, strengere Bestimmungen zu erlassen, spricht auch eine Zusammenschau von Art. 14 und Art. 6 FARL. Art. 6 I FARL bestimmt, dass die Widerrufsfrist mindestens sieben Werk-

tage betragen sollte. Da Art. 14 S. 2 das Verbot des Vertriebes nicht aber andersartige strengere Vorschriften vorsieht, wäre eine Verlängerung der Widerrufsfrist nicht möglich, obwohl diese offensichtlich in Art. 6 I FARL vorgesehen ist ("mindestens"), wie auch Erwägungsgrund 14 ergibt. Auch wäre die Umsetzung der FARL fehlerhaft, da § 355 I BGB (= § 361a BGB a.F.) eine Widerrufsfrist von 14 Tagen vorsieht.

Auch kann die Notwendigkeit der Vereinheitlichung der Rechtslage auf europäischer Ebene nicht als Argument für die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung angeführt werden. Die tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheiten, die angeblich für den Werbenden bestehen, würden nämlich auch durch ein einheitliches Verbot von E-Mail-Werbung beseitigt werden. Vereinheitlichung der Rechtslage darf nicht mit einer Einigung auf niedrigstem Niveau hinsichtlich des Verbraucherschutzes gleichgesetzt werden.

Weiterhin erscheint es fragwürdig, die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung auf der ihr angeblich anhaftenden Umweltvertraglichkeit zu gründen. Ob Werbung per E-Mail wirklich die Ressourcen mehr schont als andere Kommunikationstechniken ist zumindest zweifelhaft. Briefwerbung setzt zum Beispiel nicht voraus, dass der Empfänger einen Computer mit entsprechenden Zubehör besitzt. Auch ist fragwürdig, ob und inwieweit die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung Einfluss auf andere Werbeformen hat. Von einer zwangsläufigen Anwachsen von Briefkastenwerbung aufgrund des Verbotes von E-Mail-Werbung kann kaum ausgegangen werden.

Letztlich ermöglicht es Art. 14 FARL, dass die einzelnen Mitgliedsstaaten strengere Vorschriften erlassen oder beibehalten dürfen. Ein weiterhin auf § 1 UWG bzw. § 823 BGB gestütztes Verbot von E-Mail-Werbung steht daher im Einklang mit der FARL.

b. E-Commerce-Richtlinie

Am 8. Juni 2000 wurde die sogenannte E-Commerce-Richtlinie (E-Com-RL) verabschiedet.<sup>616</sup> Dies wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform umgesetzt. Eine Regelung bezüglich E-Mail-Werbung wurde nicht getroffen.<sup>617</sup>

Art. 7 I E-Com-RL legt fest, dass kommerzielle Kommunikation via elektronischer Post erkennbar sein muss. Art. 7 II der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu ergreifen, dass Diensteanbieter, die nicht angeforderte E-Mail-Werbung verschicken, regelmäßig opt-out-Listen überprüfen. Ferner findet sich in Art. 6 E-Com-RL eine allgemeine Verpflichtung der Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation.

Hieraus wird zum Teil gefolgert, dass E-Mails mit werbendem Charakter schon in der Betreff-Zeile als Werbung gekennzeichnet werden müssten (Art. 7 I E-Com-RL), ferner gebiete Art. 7 II E-Com-RL die Einrichtung von opt-out-Registern, welche von den Werbenden vor der Versendung eingesehen werden müssten.<sup>618</sup>

Aus der E-Commerce-Richtlinie ergibt sich einer Ansicht nach aber nicht die Unzulässigkeit eines Verbotes von E-Mail-Werbung.<sup>619</sup> Zwar enthalte die E-Commerce-Richtlinie in Art. 7 bzw. Art. 6 eine Regelung, nach der kommerzielle Kommunikation als solche klar und deutlich zu kennzeichnen sei. Hieraus ergebe sich in einem Gegenschluss aber nicht die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung, auch nicht im grenzüberschreitenden Ver-

---

<sup>616</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte des Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), Abl. EG L 178/2 ([http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/2000/de\\_300L0031.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/2000/de_300L0031.html)).

<sup>617</sup> vgl. oben I.L

<sup>618</sup> Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 585; Ziem MMR 2000, 129, 133, wobei die von Ziem getroffene Einschränkung des Schutzes auf natürliche Personen aufgrund des Wortlautes des Art. 2 E-Com-RL nicht mehr haltbar ist. Eine Beschränkung auf natürliche Personen findet sich in der E-Com-RL nicht mehr.

<sup>619</sup> Brisch CR 1999, 235, 239; Ernst NJW-CoR 1999, 422; Günther CR 1999, 172, 176; Hoeren MMR 1999, 192, 197f.; Lettl GRUR 2000, 977, 984; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer

kehr.<sup>620</sup> Gegen eine derartige Auslegung von Art. 7 E-Com-RL spräche, dass Kommunikation per E-Mail ausdrücklich von der Binnenmarktklausel in Art. 3 ausgenommen sei, so dass diesbezüglich nicht das Herkunftslandprinzip gelten müsse und die Mitgliedstaaten ihre Verbraucher weitergehend schützen können, als in der Richtlinie vorgesehen.<sup>621</sup> Unabhängig davon würde eine solche Schlussfolgerung dazu führen, dass Werbe-E-Mails mit einer Kennzeichnung auch dann zulässig wären, wenn sich der Empfänger ausdrücklich gegen den Erhalt der Werbung ausgesprochen hätte. Auch würde ein Eintrag in eine Robinsonliste (opt-out-Register i.S.d. Art. 7 II E-Com-RL) sinnlos sein.<sup>622</sup> Gegen eine Auslegung des Art. 7 II E-Com-RL dahingehend, dass nach der Richtlinie ein Verbot von E-Mail-Werbung aufgrund der Konsultationsverpflichtung gemäß Art. 7 II E-Com-RL nicht vorgesehen sei, spräche weiterhin, dass laut Art. 7 II E-Com-RL die FARL unberührt bleiben soll ("Unbeschadet der Richtlinien 97/7/EG und 97/66/EG..."). Art. 14 FARL erlaube aber strengere Regelungen. Art. 7 II E-Com-RL wiederhole damit aber nicht den Regelungsgehalt der FARL, sondern lasse ihn nur unberührt. Art. 7 II E-Com-RL könne daher nur als Festlegung eines Mindeststandards verstanden werden.<sup>623</sup> Auch Erwägungsgrund 11 und 30 halten ausdrücklich fest, dass die FARL (und ISDNRL) und damit die Möglichkeit zur weiteren Einschränkung unberührt bleiben solle.<sup>624</sup> Unabhängig davon stelle Erwägungsgrund 30 fest, dass die unerbeteten kommerzielle Kommunikation für den Empfänger keine zusätzlichen Übermittlungskosten mit sich bringen dürfe.<sup>625</sup> Auch trägt Erwägungsgrund 30 denjenigen Mitgliedstaaten, welche E-Mail-Werbung zulassen, auf, geeignete Initiativen zum Herausfiltern zu fördern und zu erleichtern. Hieraus könne geschlossen werden, dass nicht jeder Mitglieds-

---

WRP 2000, 575, 585; Maennel MMR 1999, 187, 190; Spindler ZUM 1999, 775, 792f.; Tettenborn K&R 1999, 252, 256

<sup>620</sup> Günther CR 1999, 172, 176; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1001; Schrick MMR 2000, 399, 404

<sup>621</sup> Brisch CR 1999, 235, 239; Günther CR 1999, 172, 176; Hoeren MMR 1999, 192, 197; Maennel MMR 1999, 187, 190; Mankowski GRUR Int. 1999, 995, 1001; Schrick MMR 2000, 399, 404; Spindler ZUM 1999, 775, 792

<sup>622</sup> Hoeren MMR 1999, 192, 198

<sup>623</sup> Hoeren MMR 1999, 192, 198; Schrick MMR 2000, 399, 404

<sup>624</sup> Spindler ZUM 1999, 775, 792f.; Lettl GRUR 2000, 977, 984

<sup>625</sup> Spindler ZUM 1999, 775, 793

staat unerwünschte kommerzielle Kommunikation zulassen müsse.<sup>626</sup> Aus der E-Com-RL werde auch nicht ersichtlich, dass hinter das Schutzniveau der FARL zurückgefallen werden solle.<sup>627</sup>

Andere sehen hingegen ein Verbot von E-Mail-Werbung als nicht mit der E-Com-RL vereinbar an. Aus der Kennzeichnungspflicht gemäß Art. 7 I E-Com-RL wird der Umkehrschluss gezogen, dass E-Mails ohne vorherige Zustimmung verschickt werden dürften. Ein gänzlich Verbot würde Art. 7 I E-Com-RL leer laufen lassen, da eine Kennzeichnung nur dann möglich sei, wenn die Werbe-E-Mail überhaupt versandt werden dürfe. Dieser Umkehrschluss werde außerdem durch Art. 7 II E-Com-RL gestützt. Die Einrichtung von opt-out-Registern mache nur dann Sinn, wenn grundsätzlich zulässige E-Mails abgewehrt werden könnten.<sup>628</sup>

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Tatsache, dass E-Mail-Werbung aus dem Herkunftslandsprinzip des Art. 3 E-Com-RL ausgenommen sei. Das Recht des Marktortes unterfalle aber trotz der Ausnahme vom Herkunftslandsprinzip der allgemeinen Umsetzungsverpflichtung gemäß Art. 249 III EGV. Art. 7 I müsse sich also im deutschen Recht niederschlagen. Die Ausnahme vom Herkunftslandsprinzip erlaube strengere Bestimmungen als die Bestimmungen der übrigen Mitgliedstaaten nur insoweit, als sie nicht mit dem Umsetzungsbefehl der Richtlinie kollidiert. Entscheidend sei also nicht die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip sondern allein die Auslegung des Art. 7 E-Com-RL.<sup>629</sup>

Bei der obigen Diskussion wurde insbesondere von den Vertretern der Ansicht, dass ein Verbot von E-Mail-Werbung mit Art. 7 E-Com-RL nicht vereinbar sei, nicht die endgültige Fassung der Richtlinie zugrunde gelegt. Bei der Auslegung von Art. 7 E-Com-RL wurde meist der Richtlinienvor-

---

<sup>626</sup> Schrick MMR 2000, 399, 404

<sup>627</sup> Schmittmann MMR 1999, 478, 480

<sup>628</sup> Freytag MMR 12/1998, V; Ziem MMR 2000, 129, 133f.

<sup>629</sup> Ziem MMR 2000, 129, 133f.

schlag der Kommission<sup>630</sup> bzw. der geänderte Richtlinienentwurf<sup>631</sup> herangezogen. Art. 7 E-Com-RL weicht aber in diesen Fassungen erheblich von der endgültigen Fassung ab. Insbesondere findet sich in den Entwürfen der Kommission nicht der Zusatz in Absatz 1, dass die Kennzeichnungspflicht nur denjenigen Mitgliedstaaten auferlegt wird, "die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen". Aufgrund dieses Relativsatzes erübrigt sich nun aber die obige Diskussion. Der Wortlaut des Art. 7 I E-Com-RL ist eindeutig. Die E-Com-RL trifft keine Entscheidung über die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung. Es wird den Mitgliedstaaten überlassen, ob die Werbung per E-Mail zulässig ist oder nicht. Dies geht auch aus den Erwägungsgründen 30 und 31 hervor. So stellt Erwägungsgrund 30 eindeutig fest, dass "die Frage der Zustimmung der Empfänger ... nicht Gegenstand dieser Richtlinie" ist, sondern "bereits geregelt" ist, insbesondere durch die FARL und die ISDN-Datenschutz-RL. Ob und inwieweit E-Mail-Werbung grundsätzlich verboten ist und daher der vorherigen Zustimmung des Empfängers bedarf oder ob eine Ablehnung erforderlich ist, ist also nicht Gegenstand der Richtlinie. Ferner wird in den Erwägungsgründen 30 und 31 nur denjenigen Mitgliedstaaten bestimmte Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers auferlegt, welche E-Mail-Werbung zulassen. Die Option, Werbung dieser Art zuzulassen, liegt also bei den Mitgliedsstaaten.

Die E-Com-RL trifft keine Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit von E-Mail-Werbung. Es wird nur ein Mindeststandard festgelegt für den Fall, dass die Mitgliedstaaten E-Mail-Werbung zulassen sollten.

---

<sup>630</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM(1998) 586 vom 18.11.1998, Abl. C 30 vom 5.2.1999, S. 4

<sup>631</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM(1999) 626 vom 26.11.1999, ([http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/1999/de\\_599PC0626.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/1999/de_599PC0626.pdf)).

c. Datenschutzrichtlinie

Am 12.07.2002 ist die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (DatenschutzRL) in Kraft getreten.<sup>632</sup> Mit dieser wurde die bisher eindeutigste Regelung auf Europarechtlicher Ebene hinsichtlich der Zulässigkeit von E-Mail-Werbung getroffen. Art. 13 I DatenschutzRL bestimmt, dass die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet ist. Nach Abs. 2 kann ungeachtet von Abs. 1 eine natürliche oder juristische Person E-Mail-Werbung versenden, wenn sie die Kontaktinformationen des Umworbene(n) in Übereinstimmung mit der Richtlinie 95/46/EG<sup>633</sup> erhalten hat.<sup>634</sup> Dies gilt aber nur bezüglich eigener ähnlicher Produkte oder Dienstleistungen und nur unter den Bedingungen, dass der Kunde diese Nutzung seiner E-Mail-Adresse nicht von vornherein abgelehnt hat und dass dem Kunden "klar und deutlich" eine "gebührenfreie und problemlose" opt-out-Möglichkeit eröffnet wird<sup>635</sup>. Weiterhin regelt Abs. 4, dass elektronische Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung verboten sind, bei denen die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger seine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann. Die Datenschutzrichtlinie geht also in Art. 13 I von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von E-Mail-Werbung aus.

---

<sup>632</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), Abl. Nr. L 201/37

<sup>633</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. Nr. L 281 vom 23/11/1995 S. 0031-0050

<sup>634</sup> Der deutsche Wortlaut des Art. 13 II DatenschutzRL ist missverständlich. Aus der englischen Version und aus Erwägungsgrund (41) ergibt sich eindeutig, dass die Kontaktinformationen im Einklang mit der Richtlinie 95/46/EG erlangt worden sein müssen und nicht, dass es sich um Produkte und Dienstleistungen entsprechend der Richtlinie 95/46/EG handeln muss. Insbesondere da eine nähere Eingrenzung von Produkten und Dienstleistungen im Rahmen der Richtlinie 95/46/EG nicht stattfindet.

<sup>635</sup> Nach Erwägungsgrund (41) der DatenschutzRL soll der Empfänger sogar mit jeder weiteren Werbung auf diese Möglichkeit hingewiesen werden.

Fraglich ist aber, ob dieses Verbot auch für juristische Personen gilt. Art. 13 I DatenschutzRL spricht von Teilnehmer. Teilnehmer ist gemäß Art. 2 k) der Rahmenrichtlinie<sup>636</sup>, welcher gemäß Art. 2 DatenschutzRL Anwendung findet, jede natürliche oder juristische Person, welche mit einem Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag über die Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat. Auch Erwägungsgrund (12) der DatenschutzRL geht davon aus, dass Teilnehmer sowohl natürliche als auch juristische Personen sind. Dem Wortlaut nach erfasst also Art. 13 I DatenschutzRL auch die juristische Person.

Gemäß Erwägungsgrund (45) der DatenschutzRL berührt die Richtlinie aber nicht die Vorkehrungen der Mitgliedstaaten, mit denen die legitimen Interessen juristischer Personen gegen unerbetene Direktwerbungsnachrichten geschützt werden sollen. Hat ein Mitgliedstaat opt-out-Register für juristische Personen eingerichtet, so soll Art. 7 E-Com-RL in vollem Umfang gelten. Nach dem Willen des Normgebers soll also das Verbot von Werbe-E-Mails nicht für juristische Personen gelten. Den Mitgliedstaaten soll die Möglichkeit eröffnet bleiben, nicht ein opt-in, sondern eine opt-out-Lösung zu wählen.

Für eine Beschränkung des Art. 13 I DatenschutzRL spricht auch der Sinn und Zweck des Verbotes und der Richtlinie im Allgemeinen. Primäres Ziel des Verbotes von E-Mail-Werbung und der gesamten Richtlinie ist der Schutz der Privatsphäre. So bestimmt Art. 1 I DatenschutzRL das Ziel als den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre. Auch nach Erwägungsgrund (12) soll die Richtlinie primär die Grundrechte natürlicher Personen schützen, insbesondere das Recht auf Privatsphäre. Die DatenschutzRL soll auch die berechtigten Interessen juristischer Personen schützen. Dies ergibt sich aus Art. 1 II DatenschutzRL und aus Erwägungsgrund (12). Aus letzteren Bestimmungen ergibt sich aber auch, dass die DatenschutzRL eine Detaillierung und

---

<sup>636</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), Abl. L 108/33

Ergänzung der 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<sup>637</sup> ist. Diese Richtlinie dient aber allein dem Schutz der Privatsphäre. Weiterhin ist nach Erwägungsgrund (40) der DatenschutzRL der Grund für das Verbot von Werbe-E-Mails, dass Verletzungen der Privatsphäre der Teilnehmer durch unerbetene Nachrichten verhindert werden sollen. Aus diesen Gründen ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass Art. 13 I DatenschutzRL nicht für Werbe-E-Mails gilt, welche sich an juristische Personen wenden.

Letztlich kann dies aber im Hinblick auf die Frage, ob ein Verbot von E-Mail-Werbung mit der Richtlinie vereinbar ist, dahingestellt bleiben. Ein grundsätzliches Verbot von E-Mail-Werbung verstößt, unabhängig von der Frage nach dem Anwendungsbereich des Art. 13 I DatenschutzRL nicht gegen die DatenschutzRL. Gemäß Art. 13 III DatenschutzRL bleibt es den Mitgliedstaaten außerhalb des Anwendungsbereiches des Art. 13 I und II DatenschutzRL überlassen, welche Form - opt-in oder opt-out - sie wählen.<sup>638</sup> Die Richtlinie legt also nur als Mindeststandard eine opt-out-Lösung fest. Ein grundsätzliches Verbot entsprechend dem oben gewonnenen Ergebnis ist auch für juristische Personen möglich.

Auch die in Art. 13 II DatenschutzRL formulierte Ausnahmeregelung widerspricht nicht der deutschen Rechtslage. Wie sich aus dem Wortlaut des Abs. 2 und aus Erwägungsgrund (41) ergibt, gilt die Ausnahme nur im Rahmen eines bestehenden Kundenverhältnisses und nur hinsichtlich von Produkten und Dienstleistungen, welche denen des bestehenden Geschäftsverhältnisses zumindest ähneln. In einem derartigen Fall kann - wie oben erläutert<sup>639</sup> - von einem Einverständnis mit der Werbung ausgegan-

---

<sup>637</sup> Abl. L 281/31

<sup>638</sup> Die deutsche Übersetzung des Art. 13 III DatenschutzRL ist missverständlich. Aus der englischen Version ergibt sich eindeutig, dass unter Optionen (vgl. Art. 13 III letzter Halbsatz Datenschutzrichtlinie) entweder die vorherige Einwilligung (opt-in-Prinzip) oder die vorherige Ablehnung (opt-out-Prinzip) zu verstehen ist.

<sup>639</sup> Vgl. oben I.J.1.f.3)

gen werden kann. Das oben gewonnene Ergebnis ist also auch in diesem Punkt richtlinienkonform.

Im Hinblick auf die DatenschutzRL lässt sich festhalten, dass die deutsche Rechtslage den Anforderungen dieser Richtlinie entspricht. Das grundsätzliche Verbot von E-Mail-Werbung gemäß § 1 UWG bzw. § 823 BGB ist richtlinienkonform. Eine Umsetzung der DatenschutzRL kann unterbleiben.

## 2. EGV

Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die Frage, inwieweit ein Verbot bzw. die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung mit primärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Diskutiert werden hier insbesondere ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 ff. EGV und gegen den freien Dienstleistungsverkehr gemäß Art. 49 ff. EGV.<sup>640</sup>

### a. Art. 28 ff. EGV (Art. 30 ff. EGV a.F.)

Im Rahmen der Art. 28ff. EGV (Art. 30 ff. EGV a.F.) stellen sich zwei Fragen. Zum einen, ob der Anwendungsbereich der Art. 28 ff. EGV eröffnet ist. Zum anderen, ob ein Eingriff in den Anwendungsbereich gerechtfertigt ist.

#### 1) *Anwendungsbereich*

Einer Ansicht nach verstößt ein Verbot von E-Mail-Werbung nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 ff. EGV, da der Anwendungsbereich nicht eröffnet ist.<sup>641</sup>

Diese Ansicht bezieht sich auf die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich von Art. 28 EGV. Hiernach sind reine Verkaufsmodalitäten anders als produktbezogene Regelungen, die Anforderungen an die

---

<sup>640</sup> Die Frage, ob ein Verbot bzw. die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung gegen Grundfreiheiten nach dem EGV verstößt, stellt sich nur, wenn ein zwischenstaatlicher Bezug vorliegt. Reine Inlandssachverhalte bleiben außer Betracht. (vgl. eingehend Hoffmann, Grundfreiheiten des EG-Vertrages, D § 10 (S. 105f.), E § 15 I. (S. 167f.))

<sup>641</sup> Günther CR 1999, 172, 176f.; Schrey K&R 1998, 222, 224; Schrick MMR 2000, 399, 403; ebenso das KG CR 1998, 9, 10 für Telefaxwerbung

Ware bezüglich Form, Bezeichnung, Aufmachung usw. aufstellen, dem Regelungsbereich des Art. 28 EWG entzogen ("Keck-Doktrin"). Die Anwendung nationaler Bestimmungen, die im Gebiet des Einfuhrmitgliedstaates bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten ist nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, sofern diese Bestimmungen erstens für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie zweitens den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Grund hierfür ist, dass die Anwendung derartiger Regelungen nicht geeignet ist, den Marktzugang für diese Erzeugnisse im Einfuhrmitgliedstaat zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut.<sup>642</sup>

Da ein Verbot von Werbung per E-Mail eine reine vertriebsbezogene Verkaufsmodalität sei, falle sie nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV, so dass es auf eine Rechtfertigung als Ausnahme gemäß Art. 30 EGV nicht ankomme. Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches zukünftig nicht-diskriminierender staatlicher Werbe- und Vertriebsregelungen, sofern ihnen eine den Produktionsnormen vergleichbare Wirkung zukomme, sei nicht mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar, da dieser allein darauf abstelle, dass die Regelung der Verkaufsmodalitäten den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berühre.<sup>643</sup> Ferner würde eine derartige Ausweitung dazu führen, dass "durch die Hintertür" das Herkunftslandprinzip in Bereiche eingeführt würde, in denen bislang anerkanntermaßen kollisionsrechtlich das Marktortprinzip und das Empfängerlandprinzip galten. Eine solche kollisionsrechtliche Interpretation des Art. 28 EGV würde aber von der bislang herrschenden Auslegung des

---

<sup>642</sup> EuGH Slg. 1993 I-6097 (Keck/Mithouard); EuGH Slg. 1995 I-1141 (Alpine Investments); EuGH Slg. 1995 I-1923 (Mars); Günther CR 1999, 172, 177 m.w.N.; Sack WRP 1998, 103, 104f. m.w.N.

<sup>643</sup> Günther CR 1999, 172, 177; Schrick MMR 2000, 399, 403

Art. 28 EGV und insbesondere durch die Keck-Rechtsprechung nicht gestützt.<sup>644</sup>

Gegen die Einordnung als vertriebsbezogene Verkaufsmodalität könnte auch nicht angeführt werden, dass den ausländischen Mitbewerbern durch die Anpassung an die nationalen Wettbewerbsregeln Kosten entstehen würden und diese somit diskriminiert würden. Es sei zuzugeben, dass derartige Kosten entstünden. Letztlich bedeutet dies aber keine Diskriminierung, sondern ein Wegfall der Kostenvorteile, die eine einheitlich Marketingstrategie mit sich brächte. Es komme daher zu einer Gleichbehandlung von in- und ausländischen Anbietern.<sup>645</sup>

Eine andere Ansicht differenziert bei der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 28 EGV nicht nur zwischen Normen, die den Verkauf betreffen, und Normen, welche produktbezogen sind. Vielmehr lege es die Keck-Entscheidung, welche von "bestimmten Verkaufsmodalitäten" spreche, nahe, dass es auch "sonstige Verkaufsmodalitäten" gäbe, die weiterhin in den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fielen. Eine derartige "sonstige Verkaufsmodalität" liege dann vor, wenn eine Binnenmarktrelevanz vorliege, d.h. wenn durch ihre Anwendung die grenzüberschreitende Vertriebstätigkeit des Anbieters im Kern eingeschränkt werde. Diese Binnenmarktrelevanz sei allein entscheidend für die Eröffnung des Anwendungsbereiches von Art. 28 EGV. Auf die Qualität der Norm (absatz- und produktbezogen) könne es nicht ankommen, da dies die Reichweite der Grundfreiheiten verkenne. Auch führe die Einordnung anhand der Binnenmarktrelevanz dazu, dass es bei der Annahme eines Warenverkehrshindernisses nicht auf ihren diskriminierenden Charakter ankomme. Im Bezug auf Waren- und Vertriebsregelungen habe diese Einordnung zur Folge, dass sie grundsätzlich dann ein Warenverkehrshindernis und keine "bestimmte Verkaufsmodalität" darstellten, wenn der ausländische Anbieter durch sie gezwungen werden, seine im Herkunftsland rechtmäßig praktizierten Akti-

---

<sup>644</sup> Günther CR 1999, 172, 177 Fn. 44

<sup>645</sup> Schrick MMR 2000, 399, 403; Sack WRP 1998, 103, 107 allgemein im Bezug auf "Euro-Marketing"

onsparameter anzupassen und ihm dadurch Anpassungskosten entstünden. Die Eigenschaft als Warenverkehr habe aber immer in Abhängigkeit von der jeweiligen Sachverhaltskonstellation zu erfolgen. Bediene sich also ein Unternehmen einer Direktmarketingform und ist dies in seinem Herkunftsland rechtmäßig, so sei, wenn ihn durch die Umstellung auf andere Formen des Vertriebs Kosten entstünden, ein Verbot bzw. eine Einschränkung dieser Direktmarketingform im Bestimmungsland unzulässig.<sup>646</sup>

Gegen letztere Ansicht, welche die Eröffnung des Anwendungsbereiches von der "Binnenmarktrelevanz" abhängig macht, sprechen folgende Überlegungen. Zum einen bedeutet sie eine vollkommene Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, obwohl sich die Vertreter dieser Ansicht auf diese berufen und ihre Argumentation hieraus entwickeln. Die im Urteil Keck getroffene Differenzierung zwischen produkt- und vermarktungsbezogenen Regelungen wird dieser Ansicht nach zugunsten des Kriteriums "Binnenmarktrelevanz" aufgegeben. Dieses Kriterium wird zwar aus der Differenzierung von "bestimmten" zu "sonstigen" Verkaufsmodalitäten entwickelt. Letztlich lässt die Ansicht aber auch Verkaufsmodalitäten, welche die Anforderungen die der EuGH an "bestimmte" Verkaufsmodalitäten stellt (sog. diskriminierungsfreie vertriebsbezogene Regelungen), in dem Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fallen. Dies bedeutet eine uneingeschränkte Rückkehr zur Cassis-de-Dijon bzw. Dassonville-Rechtsprechung. Weiterhin stellt der EuGH ausdrücklich fest, dass bei "bestimmten" Verkaufsmodalitäten eine Binnenmarktrelevanz nicht vorliegt. Nach dem EuGH sind "bestimmte" Verkaufsmodalitäten nicht geeignet, "den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville ... zu behindern". Die Annahme einer Binnenmarktrelevanz trotz Erfüllung der vom EuGH aufgestellten Anforderungen an eine "bestimmte Verkaufsmodalität" steht im direkten Widerspruch zum Urteil Keck und nicht im Einklang, wie es die Vertreter dieser Ansicht behaupten. Ferner ist nicht ersichtlich, welche Regelung eines einzelnen Mitgliedstaates noch

---

<sup>646</sup> Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 287f.

eine erlaubte Verkaufsmodalität darstellen kann. Nach dieser Ansicht liegt ein Warenverkehrshindernis schon immer dann vor, wenn der Unternehmer seine Aktionsparameter den Erfordernissen des Bestimmungslandes anzupassen hat. Dies ist aber bei jeder vom Herkunftsland des Unternehmers abweichenden Regelung der Fall. Eine "bestimmte" Verkaufsmodalität läge also nur bei übereinstimmenden Regelungen der Mitgliedstaaten vor, da nur solche Regelungen vom Unternehmer keine Anpassung verlangen. Letztlich hätte dies eine komplette Harmonisierung von Werbe- und Vertriebsregelungen auf dem niedrigsten Niveau zur Folge.

Die obige Ansicht, welche als relevantes Kriterium die "Binnenmarktrelevanz" bestimmt, ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Es sind weiterhin die Kriterien des Keck-Urteils anzuwenden.<sup>647</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob - entsprechend der ersten Ansicht - nach den Grundsätzen des EuGH ein produkt- oder eine vermarktungsbezogene Regelung vorliegt und ob diese diskriminierungsfreien Charakter hat, so dass der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV nicht eröffnet ist.

Eine produktbezogene Regelung ist dann anzunehmen, wenn durch ein nationales Verbot ein Produkt nicht mehr einheitlich für den europäischen Markt hergestellt werden kann; wenn der Hersteller gezwungen wird, je nach dem Ort des In-den-Verkehr-bringens das Produkt unterschiedlich zu gestalten.<sup>648</sup> Die staatliche Regelung muss sich auf die Merkmale der Erzeugnisse beziehen, d.h. von Eigenschaften, die mit einer Ware oder ihrer Verpackung körperlich verbunden sind (z.B. Zusammensetzung, Qualität, Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung).<sup>649</sup> Im Gegensatz dazu liegt eine Verkaufsmodalität vor bei allen Formen der Vermarktung, die mit der vermarkteten Ware körperlich

---

<sup>647</sup> zum grundsätzlichen Streit hinsichtlich grenzüberschreitender Werbung in der EU ("Euro-Marketing") vgl. Sack WRP 1998, 103, 106f. m.w.N.

<sup>648</sup> EuGH Slg. 1993 I-6097 (Keck/Mithouard); EuGH Slg. 1995 I-1923 (Mars); Kingreen, Struktur der Grundfreiheiten, C. II. a) cc) (S. 54) m.w.N.

nicht verbunden sind.<sup>650</sup> Das Verbot von E-Mail-Werbung betrifft das unworbene Produkt nicht. Dem Hersteller wird nur eine Werbeform verwehrt. Er wird aber nicht gezwungen, das Produkt zu ändern, um es auf dem deutschen Markt absetzen zu können. Es handelt sich also nicht um eine produkt- sondern um eine vertriebsbezogene Regelung. Eine vertriebsbezogene Regelung ist diskriminierungsfrei, wenn sie einheimische und importierte Waren rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt.<sup>651</sup> In rechtlicher Hinsicht betrifft das Verbot von E-Mail-Werbung ausländische wie inländische Hersteller und Werbende gleich. Beiden ist die Nutzung dieser Werbeform verboten. Auch in tatsächlicher Hinsicht trifft das Verbot von E-Mail-Werbung alle Anbieter gleich. In- und ausländische Anbieter sind gezwungen, auf diese Werbeform zu verzichten. Die Kosten, welche durch diesen Verweis auf andere Werbeformen entstehen, treffen beide gleich.

Es liegt also eine diskriminierungsfreie vertriebsbezogene Regelung ("bestimmte" Verkaufsmodalität) vor, welche nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt.

## 2) *Rechtfertigung*

Obwohl schon der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV nicht eröffnet ist, ist im folgenden die Frage gestellt, ob - vorausgesetzt das Verbot von E-Mail-Werbung falle in den Anwendungsbereich - ein Eingriff in Art. 28 EGV gerechtfertigt sei. Ist dies der Fall, so erübrigt sich die obige Diskussion.

Diejenige Ansicht nach, welche aber unter bestimmten Voraussetzungen den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet sieht, hält die Beschränkung des freien Warenverkehrs durch ein Verbot für nicht gerechtfertigt.<sup>652</sup>

---

<sup>649</sup> Sack WRP 1998, 103, 105 m.w.N.; Die Ausweitung des Merkmales des Produktbezogenheit auf jede Form von Werbung (vgl. GA Tesaro im Fall Hünermund, Slg. 1993, I-6811 Nr. 22) ist im Hinblick auf die Keck-Docktrin abzulehnen.

<sup>650</sup> Sack a.a.O.

<sup>651</sup> EuGH Slg. 1996, I-2975; EuGH Slg. 1993 I-6097 (Keck/Mithouard); Kingreen, Struktur der Grundfreiheiten, C. II. a) dd) (S. 56)

<sup>652</sup> Leible/Sosnitzka K&R 1998, 283, 288; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer WRP 2000, 575, 594

Ein Verbot sei nämlich trotz der betroffenen Allgemeininteressen (insbesondere des Verbraucherschutzes) nicht angemessen. Mit einer entsprechend ausgestalteten Widerspruchslösung (opt-out-Prinzip) stünde ein weniger einschneidendes aber hinreichend effektives Mittel zur Bewahrung der in Rede stehenden Allgemeininteressen zur Verfügung. Hiervon ging auch der europäische Gesetzgeber bei Erlass der FARL aus. Dies diene, wie sich auch aus Erwägungsgrund 17 ergebe, auch dem Verbraucherschutz. Ein grundsätzliches Verbot außer im Fall der vorherigen Zustimmung sehe die FARL nur für Werbung per Fax und Voice-Mail-Systemen vor (Art. 10 I FARL), ansonsten sei gemäß Art. 10 II FARL die Widerspruchslösung für ausreichend erachtet worden. Diese Regelung sei zwar aufgrund des Art. 14 FARL, welcher weitergehende Regelungen erlaube, nicht verbindlich, und strengere Regelungen grundsätzlich möglich. Letztere bedürften aber der Rechtfertigung, da derartige Mindestvorschriften die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung primären Gemeinschaftsrechts entbinde. Ausgangspunkt der im Rahmen der Rechtfertigung vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung sei aber stets die Harmonisierungsmaßnahme selbst. Die in der Richtlinie enthaltenen Standards könnten zwar nicht als einziger Maßstab gelten, da ansonsten strengere Regelungen nie möglich wären. Die in der Richtlinie enthaltene Wertung sei jedoch zu beachten. Diese Wertung sei zwar nicht verbindlich, habe jedoch Indizwirkung. Um strengere Vorschriften zu rechtfertigen, müssten die Mitgliedstaaten nachweisen, dass der Schutzstandard der Richtlinie den Anforderungen der Art. 95 III EGV (Art. 100 a III EGV a.F.) und Art. 153 I, III a) EGV (Art. 129 a I a) EGV a.F.) nicht genüge. Die Mitgliedstaaten müssten darlegen, dass ein über die Harmonisierungsmaßnahme hinausgehender Schutz möglich, sinnvoll und angemessen sei, um einen besseren Schutz des betroffenen Rechtsguts zu erreichen. Derartigen Gründe seien aber nicht ersichtlich. Eine entsprechend ausgestattete Widerspruchslösung (opt-out) sei ausreichend, um sowohl den Interessen der

Verbraucher als auch den Interessen der Marktgegenseite gerecht zu werden.<sup>653</sup>

Hiergegen wird vorgebracht, dass eine Begrenzung des Allgemeininteresses durch die FARL nicht stattgefunden habe. Durch den in der FARL festgelegten Mindeststandard sei eine gemeinschaftliche Prägung des Allgemeininteresses nicht vorgenommen worden. Es bedeute vielmehr einen Zirkelschluss, auf der einen Seite davon auszugehen, Art. 14 FARL eröffne nur auf grundfreiheitenkonforme und damit durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Normen einen Spielraum, das Allgemeininteresse sei jedoch wiederum abschließend durch Art. 10 II FARL definiert worden. Mindestharmonisierungsmaßnahmen seien daher ohne Binnenmarktklausel kein Maßstab für die im Rahmen von Art. 30, 46, 55 EGV (Art. 36, 56, 66 EGV a.F.) vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung, d.h. eine Berufung auf Art. 30, 46, 55 EGV bzw. immanente Schranken der Grundfreiheiten scheidet nur aus, wenn das jeweilige Rechtsgut durch Gemeinschaftsrecht abschließend geregelt ist. Dies gälte insbesondere bezüglich der FARL, da es sich hier um einen Konsens auf kleinstem gemeinsamen Nenner handle, dem viele Mitgliedstaaten nur zugestimmt hätten, weil sie im Hinblick auf darüber hinausgehende Regelungen auf die Mindestklausel vertraut haben. Insoweit komme der FARL auch keine Indizwirkung zu, soweit es um die Bewertung darüber hinausgehender Verbraucherschutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten ginge. Vielmehr hätten die Mitgliedstaaten mit der Mindestklausel auf eine endgültige Fixierung des Allgemeininteresses bewusst verzichtet. Hieran ändere auch das Binnenmarktziel gemäß Art. 2 EGV nichts. Dass die in Art. 10 II FARL gefundene Lösung nicht als Begrenzung des Allgemeininteresses gedacht sei und somit auch eine opt-in-Lösung als verhältnismäßig angesehen werden kann, zeige im übrigen auch die ausdrückliche Optionslösung in Art. 10 II ISDNRL.<sup>654</sup>

---

<sup>653</sup> Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 288f.

<sup>654</sup> Günther CR 1999, 172, 178f.

Ob eine Begrenzung oder Festlegung des Allgemeininteresses mit der FARL stattgefunden hat ist äußerst zweifelhaft. Insbesondere mit Art. 14 FARL erscheint die Unzulässigkeit eines Verbotes nicht vereinbar. Letztlich kann dieser Streit jedoch dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, dass mit der Datenschutzrichtlinie eine eindeutige Regelung zugunsten der opt-in-Regelung getroffen wurde.<sup>655</sup> Auch der europäische Gesetzgeber geht also davon aus, dass ein grundsätzliches Verbot von E-Mail-Werbung verhältnismäßig ist. In Anbetracht der eindeutigen Regelung der Datenschutzrichtlinie kann nicht mehr von einer Indizwirkung der FARL ausgegangen werden.

Es kann sich auf das oben gewonnene Ergebnis der Interessenabwägung bezogen werden.<sup>656</sup> Den Allgemeininteressen, insbesondere dem Verbraucherschutz, kann nur durch ein opt-in genüge getan werden. Das opt-out-Prinzip ist keine Maßnahme, welche dem Schutz der beeinträchtigten Interessen dienen kann. Im Hinblick auf die durch eine opt-in-Lösung beeinträchtigten Interessen der Werbenden ist zu berücksichtigen, dass diesen weniger einschneidende und gleich effektive Werbemittel zur Verfügung stehen.

### 3) *Ergebnis*

Das nach deutscher Rechtslage herrschende Verbot von E-Mail-Werbung verstößt nicht gegen Art. 28 EGV. Der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ist nicht eröffnet, da es sich um eine diskriminierungsfreie vertriebsbezogene Regelung handelt. Aber selbst wenn man den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV eröffnen würde, so wäre dies aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

#### *b. Art. 49 ff. EGV (Art. 59 ff. EGV a.F.)*

Fraglich ist auch, ob eine Verbot von E-Mail-Werbung mit Art. 49 EGV (Art. 59 EGV a.F.) vereinbar ist oder dies eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

---

<sup>655</sup> vgl. oben I.P.1.c

<sup>656</sup> vgl. oben I.J.1.e

### 1) *Anwendungsbereich*

Grundsätzlich erfasst nach der Rechtsprechung des EuGH Art. 49 EGV auch das bloße Angebot, für das es noch keinen bestimmten Empfänger gibt. Die Anwendung von Art. 49 EGV hängt nicht von der Existenz eines bestimmten Empfängers ab. Nach der sog. Alpine-Investment-Entscheidung gilt Art. 49 EGV auch für Dienstleistungen, die ein Leistungserbringer potentiellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist.<sup>657</sup> Die Tatsache, dass bei E-Mail-Werbung der Empfänger noch kein Kunde ist und die Leistung vom Ausland her erbracht wird, ist also für einen Verstoß gegen Art. 49 EGV unerheblich.

Einer Ansicht nach fällt aber ein Verbot von E-Mail-Werbung grundsätzlich ebenso wenig in den Anwendungsbereich von Art. 49 EGV, wie es unter den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fällt. Bei reinen vertriebsbezogenen Verkaufsmodalitäten wie dem Verbot von E-Mail-Werbung sei Art. 49 EGV nicht einschlägig.<sup>658</sup>

Ausgangspunkt dieser Ansicht ist, dass die Keck-Doktrin auf Art. 49 EGV zu übertragen sei. Wenn man Verkaufsmodalitäten die Eignung abspricht, den Marktzugang zu erschweren, kann dies nicht anders für Vorgaben hinsichtlich der Gestaltung der Werbung für Dienstleistungen, die diese nicht unmittelbar selbst betreffen, gelten.<sup>659</sup>

Hieran ändere auch die Alpine-Investment-Entscheidung<sup>660</sup> des EuGH nichts. Der EuGH lehnte dort die Übertragbarkeit der Grundsätze zu Art. 28 EGV ab, da das in diesem Fall streitige Verbot einer Direktmarketingmethode an den Sitz des Leistungserbringers anknüpft. Im konkreten Fall wurde es niederländischen Finanzvermittlern verboten, mit Kunden im

---

<sup>657</sup> EuGH Slg. 1995 I-1141 (Alpine-Investments)

<sup>658</sup> Günther CR 1999, 172, 177f.; Schrick MMR 2000, 399, 404; KG IPRax 1999, 374 bezüglich Telefaxwerbung

<sup>659</sup> Schrick MMR 2000, 399, 404

Wege des "cold calling" Kontakt aufzunehmen. Ihnen wurde also verboten, Telefonwerbung für ihre Produkte zu unternehmen. Das deutsche Wettbewerbsrecht knüpfe aber an den Marktort an, also an den Ort, an dem die wettbewerblichen Interessen aufeinandertreffen, an dem durch das Verhalten im Wettbewerb mit anderen Unternehmen auf die Entschließung des Kunden eingewirkt werden soll. Bei Direktmarketingmaßnahmen wie E-Mail-Werbung sei dies regelmäßig der Ort, an dem die Werbemaßnahme ankommt, da sie dort auf die Entschließung des Kunden einwirke und den Markt zielgerecht beeinflusse. Unabhängig vom Sitz des Unternehmens greife die deutsche opt-in-Lösung daher nicht, wenn sich die Werbemaßnahme an Kunden im Ausland richte. Werbemaßnahmen, welche an Kunden im Ausland gerichtet sind, würden allein nach ausländischem Recht beurteilt. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EGV werde daher durch eine Regelung, die lediglich bestimmte Werbemaßnahmen im Inland verbiete nicht berührt.<sup>661</sup>

Ferner könne gegen die Übertragung der Keck-Rechtsprechung nicht vorgebracht werden, dass dann die Regelung der Marketingmodalitäten sowohl durch den Staat des Leistungsempfängers, als auch durch den Staat des Leistungserbringers vom Anwendungsbereich des Art. 49 ausgenommen werden würde und somit der Dienstleistungserbringer die Regelungen beider Staaten beachten müsste, so dass der Schutz der Dienstleistungsfreiheit wertlos würde. Dieses Argument überzeuge nicht, da eine Übertragung der Keck-Doktrin den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV nicht stärker einschränke als denjenigen des Art. 28 EGV.<sup>662</sup>

Eine Einschränkung wird aber hinsichtlich Marketing-Agenturen angenommen, welche E-Mail-Werbung anbieten. Diese seien in ihrer Dienstleistungsfreiheit beschränkt, da sie ihre Dienstleistung nicht im Hinblick auf potentielle Kunden in Deutschland erbringen können.<sup>663</sup>

---

<sup>660</sup> EuGH Slg. 1995 I-1141 (Alpine-Investments)

<sup>661</sup> Günther CR 1999, 172, 178, 180

<sup>662</sup> Schrick MMR 2000, 399, 404

<sup>663</sup> Günther CR 1999, 172, 178, 180

Einer anderen Ansicht nach fällt Werbung sowohl als Dienstleistung, als auch als Akzessorium der angebotenen Dienstleistung in den Anwendungsbereich von Art. 49 EGV. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Dienstleistungsfreiheit nicht mehr nur ein bloßes Diskriminierungsverbot sondern eine umfassendes Beschränkungsverbot beinhaltet. Auf den diskriminierenden Charakter einer Maßnahme komme es nicht an. Der Anbieter von Direktmarketing wie z.B. Telefonwerbung werde in seiner Dienstleistungsfreiheit durch ein Verbot dieser Werbeform beschränkt. Aber auch eine Einschränkung von Werbung als Akzessorium zu den Freiheiten des Warenimporteurs oder -exporteurs, des Dienstleistenden oder auch der mit Kapital handelnden Gesellschaft bedeute eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Aus der Alpine-Investment-Entscheidung des EuGH gehe hervor, da der freie Dienstleistungsverkehr illusorisch würde, wenn nationale Regelungen das Anbieten von Dienstleistungen nach Belieben verhindern könnten.<sup>664</sup>

Unstreitig fällt nach allen Ansichten die Werbung *als* Dienstleistung in den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV. Die Frage, ob die Keck-Rechtsprechung übertragbar ist, stellt sich nur bei der Werbung *für* Dienstleistungen. Nur in diesem Fall ist die Differenzierung in produkt- und vertriebsbezogene Regelungen möglich. Aber auch in diesem Fall stellt sich die Frage der Übertragbarkeit der Keck-Doktrin aufgrund der Alpine-Investment-Entscheidung nur dann, wenn es sich um eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs durch das Einfuhrland handelt, d.h. wenn das Marktverhalten vom Staat des Dienstleistungsempfängers eingeschränkt wird. Im Falle, dass das Verhalten vom Staat des Dienstleistenden eingeschränkt wird, ist die Keck-Doktrin nicht anwendbar. Wie von erster Ansicht richtigerweise angeführt, gilt im Wettbewerbsrecht das Marktortprinzip. Im Fall der E-Mail-Werbung ist daher in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht das Recht des Landes des E-Mail-Empfängers anwendbar. Insoweit steht die Alpine-Investment-Entscheidung der Übertragbarkeit der Keck-

---

<sup>664</sup> Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 288

Doktrin nicht entgegen. Es ist aber weiterhin zu beachten, dass durch E-Mail-Werbung nicht nur wettbewerbsrechtliche Vorschriften verletzt werden, sondern auch deliktsrechtliche.<sup>665</sup> Art. 40 EGBGB bestimmt, dass das Recht des Staates Anwendung findet, in welchem der haftungsbe gründende Tatbestand verwirklicht worden ist. Entscheidend ist das Recht des Handlungsortes.<sup>666</sup> Im Bereich von Internetdelikten ist dies der Ort der Einspeisung der Information.<sup>667</sup> Demnach ist, sofern der Werbende in Deutschland sitzt, in deliktsrechtlicher Hinsicht auch das Recht des Her kunftslandes anwendbar. Es greift also auch bei E-Mail-Werbung die Ent scheidung des EuGH im Fall *Alpine-Investment*. Ein Übertragung der Keck-Doktrin ist also im Falle von E-Mail-Werbung, zumindest in delikts rechtlicher Hinsicht, nicht möglich.

## 2) *Rechtfertigung*

Aber selbst wenn Art. 49 EGV zur Anwendung kommt, ist ein Verstoß ge gen Art. 49 EGV dennoch ausgeschlossen. Die betreffende Maßnahme – das opt-in-Prinzip - ist aufgrund objektiver Allgemeininteressen gerechtfertigt. Es gelten die Ausführungen zu Art. 28 ff. EGV entsprechend.<sup>668</sup>

## **Q. Ergebnis**

Die Versendung von Werbe-E-Mails ist unzulässig.

- Es liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG vor. Werbung per E-Mail ist sittenwidrig, da sie eine belästigende Art der Werbung ist und Mitbewerber behindern kann. Weiterhin kann eine sittenwidrige Täuschung vorliegen. Die Sittenwidrigkeit beruht insbesondere darauf, dass E-Mail-Werbung die Interessen von Verbrauchern und Allgemeinheit beeinträchtigt und dass dieser Art von Werbung die Gefahr der Nachahmung anhaftet. Dem Verbraucher entstehen durch E-Mail-Werbung Kosten. Ferner führen die Werbenachrichten zu

---

<sup>665</sup> vgl. oben 0 und I.N

<sup>666</sup> Palandt-Heldrich EGBGB 40 (IPR) Rn. 3

<sup>667</sup> Palandt-Heldrich EGBGB 40 (IPR) Rn. 12; Staudinger-von Hoffmann Art. 40 EGBGB, Rn. 18

- einer Belastung in zeitlicher und arbeitstechnischer Hinsicht und zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf positive Informationsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Weiterhin kann es zu einer Blockade der Empfangseinrichtung kommen. Die Wettbewerbswidrigkeit wird nur dann ausgeschlossen, wenn der Adressat mit dem Empfang einverstanden ist.
- Täuscht der Werbende über den Absender der Werbe-E-Mail, so liegt nicht nur ein Verstoß gegen § 1 UWG vor, sondern auch gegen § 3 UWG.
  - E-Mail-Werbung ist aufgrund eines Verstoßes gegen § 823 I BGB unzulässig. Werbung per E-Mail beeinträchtigt das Eigentum und den Besitz des Inhaber des Datenspeichers, auf der die Nachrichten gespeichert werden. Weiterhin wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die mit E-Mail-Werbung einhergehende Belastung in monetärer und temporärer Hinsicht verletzt. Ferner wird das auch von § 823 I BGB geschützte Recht auf positive Informationsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt.
  - Mit dem Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG und §§ 858, 1004 BGB ist auch § 823 II BGB verletzt. Eine Verletzung anderer Schutzgesetze, insbesondere von Vorschriften des StGB, ist nicht gegeben.
  - Das nach dem deutschen Recht herrschende Verbot von E-Mail-Werbung ist mit europäischem Recht vereinbar. Ein Verstoß gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht liegt nicht vor. Die opt-in-Lösung nach deutschem Recht ist mit der FARL und der E-Com-RL vereinbar. Beide Richtlinien sind Mindestharmonisierungsmaßnahmen und lassen strengere Regelungen wie die deutsche zu. Mit der Da-

---

<sup>668</sup> vgl. oben I.P.2.a.2) <sup>669</sup> Busche/Kraft WRP 1998, 1142, 1146; Leupold WRP 1998, 270, 279

tenschutzrichtlinie wurde eine eindeutige Regelung getroffen, welche E-Mail-Werbung verbietet. Die deutsche Rechtslage entspricht den Anforderungen der Datenschutzrichtlinie, so dass eine Umsetzung nicht mehr erforderlich ist. Weiterhin ist das Verbot von E-Mail-Werbung mit dem primären Gemeinschaftsrecht vereinbar. Das Verbot von E-Mail-Werbung fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 ff. EGV. Soweit es in den Anwendungsbereich von Art. 49 ff. EGV fällt, ist es gerechtfertigt.

## **R. Ausblick**

In Anbetracht der rasanten technischen Entwicklung wird im folgenden untersucht, ob die bestehende Rechtslage, die opt-in-Regelung, eine praktikable und zukunftsweisende Lösung ist.

### **1. Außergesetzliche Lösungsansätze**

Als Lösung des Problems werden verschiedene außergesetzliche Lösungsansätze diskutiert. In Betracht gezogen wird die freiwillige Kennzeichnung der Werbe-E-Mails.<sup>669</sup> Weiterhin wird auch eine Selbstbeschränkung in der Form erwogen, dass keine übergroßen Nachrichten bzw. große Mengen versandt werden sollen, um so eine übermäßige Belastungen zu verhindern und die Akzeptanz dieses Werbemediums zu erhöhen.<sup>670</sup>

Wie oben bereits erläutert, sind bisher Selbstregulierungsmaßnahmen nicht erfolgreich gewesen.<sup>671</sup> So hat sich eine Kennzeichnung auf freiwilliger Basis nicht durchgesetzt. Gründe, warum in Zukunft eine gesetzliche Regelung unnötig werden könnte, sind nicht ersichtlich. Die wirtschaftliche Depression führt auch im E-Commerce-Sektor zu einem verstärkten Verdrängungskampf. Eine freiwillige Beschränkung ist daher in Zukunft noch unwahrscheinlicher als sie bisher war.

---

<sup>670</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 479

Unabhängig davon eignen sich die vorgeschlagenen Selbstbeschränkungen nicht, die mit E-Mail-Werbung einhergehenden Probleme zu lösen. Im Hinblick auf eine Kennzeichnung der Werbe-E-Mail wurde dies bereits oben erläutert.<sup>672</sup> Hinsichtlich des Lösungsansatzes, welcher die Menge der versandten Nachrichten bzw. ihre Größe beschränken will, ergibt sich dies aus folgenden Überlegungen. Kommt es zu einer Interessensverletzung des Verbrauchers schon durch den Empfang einer E-Mail, so macht es keinen Unterschied, ob und wie viele Nachrichten der Werbende versendet. Resultiert die Belästigung aus der Masse bzw. der Datenmenge der E-Mails, so ist zu beachten, dass E-Mail-Werbung eine große Nachahmungsgefahr<sup>673</sup> anhaftet. Auch wenn sich der einzelne Werbende selbst beschränkt, so dass der Verbraucher von diesem nur wenige bzw. kleine Nachrichten erhält, ist der Verbraucher einer großen Masse von Werbenden ausgesetzt. Ob der einzelne Werbende wenige bzw. kleine Nachrichten versendet, macht für den einzelnen Verbraucher, als Adressaten von vielen Werbenden, keinen Unterschied.

Letztlich entscheidend ist, dass durch einen außergesetzlichen Lösungsansatz ein wirksamer Schutz der betroffenen Interessen nicht möglich ist. Freiwillige Selbstbeschränkungen haben keinerlei Bindungswirkung. Der Empfänger kann sich nicht gegen die Zusendung wehren.

## **2. opt-out-Lösung**

Alternativ zu der bestehenden opt-in-Lösung wird die Einführung eine opt-out-Lösung diskutiert.

Für die Einführung eines opt-out-Systems wird angeführt, dass hierdurch eine einfache Nutzung des Kommunikationsmittels E-Mail zu Werbezwecken ermöglicht werde.<sup>674</sup> Das opt-in-Prinzip behindere die Entwicklung des Internet als eines neuartigen kommerziellen Mediums zur Verbesse-

---

<sup>671</sup> vgl. oben I.J.1.e

<sup>672</sup> vgl. oben I.J.1.b

<sup>673</sup> vgl. oben I.J.1.b.1)b)

<sup>674</sup> Funk CR 1998, 411, 420

rung des Austausches von Waren und Dienstleistungen.<sup>675</sup> Dem Ziel des Binnenmarktes werde durch eine opt-out-Regelung besser gedient. Durch eine Einigung auf den durch die FARL vorgeschriebenen Mindeststandard würde einer Zersplitterung der Rechtsvorschriften innerhalb der EG entgegengewirkt und die Wirtschaftsbedingungen für die Marktteilnehmer homogener.<sup>676</sup>

Auch sei eine Umsetzung des opt-in-Prinzips derart, dass der Werbende sich die vorherige Einholung der Zustimmung über einen anderen Kommunikationsweg - insbesondere per Briefpost - einhole, unpraktikabel, da sich die Kommunikation im Internet über Domain Namen vollziehe und die Kommunikationspartner häufig nicht über die postalische Adresse informiert seien. Auch würde dies einen erheblichen Zeit- und Geldaufwand bedeuten.<sup>677</sup> Ferner würde der Überraschungs- oder gar Überraschungseffekt beim Kunden verpuffen.<sup>678</sup>

Auch spräche für die Einführung einer opt-out-Lösung, dass ein solches Vorgehen, bei der Werbewirtschaft, eher die Bereitschaft zum zurückhaltenden Gebrauch dieses Mediums wecken könne als ein strikte Regelung.<sup>679</sup>

Gegen die Einführung eines opt-out-Systems wird angeführt, dass kein zwingender Anlass für den Gesetzgeber gegeben sei, die bestehende Rechtslage zu ändern und den bestehenden Schutz unter das Niveau zu senken, auf das sich Anbieter, Verbraucher und Werbewirtschaft in Deutschland eingestellt hätten. Ökonomische Argumente, die eine Zulassung von E-Mail-Werbung in Deutschland zwingend nahe legen würden, seien mit Einschränkungen bislang nicht überzeugend vorgetragen worden. Die mit dem Empfang von E-Mail-Werbung verbundenen Kosten,

---

<sup>675</sup> Funk CR 1998, 411, 420

<sup>676</sup> Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 289

<sup>677</sup> Funk CR 1998, 411, 420; Leible/Sosnitza K&R 1998, 283, 289 bzgl. Telefonwerbung

<sup>678</sup> Schrey K&R 1998, 222, 224

Zeit- und Arbeitsaufwand und die bei Zunahme von Werbung via E-Mail drohende Belastung der Kapazität des Internets als Ganzes sprächen gegen die Einführung einer opt-out-Lösung. Gegen ein Spamming-Verbot könnten auch nicht die im internationalen Kontext zu erwartenden Schwierigkeit bei der Durchsetzung angeführt werden, da diese auch bei wie auch immer gearteten opt-out-Lösungen zu erwarten wären. Für eine Zulassung spräche auch nicht, dass Verbote von Direktmarketingmethoden ohnehin nicht fruchten würden, wie das Verbot von Telefonwerbung zeige. Diese Behauptung träfe nämlich zumindest im privaten Verbraucherbereich nicht zu. Beim Wunsch nach Harmonisierung der Rechtslage auf europäischem bzw. globalem Niveau sei zu beachten, dass die von Art. 10 II FARL erfassten Kommunikationsformen auf individuelle Kommunikation setzten und daher eine gewisse Anpassung an nationale Märkte ohnehin erforderlich sei, und im Gegensatz zu anderen Werbeformen auch eher eine Begrenzung des Empfängerkreises auf bestimmte Mitgliedsstaaten möglich erscheinen lassen würden.<sup>680</sup>

Der Ansicht, welche die Einführung einer opt-out-Lösung ablehnt, ist zuzustimmen. Gründe, welche die bisher bestehende Rechtslage als änderungswürdig erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.

Das Argument, dass nur durch eine opt-out-Lösung die Nutzung des Mediums E-Mail als Werbeinstrument wirksam ermöglicht wird, lässt die schützenswerten Interessen von Allgemeinheit und Verbrauchern völlig außer Betracht. Das Bedürfnis nach ungehinderter Nutzung eines Mediums als Werbemittel vermag nicht, diese Interessen in den Hintergrund zu drängen. Diese Erwägung spricht auch gegen die Behauptung, dass das opt-in-System den Werbenden zu sehr belaste, und gegen die Behauptung, dass die Entwicklung des Internets durch das opt-in-Prinzip gehindert werde. Selbst wenn dies der Fall ist, ist dies, wie oben bereits darge-

---

<sup>679</sup> Freitag/Busemann AfP 1998, 475, 479

<sup>680</sup> Günther CR 1999, 172, 179f.

legt, aufgrund der beeinträchtigten Interessen von Verbrauchern und Allgemeinheit gerechtfertigt. Unabhängig davon zeigt die Entwicklung z.B. in den USA und Deutschland, dass diese Behauptung nicht zutrifft. In diesen Ländern herrscht zumindest partiell das opt-in-Prinzip. Trotzdem hat sich das Internet insbesondere zum Waren- und Dienstleistungsaustausch rapide weiterentwickelt.

Weiterhin kann angesichts der Datenschutzrichtlinie nicht mehr angeführt werden, dass ein opt-out-Prinzip notwendig wäre, um der Zersplitterung der Rechtsvorschriften innerhalb der EG entgegenzuwirken. Mit der eindeutigen Regelung der Datenschutzrichtlinie ist es zu einer homogenen Regelung gekommen, eine Zersplitterung der Rechtsvorschriften ist nicht mehr zu befürchten.

Letztlich entscheidend ist aber, dass keine Möglichkeit in Sicht ist, die Interessen von Verbraucher und Allgemeinheit anders als durch ein opt-in-Prinzip zu schützen. Die Möglichkeit der Kennzeichnung vermag nicht, ebenso wenig wie die Einrichtung von Robinsonlisten und Filterprogrammen die Interessenbeeinträchtigung zu verhindern<sup>681</sup>. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn es einen Weg gäbe, Werbe-E-Mails ähnlich wie Werbe-Briefe ohne Belastung des Empfängers abzuwehren. Dazu müssten die Nachrichten ähnlich wie Briefe abgewehrt werden können, ohne dass die Empfangsanlage, der Briefkasten, in Anspruch genommen wird. Ferner müsste die Übermittlung allein auf Kosten des Werbenden erfolgen. Eine Abwälzung der Kosten wie zur Zeit durch die Zugangs- bzw. Verbindungsgebühren darf nicht geschehen. Insbesondere letzteres ist aber aufgrund der Struktur des Internets nicht möglich.

---

<sup>681</sup> vgl. oben I.J.1.b und I.J.1.c

## Literaturverzeichnis

- Bachem, Jens Chr. / Lüpsen, Haiko** Electronic Mail am RRZK, Spam, <http://www.uni-koeln.de/RRZK/mail/spam.html>.
- Beucher, Klaus / Leyendecker, Ludwig / von Rosenberg, Oliver** Mediengesetze, Rundfunk, Mediendienste, Teledienste, Vahlens Kommentare – Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag, Teledienstgesetz und Teledienstdatenschutzgesetz, München 1999.
- Birsch, Klaus M.** EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, CR 1999, 235-244.
- Bleisteiner, Stephan** Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet - unter besonderer Berücksichtigung des Teledienstgesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags, Köln, Berlin, Bonn, München 1999.
- Boldt, Axel** Blacklist of Internet Advertisers, <http://math-www.uni-paderborn.de/~axel/BL>.
- Brechmann, Winfried** Die richtlinienkonforme Auslegung, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994.
- Busche, Jan / Kraft, Hartmut** Werbung per electronic mail: Eine neue Herausforderung für das Wettbewerbsrecht?, WRP 1998, 1142-1151.
- Bußmann** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 11.11.1959 (I ZR 179/57), in: GRUR 1959, 281-282.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias** Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage, Neuwied-Kriftel 2002, zit. Callies/Ruffert-Bearbeiter.
- Cottrell, Lance** Mixmaster & Remailer Attacks, <http://www.obscura.com/~loki/remailer/remailer-essay.html>.
- Crispin, M.** Distributed Electronic Mail Models in IMAP4, RFC 1733, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1733.txt>.
- Crispin, M.** Internet Message Access Protocol - Version 4rev1, RFC 2060, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc2060.txt>.
- Dern, Daniel P.** Postage due on junk e-mail - Spam costs Internet millions every month, <http://content.techweb.com/se/directlink.cgi?INW19980504S0003>.
- Dethloff, Nina** Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596- 1603.
- Donath, Andreas** E-Mail bleibt wichtigste Internet-Anwendung, <http://www.golem.de/0010/10296.html>.
- Ders.** Studie: Unerwünschte E-Mails sind Zeit-Killer im Büro, <http://www.golem.de/0009/9714.html>.
- Donnerhacke, Lutz** Teergruben FAQ, <http://www.iks-jena.de/mitarb/lutz/usenet/teergrube.html>.

- Droste** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 19.06.1970 (I ZR 115/65), in: GRUR 1970, 524-525.
- Ehlers, Wolfram** Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Verbrauchers vor Werbung, WRP 1983, 187-194.
- Ekey, Friedrich L. / Kippel, Diethelm / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid / Plaß, Gunda** Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2000, zit. HK-WettbR-Bearbeiter.
- Emmerich, Volker** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Auflage, 1995 München, zit. Emmerich.
- Engel, Friedrich-Wilhelm** Produzentenhaftung für Software, CR 1986, 702-708.
- Engel-Flehsig, Stefan** Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer, ZUM 1997, 231-239.
- Engels, Stefan / Eimterbäumer, Elke** Sammeln und Nutzen von e-Mail-Adressen zu Werbezwecken, K&R 1998, 196-200.
- Erman, Walter / Westermann, H. P.** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG, 1. Band (§§ 1-853), 10. Auflage, Münster, Köln 2000, zit. Erman-Bearbeiter.
- Ernestus, Justus** Schadensersatzrisiken des Software-Erstellers, Göttingen 1993.
- Ernst, Stefan** Anmerkung zum Beschluss des LG Traunstein v. 18.12.1997 (2 HKO 3755/97), in: NJW-CoR 1998, 110f..
- Ders.** Anmerkung zum Beschluss des LG Traunstein v. 14.10.1997 (2 HKO 3755/97), in: NJW-CoR 1997, 494-495.
- Ders.** Internet News, NJW-CoR 1999, 314.
- Ders.** Internet News, NJW-CoR 1999, 422.
- Ders.** Internet-News, NJW-CoR 1999, 252.
- Ders.** Wirtschaftsrecht im Internet, BB 1997 1057-1062.
- Falck** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 08.04.1960 (I ZR 24/59), in: GRUR 1960, 433-434.
- Ders.** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 1.2.1967 (Ib ZR 3/65), in: GRUR 1967, 432.
- Falkenbach, Thomas** Die Leistungerschleichung (§ 265a StGB), Ein Beitrag zu einer strafrechtlichen Ergänzungsregelung verbreiteter Bagatelldelinquenz auf dem Hintergrund kriminologischer und kriminalistischer, historischer sowie rechtsvergleichender Erkenntnisse, Lübeck 1984.
- Fenchel, Jörg** Negative Informationsfreiheit, Zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit, Berlin 1987.
- Fernández-Nóvoa, Carlos** Die belästigende Werbung, GRUR Int. 1973, 436-440.

- Fezer, Karlz-Heinz / Koos, Stefan** Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe, IPRax 2000, 349-354.
- Fikentscher, Wolfgang / Möllers, Thomas M.J.** Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunst-darbietung, NJW 1998, 1337-1344.
- Forster, Paul** Sch@ltzentrale, NJW-CoR 1997, 27-30.
- Freitag, Andreas / Busemann, Jan Rudolf** Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von elektronischer Post als Mittel des Direktmarketings, AfP 1998, 475-479.
- Freytag, Stefan** EU-Kommission: Richtlinienentwurf zum Electronic Commerce, MMR 12/1998, V-VII.
- Funk, Axel** Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411-420.
- Gamm, Otto-Friedrich Freiherr von** Heymanns Taschenkommentare zum gewerblichen Rechtsschutz, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1993, zit. Gamm.
- Gareis, Karsten / Kordey, Norbert / Korte, Werner B. / Mentrup, Alexander / Selhofer, Hannes** Stand und Entwicklungsperspektiven des elektronischen Geschäftsverkehrs in Deutschland, Europa und USA unter besonderer Berücksichtigung der Nutzung in KMU, 1999 und 2001, Tabellenanhang, [http://www.empirica.com/ecom/files/TabAnhang\\_Vs11.pdf](http://www.empirica.com/ecom/files/TabAnhang_Vs11.pdf), zit. Empirica, Tabellenanhang.
- Gellens, R. / Newman, C. / Lundblade, L.** POP3 Extension Mechanism, RFC 1939, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc2449.txt>.
- Gerling, R.W.** Rechtslage zu Mailfilter, [http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling\\_mail-filter.html](http://www.ulm.ccc.de/chaos-seminar/spam/gerling_mail-filter.html).
- Gloy, Wolfgang** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Auflage, München 1999, zit. Gloy.
- Gößmann, Christine** Electronic Commerce, Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien, MMR 1998, 88-92.
- Graumann, Sabine / Köhnen, Bärbel** Monitoring Informationswirtschaft, München 2001, <http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/Faktenbericht.pdf>.
- Gray, Terry** Comparing Two Approaches to Remote Mailbox Access: IMAP vs. POP, <http://www.imap.org/papers/imap.vs.pop.brief.html>.
- Gumming, Christian** Rechtsfrage bei Werbung im Internet, ZUM 1996, 573-583.
- Günther, Andreas** Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Artikel 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, CR 1999, 172-184.
- Hambridge, Sally** Netiquette Guidelines, RFC 1855, <http://www.dtcc.edu/cs/rfc1855.html>.
- Haß, Gerhard** Der strafrechtliche Schutz von Computerprogrammen, in: Lehmann, Michael, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988.

- Heermann, Peter** Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei der E-Mail-Nutzung, K&R 1999, 6-14.
- Hefermehl, Wolfgang / Baumbach, Adolf** Beck'scher Kurzkommentar, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2001, zit. Baumbach/Hefermehl.
- Hoeren, Thomas** Cybermanners und Wettbewerbsrecht - Einige Überlegungen zum Lauterbarkeitsrecht im Internet, WRP 1997, 993-998.
- Ders.** Grundzüge des Internetrechts: ECommerce / Domains / Urheberrecht, 2. Auflage, München 2002.
- Ders.** Internetrecht, Stand: Februar 2003, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript.pdf>.
- Ders.** Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192-199.
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich (Hrsg.)** Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Stand Dez. 2001 München, zit. Hoeren/Sieber-Bearbeiter.
- Hoffmann, Helmut** Die Entwicklung des Internet-Rechts, NJW 2001, Beilage/Heft 14, S. 5-39.
- Hoffmann, Michael** Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, Baden-Baden 2000, zit. Hoffmann, Grundfreiheiten des EG-Vertrages.
- Irlbeck, Thomas,** Computer-Englisch, 2. Auflage, 1995 München.
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.)** Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, 2. Auflage, Heidelberg 2001, zit. Isensee-Bearbeiter.
- Jäckle, Wolfgang** Jäckle, Wolfgang, Zur Zulässigkeit von Werbung im Btx-Mitteilungsdienst, WRP 1986, 648-649.
- Jones, Jeffery M.** Poll Analysis, Almost All E-Mail Users Say Internet, E-Mail Have Made Lives Better, <http://www.gallup.com/poll/releases/pr010723.asp>.
- Jud, Ralph** Mail-Filter für ankommende Mails, <http://www.zi.unizh.ch/publications/pdf/mailfilter.pdf>.
- Kaiser, Mathias** Briefkastennwerbung durch Postwurfsendungen trotz Sperrvermerks, NJW 1991, 2870-2873.
- Karadeniz, Besim** Netplanet, Verstehen Sie mal das Internet!, <http://www.netplanet.org>.
- Kelm, Stefan** Technische Maßnahmen gegen Spam, Was tun gegen unerwünschte E-Mails?, <http://www.cert.dfn.de/infoserv/dib/dib-9901.html>.
- Kiehte, Kurt** Werbung im Internet, WRP 616-623.
- Kilian, Wolfgang / Heussen, Benno (Hrsg.)** Computerrechts-Handbuch, Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, München, Stand März 2002, zit. Kilian/Heussen-Bearbeiter.

- Kingreen, Thorsten** Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999, zit. Kingreen, Struktur der Grundfreiheiten.
- Klawitter, Christian** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 24.1.1991 (I ZR 133/89), in: GRUR 766-767.
- Klensin, J.** Simple Mail Transfer Protocol, RFC 2821, <http://www.cis.ohio-state.edu/Services/rfc/rfc-text/rfc2821.txt>.
- Köhler, Helmut** Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, 185-190.
- Köhler, Helmut / Piper, Henning** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 2002, zit. Köhler/Piper-Bearbeiter.
- Köhler, Markus / Arndt, Hans-Wolfgang** Recht des Internet, 3. Auflage, Heidelberg 2001.
- König, Mark Michael** Das Computerprogramm im Recht, technische Grundlagen, Urheberrecht und Verwertung, Überlassung und Gewährleistung, Köln 1991.
- Krause, Thomas / Wuermeling, Ulrich** / Mißbrauch von Kabelfernsehanschlüssen, NStZ 1990, 526- 528.
- Kuner, Christopher** Editorial, Denkanstoß für E-Commerce in Europa, MMR 1999, 185f..
- Lachmann, Jens-Peter** Anmerkung zu Urteil des BGH v. 3.2.1988 (I ZR 222/85 KG), in: GRUR 1988, 617-619.
- Lambert, M.** PCMail: A Distributed Mail System for Personal Computers, RFC 1056, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1056.html>.
- Lehmann, Michael** Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz - Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, ZUM 1999, 180-184.
- Lehmpfuhl** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.2.1965 (Ib ZR 51/63), in: GRUR 1965, 493-494.
- Leible, Stefan / Sosnizza, Olaf** Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie, K&R 1998, 283-292.
- Lettl, Tobias** Rechtsfragen des Direktmarketings per Telfon und e-mail, GRUR 2000, 977-984.
- Leupold, Andreas** Die massenweise Versendung von Werbe-eMails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung des Empfängers?, WRP 1998, 270-280.
- Leupold, Andreas / Bräutigam, Peter / Pfeiffer, Markus** Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000, 575-598.
- Loewenheim, Ulrich / Koch, Frank A. (Hrsg.)** / Praxis des Online-Rechts, Weinheim, New York, Chichester, Brisbane, Singapore, Toronto 1998, zit. Loewenheim/Koch-Bearbeiter.
- Löwisch, Manfred** Briefkastenwerbung von Parteien, NJW 1990, 437-438.

- Maennel, Frithjof A.** Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen - der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187-192.
- Malkin, G.** Internert Users' Glossary, RFC 1983, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1983.html>.
- Manfredi, John** ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet, 2. April 1998, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/internet\\_guidelines.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/internet_guidelines.asp).
- Ders.** ICC International Code of Advertising Practice (1997 Edition), 21. April, 1997, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1997/advercod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1997/advercod.asp).
- Ders.** ICC International Code of Direct Marketing, 25. September 1998, [http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/rules/1998/marketcod.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/marketcod.asp).
- Mangoldt, Hermann v. / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.)** Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Auflage, München 1999, zit. Mangoldt-Bearbeiter.
- Mankowski, Peter** Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1999, 995-1003.
- Martinek, Michael** Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, 207-208.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günther / Herzog, Roman / Scholz, Rupert** Grundgesetz, Kommentar, Band I, Art. 1-11, Lieferung 40, Stand Juni 2002, München, zit. Maunz-Bearbeiter.
- Medicus, Dieter** Bürgerliches Recht, 19 Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- Merk, Gerhard** Der Begriff "Markttransparenz" in besonderer Hinsicht auf den B2C-Internet Handel erklärt, [www.uni-siegen.de/~merk/downloads/markttransparenz\\_b2c.doc](http://www.uni-siegen.de/~merk/downloads/markttransparenz_b2c.doc).
- Moritz, Werner** Anmerkung zum Beschluss des LG Berlin v. 2.4.1998 (16 O 201/98), in: CR 1998, 623f..
- Müller-Hengstenberg, Claus D.** Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, 3128-3144.
- Münch, Ingo v. (Hrsg.)** Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 19, 5. Auflage, München 2000. Münch-Bearbeiter.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001,  
Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, PartGG, ProdHaftG, 3. Auflage, München 1997, zit. MüKo-Bearbeiter
- Myers, J.** Post Office Protocol - Version 3, RFC 1939, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1939.txt>.

- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003, zit. Palandt-Bearbeiter.
- Papst, Andreas,** Spam Spam Spam Spam Spam Spam Spam Spam..., [http://www.univie.ac.at/comment/arch/98-1/981\\_30.html](http://www.univie.ac.at/comment/arch/98-1/981_30.html).
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard** Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Auflage, Heidelberg 2002.
- Postel, Jonathan B.** Simple Mail Transfer Protocol, RFC 821, <http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc0821.html>.
- Pusch, Thorsten** Das Einsteigerseminar Internet, 4. Auflage, 1997 Kaarst.
- Raz, Uri** How do spammers harvest email addresses?, <http://www.private.org.il/harvest.html>.
- Recklies, Oliver** Analysen und Prognosen als Basis für ein erfolgreiches Marktmanagement, <http://www.themanagement.de/Ressources/Prognosen.htm>.
- Reichelsdorfer, Jörg** „eMails“ zu Werbezwecken - ein Wettbewerbsverstoß?, GRUR 1997, 191- 197.
- Ders.** Anmerkung zum Beschluss des LG Traunstein v. 18.12.1997 (2 HK O 3755/97), in: CR 1998, 173-174.
- Rein, Andreas** Anmerkung zum Urteil des LG Braunschweig v. 11.8.1999 (22 O 1683/99), in: NJW-CoR 2000, 235.
- Rombach, Wolfgang** Killer-Viren als Kopierschutz, Vertragliche und deliktische Anspruchsgrundlagen der Betroffenen, CR 1990, 101-106.
- Rosenthal, Chip** What is Third-Party Mail Relay?, <http://www.mail-abuse.org/tsi/ar-what.html>.
- Roßnagel, Alexander (Hrsg.)** Recht der Multimedia-Dienste, Kommentar zum lUKDG und zum MDStV, Stand November 2001, München, zit. Roßnagel-Bearbeiter.
- Rüßmann, Helmut** Wettbewerbshandlung im Internet - Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, K&R 1998, 422-427.
- Sachs, Michael (Hrsg.)** Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2003, zit. Sachs-Bearbeiter.
- Sack, Rolf,** Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag, WRP 1998, 103-119.
- Sandhöfer, Jürgen / Schmitt-Walter, Nikolaus** @factsmontly, Oktober 2000, [http://www.sevenonemedia.de/service/publikationen/download/at\\_facts1000.pdf](http://www.sevenonemedia.de/service/publikationen/download/at_facts1000.pdf).
- Scherer, Inge** Wechselwirkungen zwischen Kartellrecht und UWG, WRP 1996, 174-181.
- Schmittmann, Jens M.** Anmerkung zum Beschluss des LG Berlin v. 14.5.1998 (16 O 301/98), in: CR 1998, 499f.

- Ders.** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 16.3.1999 (XI ZR 76/98), in: MMR 1999, 478-480.
- Ders.** Anmerkung zum Urteil des LG Ellwangen v. 27.8.1999 (2 KfH 09/99), in: MMR 1999, 677-678.
- Ders.** Anmerkung zum Urteil des OLG Koblenz v. 7.9.1995 (6 U 480/95), in: CR 1996, 208f..
- Ders.** Anmerkungen zum Beschluss des LG Traunsteins v. 14.10.1997 (2 HK O 3755/97); in: MMR 1998, 53-55.
- Ders.** Anmerkungen zur Verfügung des GenStA Frankfurt/M. v. 07.12.2001 (Zs 31754/01), in: MMR 2002, 263- 265.
- Ders.** Rechtliche Aspekte der Short-Message-Service-Werbung, MMR 1998, 346-349.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst** Schönke, Adolf / Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2001, zit. Schönke/Schröder-Bearbeiter.
- Schrey, Joachim / Westermelle, Kai** „Junk-E-mails“ im Internet, Wenn der elektronische Briefkasten ungewollt verstopft wird, BB 1997, Supplement 18, S. 17- 23.
- Schrick, Alexander** Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung, MMR 2000, 399-405.
- Schulte-Nölke, Hans** Auswirkung der Fernabsatz-Richtlinie, NJW 1998, 210f..
- Schwarz, Mathias / Peschel-Mehner, Andreas (Hrsg.)** Recht im Internet, Der Rechtsberater für Online-Anbieter und -Nutzer, Stand August 2001, Augsburg, zit. Schwarz-Bearbeiter.
- Seydel** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.9.1970 (I ZR 123/69), in: GRUR 1971, 323-324.
- Ders.** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 19.11.1971 (I ZR 69/70), in: GRUR 1972, 366-367.
- Sieber, Ulrich** Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen (I), Zur Umsetzung von § 5 TDG am Beispiel der Newsgroups des Internet, CR 1997, 581-598.
- Smith, Marcia S.** CRS Report for Congress, „Junk E-mail“: An Overview of Issues an Legislation Concerning Unsolicited Commercial Electronic Mail („Spam“), <http://www.ipmall.fplc.edu/crs/RS20037.PDF>.
- Soergel, Hanns Theodor** Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999, zit. Soergel-Bearbeiter.
- Spindler, Gerald** Deliktsrechtliche Haftung im Internet - nationale und internationale Rechtsprobleme -, ZUM 1996, 533- 563.
- Ders.** Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 775-795.
- Ders.** Störerhaftung im Internet, K&R 1998, 177-183.

- Ders.** Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, 199-207.
- Spindler, Gerald / Schmittmann Jens M.** Unverwünschte E-Mail-Werbung, Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit in Europa, MMR Beilage 8/2001, 10- 19.
- Staudingers, J. von,** EGBGB Internationales Privatrecht, Art. 38-42, Berlin 2001,  
Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 21-103, 13. Auflage, Berlin 1995,  
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-825, 13. Auflage, Berlin 1999, zit. Staudinger-Bearbeiter.
- Steinbeck, Anja** Anmerkung zum Urteil des BGH v. 8.12.1994 (I ZR 189/92), in: GRUR 1995, 492f..
- Tettenborn, Alexander** Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, 252- 258.
- Vahrenwald, Arnold** Recht in Online und Multimedia, Praxis-Handbuch, Neuwied 1999.
- Vassilaki, Irini E.** Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), Anwendbarkeit der allgemeinen Strafrechtsdogmatik auf neue Verhaltensformen, CR 1999, 85-93.
- Vehslage, Thorsten** Auswirkung der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, GRUR 1999, 656-659.
- Volle, Peter** Anmerkung II zum Beschluss des LG Traunstein v. 14.10.1997 (2 HKO 3755/97), in: NJW-CoR 1997, 495.
- Wassermann, Rudolf (Hrsg.)** Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied Krieffel 2001, zit. AK-Bearbeiter.
- Westerwelle, Kai** Anmerkung zum Urteil des LG Berlin v. 13.10.1998 (16 O 320/98), in: MMR 1999, 45-46.
- Wienke, Martin** Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung über Bildschirmtext und Teletex, WRP 1986, 455-459.
- Winkler, Rolf** Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 15.05.1987 (2 U 170/86), in: WRP 1987, 643-644.
- Wulf, Gesine / Weiß, Harald** AOL hebt E-Mail-Blockade von Harris wieder auf, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_40056.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_40056.html).
- Ders.** AOL: E-Mails von Earthlink boykottiert, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_141773.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_141773.html).
- Ders.** E-Mail-Service an der Ostküste der USA zusammengebrochen, [http://www.chip.de/news\\_stories/news\\_stories\\_18679.html](http://www.chip.de/news_stories/news_stories_18679.html).
- Ziem, Claudia** Spamming, Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, MMR 2000, 129-135.
- Zimmermann, Bernd** Internet und WWW-Kurs, <http://www.www-kurs.de>.

## **Lebenslauf:**

### **Persönliche Daten**

Name: Stefan Modemann  
Geburtsdatum: 14. März 1972  
Geburtsort: Kronach  
Familienstand: ledig  
Eltern: Walter Modemann, Journalist,  
Heidrun Modemann, Industriekauffrau  
Staatsangehörigkeit: deutsch  
Religionszugehörigkeit: römisch-katholisch

### **Schulbildung**

08/78-07/82 Katholische Grundschule Büttgen  
09/82-07/88 Gymnasium Büttgen, Kaarst  
(heute: Georg-Büchner-Gymnasium)  
09/88-07/89 Morehead Highschool,  
Eden/North Carolina (USA)  
09/89-04/92 Gymnasium Büttgen, Kaarst

### **Zivildienst**

10/92-12/93 Mobiler Sozialer Hilfsdienst, Düsseldorf  
Tätigkeitsbereich: Ambulante Familien-  
und Altenpflege

### **Studium**

05/94-08/94 Musik am  
Drummers Collective, New York (USA)  
10/94-04/95 Physik an der  
Heinrich Heine Universität Düsseldorf  
09/95-09/99 Rechtswissenschaften an der  
Universität zu Köln  
09/99 1. Juristisches Staatsexamen

### **Referendariat**

seit 10/01 OLG Bezirk Düsseldorf