

Die Wettbewerbsrechtliche Behandlung von „spams“ und sonstigen Formen des Telemarketing

I. Einleitung

Im Jahr 1970 entschied der BGH: „Es verstößt gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs, unaufgefordert Inhaber von Fernmeldeanschlüssen, zu denen bislang keine Beziehungen bestehen, in ihrem privaten Bereich anzurufen, um Geschäftsabschlüsse anzubahnen oder vorzubereiten, insbesondere um Waren oder sonstige Leistungen anzubieten.“

Seit dieser Entscheidung haben sich die Formen des Telekommunikationsmarketing, stark verändert. Diese Entwicklung wurde zum einen durch den technischen Fortschritt, zum anderen aber auch durch veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen bestimmt. So hat die Kommunikationstechnik in den letzten Jahren, vor allem durch die zunehmende Nutzung des Internet und der Verbreitung von Mobilfunktelefonen, eine rasante Entwicklung gemacht, die die Gesellschaft in ihrem Kommunikationsverhalten nachhaltig beeinflusst hat.

Im folgenden soll aufgezeigt werden, wie die deutsche bzw. europäische Rechtsordnung das Telemarketing beurteilt und auf die rasanten Entwicklungen reagiert hat.

II. Formen des Telemarketing

Zunächst sollen die Formen des Telemarketing kurz aufgezeigt werden. Es ist zu bemerken, daß der Begriff des „Telemarketing“ nicht einheitlich genutzt wird. So heißt es in Part 310, Section 2 (U) der US-amerikanischen Telemarketing Sales Rule: „Telemarketing means a plan, program or campaign which is conducted to induce the purchase of goods or services by use of one or more telephones and which involves more than one interstate telephone call.“ Während der Begriff in der deutschen, respektive europäischen Gesetzgebung, soweit ersichtlich, keine Verwendung findet, wird in Teilen der deutschen Literatur unter dem Begriff des „Telemarketing“ dagegen auch der Gebrauch sonstiger Telekommunikationsmittel

zu Werbezwecken verstanden. Dieses relativ weite Begriffsverständnis kann dadurch eingegrenzt werden, daß die verwendete Technik sich an einen, mehr oder minder großen, vom Werbenden bestimmbar, Personenkreis richten muß. Die weiteren Ausführungen folgen diesem weiten Verständnis des Telemarketing. Damit fällt unter den Begriff des Telemarketing zunächst die Telefonwerbung als deren „Urform“. Desweiteren ist im Zuge der weiteren technischen Entwicklung die Werbung per Telex und Teletext versandt worden. Diese beiden Spielarten wurden weitgehend von der Telefaxwerbung abgelöst. Mit der Entwicklung, und vor allem Verbreitung, des Internet wurde die Werbe-eMail entdeckt, als deren Vorgänger man die Btx-Werbung bezeichnen kann.

Eine weitere Variante ist das sogenannte „Voice-Mailing“, bei dem ein Automat als werbender Gesprächspartner eingesetzt wird. Die letzte Entwicklung auf dem Telemarketingsektor stellt die SMS-Werbung, also die Versendung von Werbemitteilungen an Mobiltelefone, dar.

III. Beurteilung des Telemarketing nach nationalem Lauterkeitsrecht

Im deutschen Lauterkeitsrecht ist die Generalklausel des § 1 UWG für die Beurteilung des Telemarketing die zentrale Vorschrift. Voraussetzung ist demnach die Sittenwidrigkeit des Handelns. Diese ist anzunehmen wenn das Verhalten dem Anstandsgefühl des redlichen und verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widerspricht oder die Maßnahme von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird.

Die Formen des Telemarketing werden vorwiegend unter der Fallgruppe des Kundenfang durch Belästigung des Abnehmers diskutiert.

1. Telefonwerbung

Bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung ist zunächst zwischen Privatpersonen und Gewerbetreibenden zu unterscheiden.

a) Privatpersonen

Wie oben schon angedeutet ist die Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen nach gefestigter Rechtsprechung des BGH unzulässig, sofern der Angerufene

nicht ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis gegeben hat (sogenanntes „cold calling“). Nach Rechtsprechung des BGH hat der Inhaber eines Telefonanschlusses sich mit der Einrichtung eines Telefonanschlusses nicht der „weiten Welt“ geöffnet, sondern nur demjenigen, zu dem eine solche Beziehung besteht, die eine Inanspruchnahme des Anschlusses rechtfertigt. Der schlichte Werbeanruf stellt damit einen Eingriff in die Privatsphäre des Angerufenen dar, denn der Angerufene wird wegen der Eigenart des Telefons dazu genötigt erst einmal das Gespräch entgegenzunehmen und kann sich somit gegen das Eindringen nicht von vornherein wehren. Auch ist der Angerufene aus Höflichkeit nicht immer in der Lage das Gespräch umgehend zu beenden

Im Vordergrund steht damit der Schutz der Individualsphäre gegenüber dem Gewinnstreben Dritter. Die berechtigten Interessen der Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, erfordern es angesichts der vielfältigen Werbemethoden nicht, auch in den Privatbereich des umworbenen Verbrauchers einzudringen.

An die Erteilung eines ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnisses, welches die grundsätzliche Sittenwidrigkeit des Telefonmarketing entfallen läßt, werden recht hohe Maßstäbe angelegt. So reicht das Bestehen einer Geschäftsbeziehung alleine nicht aus. Auch ist ein Einverständnis noch nicht in der Angabe der Telefonnummer auf Briefbögen oder ähnlichem zu sehen. Von einem konkludenten Einverständnis kann aber ausgegangen werden, wenn die Telefonnummer in der Erwartung abgegeben wurde, daß sie von dem Unternehmen zur Fortführung des geschäftlichen Kontaktes genutzt wird.

b) Gewerbetreibende

Anders beurteilt die Rechtsprechung die Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden. Dieses wird gestützt auf den Hinweis, daß die nicht hinnehmbare Belästigung im Individualbereich, die bei Privaten die Sittenwidrigkeit begründet, bei Gewerbetreibenden ausscheidet. Dennoch ist die Telefonwerbung nicht per se zulässig, da der Gewerbetreibende das Telefon für sich und nicht für die Werber betreibt und die Werbeanrufe zu einer Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes führen können.

Die Abwägung dieser Gesichtspunkte führt nach der Rechtsprechung dazu, daß die Telefonwerbung auch bei einem mutmaßlichem Einverständnis des Gewerbetreibenden rechtmäßig sein kann. Ob ein Gewerbetreibender, der Anrufen ihm bislang unbekannter Dritter grundsätzlich aufgeschlossener gegenübersteht als ein Privater, diese Beeinträchtigungen hinnehmen will, ist Sache des Einzelfalls. Die bloße Sachbezogenheit der Werbung zu dem Geschäftsbetrieb des Angerufenen reicht nicht aus; vielmehr muß davon ausgegangen werden können daß der Gewerbetreibende einen derartigen Anruf erwartet oder ihm zumindest aufgeschlossen gegenübersteht.

c) Voice-mail System

Das sogenannte voice-mailing, bei dem Anrufautomaten eingesetzt werden, der Gesprächspartner also eine Maschine ist, ist der Eingriff in die Individualsphäre geringer weil der werbende Charakter des Anrufes von vornherein erkennbar ist. Allerdings sind auch diese Anrufe, gerade mit Blick auf die erhebliche Nachahmungsgefahr nicht hinzunehmen. Diese erscheint hier besonders groß, da das voice-mailing aufgrund der Automatisierung eine vergleichbar günstige Marketingmethode ist.

d) Kritik

Diese Rechtsprechung des BGH hat zum Teil Kritik in der Literatur erfahren. Zum einen wird argumentiert, daß der Nachahmungseffekt dem Werbenden unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zur Last gelegt werden kann. Die dem Werbenden auferlegte Folgeverantwortung für sein an sich nicht belästigendes Verhalten widerspricht nach dieser Ansicht dem verhaltensrechtlichen Ansatz des UWG. Sollte die Nachahmung der Werbung zu einem „Sogeeffekt“ führen, so könnte immer noch eingegriffen werden ohne präventiv tätig zu werden. Zudem wird auf die Rechtsprechung zur Briefkastenwerbung verwiesen, denn diese ist nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich zulässig. Der Belästigungseffekt ist nach Ansicht des BGH nur gering, da der Empfänger meist schon äußerlich, spätestens aber nach dem Öffnen den Werbecharakter der Sendung erkennt und diese Wegwerfen kann, ohne vom weiteren Inhalt Kenntnis zu nehmen. Darüber

hinaus wird davon ausgegangen, daß viele Fernschreibteilnehmer ein berechtigtes Interesse an der Information durch die Werbesendungen haben. Der Belästigungseffekt, so wird kritisch zur Beurteilung der Rechtsprechung zum Telemarketing angemerkt, sei vor allem bei Abwesenheit des Briefkasteninhabers erheblich. Damit werden bei Behandlung der genannten Werbeformen, unter Berücksichtigung des Belästigungseffektes, ungleiche Maßstäbe angelegt, was im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG als bedenklich angesehen wird. Ein ähnlicher Wertungswiderspruch ist auch bei einem Vergleich mit der Rechtsprechung zu unverlangten Vertreterbesuchen erkennbar, da diese prinzipiell ebenfalls zulässig sind.

Weiter wird darauf verwiesen, daß sich das Telefonverhalten der Gesellschaft seit der Telefon I -Entscheidung des BGH gewandelt hat, was sich unter anderem an der zunehmenden und halböffentlichen Nutzung von Mobiltelefonen zeigt.

Letztlich wird kritisiert, daß der BGH in seinen Begründungen von einem unmündigen und uninformierten Bürger ausgeht, was im Regelfall auf den heutigen Anschlußinhaber nicht mehr zutrifft.

2. Telex-, Teletext- und Telefaxwerbung

a) Telexwerbung

Auf die Telexwerbung, die mittlerweile durch die Ablösung des Telex durch das Telefax bedeutungslos geworden ist, lassen sich die oben genannten Grundsätze zur Telefonwerbung nicht ohne weiteres übertragen. Zum einen handelte es sich bei den Telexbetreibern überwiegend um Gewerbetreibende. Andererseits tritt der Werbende nicht persönlich und unmittelbar mit dem Empfänger des Telex in Kontakt, so daß die unerfreulichen Begleiterscheinungen eines Werbeanrufes hier ausscheiden. Allerdings ist der Fernschreiber zur Zeit der Sendung des Werbetelex besetzt und kann weder senden noch empfangen, so daß seine Rationalisierungsfunktion für diese Zeit entfällt. Darüber hinaus kostet die Aussortierung des Telex aus dem üblichen Geschäftsgang auch Zeit. Damit kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden, daß der Empfänger ein generelles Interesse an einem Werbetelex hat. Vielmehr soll es

auch hier darauf ankommen ob es im, wenn auch nur vermuteten, Interesse des Empfängers liegt, das Angebot per Fernschreiber statt per Post zu erhalten.

b) Teletextwerbung

Bei der Werbung per Teletext wird die Werbebotschaft auf Leitungen der Telekom elektronisch an den Empfänger übertragen. Die Belastung für den Empfänger ist hier größer als beim Telex, da die Empfangsgeräte nur eine limitierte Speicherkapazität aufweisen. Damit gelten für die Teletextwerbung die gleichen Grundsätze wie bei der Telexwerbung.

c) Telefaxwerbung

Die zur Telefon- und Telexwerbung aufgestellten Grundsätze gelten auch für die Telefaxwerbung an Privatpersonen. Ebenso wie beim Telex ist der Telefonanschluß bei Empfang des Werbefax besetzt, so daß er den bestimmungsgemäßen Zweck nicht erfüllen kann. Auch ist ein gewisser Aufwand erforderlich um die Werbefaxe aus dem normalen Geschäftsgang herauszusortieren. Über diese Argumente hinaus wird bei Beurteilung der Telefaxwerbung verstärkt auf die, dem Empfänger durch Papier-, Strom- und Tonerverbrauch entstehenden Kosten abgestellt. Weiter wird die große Verbreitung der Faxtechnologie beachtet, indem von einer großen Nachahmungsgefahr ausgegangen wird, die zu einer starken Belästigung der Nutzer führen kann.

Bei gewerblich betriebenen Anschlüssen soll das Einverständnis wie bei der Telefonwerbung auch vermutet werden können.

3. Btx-, eMail- und SMS-Werbung

a) Bildschirmtext-Werbung

Die Frage der Zulässigkeit von „Onlinewerbung“ beschäftigt die Rechtsprechung nicht erst mit der kommerziellen Nutzung des Internet, sondern bereits seit Mitte der 80'er Jahre in Zusammenhang mit dem Bildschirmtextsystem (Btx). Mit diesem System werden Daten vom Absender über das Fernmeldenetz an den

Empfänger übertragen, der diese mit Hilfe eines Modems abrufen kann und auf dem Bildschirm eines Computers oder Fernsehers darstellen kann. Bei Beurteilung der Btx-Werbung war zunächst zu differenzieren zwischen dem sogenannten Angebotsdienst, der sich an alle Btx Teilnehmer richtet und dem Mitteilungsdienst der den Austausch von individuellen Nachrichten ermöglicht. Der inzwischen aufgehobene Btx-Staatsvertrag vom 18. 03. 1983 sah in Art. 8 III eine Kennzeichnung der Werbung auf der Angebotsseite vor. Sofern die Werbung ordnungsgemäß gekennzeichnet war, lag eine unzumutbare Belästigung nicht vor. Bei fehlender Kennzeichnung war die Sittenwidrigkeit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs gegeben.

Die Kennzeichnungspflicht war auf individuelle Nachrichten der Mitteilungsseite gemäß Art 3 I Btx-StV nicht anwendbar. Die Kennzeichnungspflicht sollte auch bei der massenhaften Versendung von Einzelmitteilungen, die als verkapptes Angebot angesehen werden konnten, nicht entsprechend angewendet werden können. Wurde eine nicht kennzeichnungspflichtige Werbenachrichtis unaufgefordert versendet, so war nach Rechtsprechung des BGH die Sittenwidrigkeit im Sinne von § 1 UWG begründet. Der Empfänger war nach BGH zwar nicht wie ein Fernsprechteilnehmer in seiner Privatsphäre betroffen, da er die Mitteilungen abrufen konnte wann er möchte. Auch entstanden ihm keine Kosten für Papier und Toner bzw. Farbband. Aber der Empfänger benötigte für die Aussortierung der Nachricht längere Zeit, indem er die Nachricht erst abrufen mußte, um dann zu warten, bis sich das Bild mit der Nachricht aufgebaut hat, um die Nachricht erst dann zu löschen. Während dieser Zeit war darüber hinaus der Telefonanschluß des Empfängers besetzt. Daneben sah der BGH auch die Gefahr, daß die Btx-Werbung etliche Nachahmer findet. Alleine aus diesem Grund wurde die Btx-Werbung als sittenwidrig angesehen, weil ihr Umsichgreifen zu „einer untragbaren Belästigung und einer Verwilderung der Werbesitten führt“.

Allerdings stellt der BGH in einem *obiter dictum* ausdrücklich klar, daß die grundsätzliche Sittenwidrigkeit der Btx-Werbung entfällt, wenn der Nutzer ohne große Mühe die Möglichkeit hat die Werbenachrichten bereits aus dem Inhaltsverzeichnis heraus zu löschen, so daß der Belästigungseffekt weitaus

geringer wäre. Die Unlauterkeit wäre dann nur noch bei Mißachtung eines Widerspruchs durch den Adressaten gegeben.

Ab 1987 mußten auch individuelle Mitteilungen nach den Vorschriften der Post gekennzeichnet werden. Geschieht dies nicht so ist die Werbung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs als sittenwidrig zu beurteilen.

Im Herbst 1995 ging das Btx-System im T-Online Service der Deutschen Telekom AG auf und hat seit dem wesentlich an Bedeutung verloren.

b) eMail -Werbung

In den letzten 5 Jahren hat die elektronische Kommunikation per eMail (electronic mail) rasant an Bedeutung gewonnen. Durch die eMail werden Daten von einem PC über einen sogenannten Server an einen Vermittlungsdienst übergeben, der die Daten an den Server des Empfängers weiterleitet. Der Empfänger wählt sich nun über seinen Provider in das Netz ein und erhält daraufhin eine Übersicht der auf dem Server für ihn gespeicherten eMails. Nun kann sich der Empfänger die auf dem Server gespeicherten Daten auf seinen PC überspielen um die eMail zu lesen. Nachdem dieses System auch in Deutschland sehr populär geworden ist, hat auch die Wirtschaft die eMail als Werbeträger entdeckt. Zum einen hat die eMail gegenüber dem herkömmlichen Brief, der „snail-mail“, den Vorteil, daß sie ohne größere Verzögerung beim Empfänger ankommt. Darüber hinaus ist der Kostenaufwand im Vergleich mit einem Werbebrief ungleich geringer. Dies ist gerade für kleine und mittlere Unternehmen, die sich bisher ein Direktmarketing nicht leisten konnten, interessant. Die eMails können mit sogenannten „bulk-eMail-Programmen“ und eMail-Adressenlisten, die bereits gehandelt werden, gleichzeitig und tausendfach versendet werden. Für das Massenweise versenden von derartigen Werbe-eMails ist der Begriff des „spamming“ gebräuchlich.

Es stellt sich die Frage, ob eine unaufgefordert zugesandte Werbe-eMail im Sinne von § 1 UWG sittenwidrig ist. Die Auffassung hierzu sind uneinheitlich; auch fehlt es bislang an höchstrichterlicher Rechtsprechung. Die unterinstanzliche Rechtsprechung - als erstes deutsches Gericht hatte das Landgericht Traunstein 1997 in einem Beschluß über die Zulässigkeit der eMail-Werbung zu entscheiden

- und die Literatur orientiert sich bei der Beurteilung der eMail-Werbung vorwiegend an der Rechtsprechung zu den herkömmlichen Telemarketingformen sowie der Briefkastenwerbung.

Fraglich ist, ob und wie weit sich die geltenden Grundsätze zur Briefkastenwerbung und zum Telemarketing auf die eMail-Werbung übertragen lassen.

Bei der Telefonwerbung steht, wie bereits dargestellt, der Eingriff des Werbenden in die Individualsphäre des Umworbenen im Vordergrund. Bei der Versendung von eMails fehlt es jedoch an diesem Eingriff, da der unmittelbare persönliche Kontakt zwischen Werber und Umworbenem fehlt und die Nachrichten nach belieben abgerufen werden können.

Von der Telefax- und Telexwerbung unterscheidet sich die eMail-Werbung zunächst dadurch, daß es nicht zu einem Verbrauch von Toner und Papier kommt. Auch kommt es nicht zu einem Belegen des Anschlusses während der Übertragung der Nachricht auf den Server des Empfängers. Allerdings muß der Empfänger sich die Mitteilungen, auf seinen PC laden (downloaden), um die Nachricht einzusehen. Während dieser Zeit ist der Telefonanschluß besetzt. Zudem fallen Telefonkosten und Providergebühren an. Diese, so wird zum einen eingewandt, halten sich bei dem Empfang von einigen eMails in Grenzen. Zum anderen wird darauf verwiesen, daß der Empfänger unerwünschte Werbung, die er anhand der Titelzeile (eMail-Header) erkennt, aus dem Inhaltsverzeichnis heraus löschen kann, ohne diese erst vom Server herunterzuladen. Weiter wird zu bedenken gegeben, daß nicht alle Werbesendungen sofort erkennbar sind. Außerdem führt die Erkenntnis, daß die Nachricht von einem kommerziellen Anbieter kommt, nicht immer dazu, daß der Empfänger die Nachricht nicht mehr einsehen braucht. Daneben wird angemerkt, daß der Empfänger die Blockade des Telefonanschlusses während des verlängerten Herunterladens der eMails mit einem ISDN-Anschluß umgehen könne. Ebenso können die bei dem Herunterladen der eMails anfallenden Kosten durch einen Wechsel zu einem preiswerteren Provider gedrückt werden. Diese Argumente verkennen jedoch, daß der Verbraucher eine Wahlfreiheit welchen Provider und welchen Telefonanschluß er bevorzugt. Zudem wird dem Empfänger der eMail alleine die

Aufgabe aufgebürdet, einen von ihm nicht verursachten Mißstand zu beheben. Sie können bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der eMail-Werbung daher kaum ins Gewicht fallen.

Als entscheidendes Faktum für die Beurteilung der eMail-Werbung wird die Nachahmungsgefahr angeführt, die der Werbeform aufgrund der geringen Kosten, der hohen Versendegeschwindigkeit und des geringen Aufwandes anhaftet.

Diese Nachahmungsgefahr unterscheidet die eMail-Werbung maßgeblich von der Briefkastenwerbung, so daß es zu Belastungen in weitaus größerem Umfang kommt, wenn der entstehende „Sogeffekt“ andere Werber ebenfalls zum „spamming“ motiviert.

Diese Nachahmungsgefahr wurde auch schon bei der Beurteilung der herkömmlichen Telemarketingmethoden maßgeblich berücksichtigt. Für die eMail-Werbung könnte diese Nachahmung zur Folge daß der einzelne Mailboxbetreiber nicht nur vereinzelt Werbe-eMails empfängt, sondern in großer Anzahl. Dieses jedoch würde den Aufwand beim Aussortieren der „spams“ erheblich vergrößern. Weiter ist zu beachten, daß dem Empfänger der eMail auf dem server seines providers nur ein begrenzter Speicherplatz (mail-spool) zur Verfügung steht. Ist die Kapazität dieses Speicherplatzes erschöpft, so läuft der mail-spool über und die Adresse des Empfängers ist blockiert. Somit kann es zu Datenverlust kommen indem eingehende eMails nicht mehr gespeichert werden.

Es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern diese negativen Begleiterscheinungen überhaupt für die Beurteilung der Lauterkeit ins Gewicht fallen. Die Relevanz dieser Fakten dürfte geringer sein, wenn das Auftreten derartiger Probleme verhindert werden kann. Die Wahl eines providers mit einem ausreichenden Speicher für eingehende eMails kommt als Lösung des letztgenannten Problems, dem überlaufen des eMail-spool nicht in frage, da dem Empfänger, wie oben bereits dargestellt, seine Wahlfreiheit genommen, und ihm die Abhilfelast alleine auferlegt wird. Daneben wird bei der Beurteilung der eMail-Werbung teilweise von der Möglichkeit ausgegangen, die unerwünschten Werbenachrichten mit einem Filter auszusortieren. Zwar werden entsprechende Filter von einigen eMail-Diensten angeboten, doch sind diese Filter nicht verlässlich. Einerseits

werden nicht alle eMails mit unerwünschter Werbung herausgefiltert, insbesondere wenn die Werbetexte so formuliert sind, daß die Filter umgangen werden. Andererseits besteht die Gefahr daß auch erwünschte Nachrichten herausgefiltert werden. Weiter wird erwogen die ausdrückliche Kennzeichnung von Werbe-eMails, etwa durch die Endung “.com“, zu verlangen und nur bei Beachtung der Kennzeichnungspflicht von der Lauterkeit der eMail-Werbung auszugehen. Zu beachten ist jedoch, daß dann nicht alle eMails mit der entsprechenden Kennzeichnung „en bloc“ gelöscht werden können, da auch erwünschte Werbe-eMails eingegangen sein könnten (z.B. Informationen über Produkt-updates) und ein detaillierteres Aussortieren weiterhin notwendig ist. auch löst die Kennzeichnung auch das Problem des überlaufenden Mail-Spools nicht, da die eMails weiterhin zwischengespeichert werden müßten, bevor sie vom Empfänger als unerwünscht identifiziert werden könnten.

Will man nach alledem von der Sittenwidrigkeit der ohne Einverständnis zugesandten eMail-Werbung ausgehen, so wendet man auf diese ein opt-in-System an, während der BGH für die (gekennzeichnete und problemlos löschbare) Btx-Werbung von einem opt-out-System ausging. Dieser Widerspruch – die uneingeschränkte Anwendung der Rechtsprechung zur Btx-Werbung dürfte zur Zulässigkeit der unverlangten eMail-Werbung führen - erscheint nicht ganz unproblematisch ist die Btx-Werbung der eMail-Werbung technisch doch am nächsten. Es ist jedoch zu bedenken daß der technische Fortschritt, gerade auf dem Kommunikations- und Datenverarbeitungssektor enorm gewesen ist. Die eMail-Technik wird weitaus häufiger und von einem weitaus größeren Teil der Bevölkerung genutzt als der Btx-System. Mittlerweile wird die eMail auch für wichtige Korrespondenz des täglichen Lebens eingesetzt. Damit besteht jedoch die Gefahr, daß auch wichtige Nachrichten irrtümlich als vermeintliche „spams“ gelöscht werden. Auch wird zu bedenken gegeben, daß die angewachsene Werbeflut das Interesse der Bevölkerung an Information durch Werbung hat sinken lassen. Nimmt man diesen Umstand, als gegeben hin, so sind die Grundsätze zur Briefkastenwerbung zumindest überprüfungswürdig.

Folglich sind es nicht etwa technische Unterschiede, die ein Abweichen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Btx-Werbung rechtfertigen, sondern gesellschaftliche Veränderungen.

Nach alledem geht die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, daß die unverlangt zugesendete eMail-Werbung sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG ist.

Für die Annahme eines Einverständnisses im privaten Bereich soll nach einer Entscheidung des LG Augsburg bereits das, wenn auch nur kurze aber kostenpflichtige Aufrufen einer Internetdatenbank des Werbenden, durch den Empfänger der Werbe-eMail ausreichen, da der Werbende dann von einem fortbestehenden Interesse des Empfängers ausgehen durfte. Die höheren Anforderungen die die Rechtsprechung an ein Einverständnis im Telefonmarketing stellt, sind hier nach dem LG Augsburg nicht ohne weiteres übertragbar. Dieses erscheint folgerichtig, liegt doch ein, für die Beurteilung der Telefonwerbung entscheidendes Eingreifen des Werbenden in die Privatsphäre des Empfängers nicht vor. Für ein Einverständnis nicht genügen soll dagegen die Angabe der eMail-Adresse auf der Visitenkarte.

Im gewerblichen Bereich soll, unter Anwendung der zur Telefaxwerbung aufgestellten Grundsätze, ein mutmaßliches Einverständnis bereits ausreichen. Das Einverständnis kann etwa vermutet werden wenn die eMail im Interessenbereich des Empfängers liegt und aufgrund tatsächlicher Umstände vermutet werden kann, daß der Adressat die Werbung gerade per eMail erhalten möchte; etwa bei einem bereits bestehenden des geschäftlichen Kontakt in dem die eMail ein übliches Kommunikationsmittel ist.

Abschließend sei noch erwähnt, daß zur Lösung des dargestellten Problems vereinzelt die Einführung von sogenannten „eRobinsonlisten“ vorgeschlagen wird, auf denen sich Verbraucher eintragen können um damit deutlich zu machen, daß sie keine eMail-Werbung empfangen wollen. Die Versendung von Werbe-eMails an alle anderen Verbraucher soll dann nach diesem Vorschlag

grundsätzlich erlaubt sein. Dazu ist jedoch anzumerken, daß die Erfahrungen mit der 1971 für Briefwerbung eingerichteten Robinson-Liste eher ernüchternd war.

c) SMS-Werbung

Mit der zunehmenden Verbreitung von Mobiltelefonen und der Einführung des SMS (Short Message Service), mit dem Kurzmitteilungen von einem Mobiltelefon oder per Internet an ein anderes Mobiltelefon gesendet werden können, besteht nun auch die Möglichkeit dem Verbraucher die Werbebotschaft nahezu immer und fast überall mitzuteilen. Im Gegensatz zur eMail wird dem Empfänger die Werbung unmittelbar aufgedrängt, ohne daß er die Nachricht vorher aussortieren kann. Darüber hinaus ist die Speicherfähigkeit der Telefone relativ begrenzt, so daß die Beeinträchtigung durch unaufgefordert zugesandte SMS noch erheblicher ist als bei der eMail-Werbung. Die unaufgefordert zugesendete Werbe-SMS wird daher ebenfalls als sittenwidrig angesehen.

III. Der Einfluß europäischen Rechts auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung des Telemarketing in Deutschland

Im folgenden soll dargestellt werden, welchen Einfluß das europäische Recht auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Telemarketing in Deutschland hat bzw. haben wird.

1. Europäisches Primärrecht

Die in Deutschland geltenden Rechtsgrundsätze zur Behandlung des Telemarketing müssen zunächst mit den primärrechtlichen Regeln des Gemeinschaftsrechtes in Einklang stehen und dürfen keine Versteckten Handelshemmnisse darstellen. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang vor allem die Grundfreiheiten der Art. 28 ff EGV n.F. (Art. 30 ff a.F.) (Warenverkehrsfreiheit) und Art. 49 ff EGV n.F. (Art. 59 ff a.F.) (Dienstleistungsfreiheit).

a) Art. 28 EGV n.F. (Art. 30 a.F.)

Der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung. Nach der „Keck“-Rechtsprechung des EuGH ist „die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ... zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse aus anderem Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“ Damit sollen vom Schutzbereich nur produktbezogene Beschränkungen und keine vertriebsbezogenen Verkaufsmodalitäten erfaßt sein, so daß die Beschränkung bestimmter Werbemethoden durch nationales Recht lediglich als eine Regelung von Verkaufsmodalitäten angesehen wird und somit schon nicht in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV n.F. (Art. 30 a.F.) fällt.

Präzisierend läßt sich ergänzen, daß eine Verkaufsmodalität vorliegt, wenn dem Sachverhalt ein grenzüberschreitendes Moment fehlt, während die Marktzugangsbeschränkung eines ausländischen Anbieters durch nationales Lauterkeitsrecht unter den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fällt.

Dem wird jedoch entgegengehalten, daß die „Keck“-Rechtsprechung nur „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ vom Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit ausnimmt, so daß es auch „sonstige Verkaufsmodalitäten“ geben muß, die weiter in den Schutzbereich fallen. Mit dem Schutzziel des Art. 28 EGV n.F. (Art. 30 a.F.) - dem Abbau von Marktzutrittsschranken - wird argumentiert, daß auch nicht-diskriminierende staatliche Werbebeschränkungen dann vom Schutzbereich erfaßt werden, wenn die Vertriebsgestaltung der Anbieter im Kern eingeschränkt wird. Demnach sollen Werberegeln dann ein Warenverkehrshindernis darstellen, wenn ausländische Anbieter durch sie gezwungen werden, ein im „Heimatland“ genutztes Werbekonzept anzupassen und somit Anpassungskosten aufzubringen. Nach diesem Verständnis soll etwas das deutsche Verbot des „cold calling“ normalerweise eine Verkaufsmodalität darstellen, da ihr der spezifische Binnenmarktbezug fehlt. Nur wenn ein

ausländischer Anbieter sein bestehendes Werbekonzept eigens für den deutschen Markt ändern muß, soll ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit vorliegen.

b) Art. 49 EGV n.F. (Art. 59 a.F.)

Bei Beurteilung der deutschen Grundsätze zum Telemarketing am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit muß unterschieden werden zwischen der Dienstleistung eines Dritten und der Werbung als Akzessorium zum angebotenen Produkt.

Wird das Telemarketing von einer Marketingagentur geleistet, so ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet, da das grundsätzliche Verbot von Telemarketingmethoden die Agenturen daran hindert, ihre Dienstleistung grenzüberschreitend anzubieten.

In seiner Funktion als Akzessorium zum beworbenen Produkt ist das Telemarketing anders zu beurteilen: In Anlehnung an die „Keck“- Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit wird zum Teil davon ausgegangen, daß für einen Dienstleistungserbringer, der Telemarketing betreibt, der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich nicht eröffnet ist, wenn sich die Regelung des Telemarketing durch das UWG für alle Marktteilnehmer gleich auswirkt. Begründet wird dieses mit der Annahme , daß es sich bei dem Verbot des „cold calling“ und anderer Telemarketingmethoden lediglich um die Regelung einer Modalität der Dienstleistungserbringung handelt. Ob sich die Grundsätze der „Keck“-Rechtsprechung überhaupt auf die Dienstleistungsfreiheit übertragen lassen, ist bislang noch offen.

Zu beachten in diesem Zusammenhang jedoch eine Entscheidung des EuGH nach der „eine Regelung eines Mitgliedstaates, wonach in diesem ansässige Dienstleistungserbringer in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potentiellen Kunden nicht unaufgefordert telefonisch ihre Dienstleistungen anbieten dürfen, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs...“ ist. Die Generalklausel des § 1 UWG bzw. dessen Interpretation, stellt eine derartige Regelung jedoch nicht da, weil inländische Unternehmen an bestimmten Telemarketingmethoden im Ausland nicht gehindert werden, da deutsches Wettbewerbsrecht nach dem „Marktortprinzip“ in diesem Fall gar nicht anwendbar ist.

Über die generelle gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von unerwünschtem Telemarketing sagt die vorab zitierte Entscheidung des EuGH dagegen kaum etwas aus.

Es läßt sich daher abschließend festhalten, daß wettbewerbsrechtliche Regeln, die lediglich das Umfeld der Dienstleistung, also etwa das Marketing betreffen, und kein den Freiverkehr beschränkendes Moment aufweisen, nicht dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit des EGV unterliegen.

Die Beurteilung des in Deutschland auf das Telemarketing grundsätzlich angewendeten opt-in-Systems am Maßstab des europäischen Normensystems wird auch Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein.

2. Europäisches Sekundärrecht und deren Umsetzungsperspektiven im deutschen Recht

Bislang hat der europäische Normgeber zwei Richtlinien verabschiedet, die Regelungen zu dem hier behandelten Themenkomplex enthalten. Darüber hinaus existieren Vorschläge zu, zwei weiteren Richtlinien die ebenfalls das Telemarketing betreffende Regelungen enthalten werden.

a) Die Fernabsatzrichtlinie (FARL)

Im Juni 2000 wurde im Amtsblatt der EG die Richtlinie 97/7/EG verkündet. Sie behandelt ausschließlich rechtliche Fragen des Fernabsatzes gegenüber Verbrauchern, wobei Finanzdienstleistungen, als wichtigste Ausnahme gemäß Art. 3 I FARL nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Zu den umfassenden Regelungen des Fernabsatzes gehören auch die vertriebsspezifischen Wettbewerbsregeln des Art. 10 FARL.

Nach Art. 10 I FARL ist bei Verwendung der „voice-mail“- und Telefaxtechnik die vorherige Zustimmung des Verbrauchers erforderlich; es ist also ein opt-in-System vorgesehen. Der Grund für die restriktive Behandlung der genannten Werbeformen liegt in dem hohen Belästigungsrisiko für den Verbraucher, die den beiden Techniken anhaften.

Die Verwendung aller anderer Telemarketingmethoden - die Richtlinie spricht von Fernkommunikationsmethoden, die eine individuelle Kommunikation erlauben - ist nur dann erlaubt, wenn der Verbraucher diese nicht offenkundig abgelehnt hat. Damit ist für die Telefon- und eMail-Werbung ein opt-out-System vorgesehen. Nach Art. 4 II FARL muß der kommerzielle Zweck der erteilten Information unzweideutig erkennbar sein. Für die Telefonwerbung tritt nach Art. 4 III FARL die Pflicht des Werbenden hinzu, zu Beginn des Gesprächs seine Identität offenzulegen. Damit hat der Richtlinienggeber auf den Umstand reagiert, daß ein Verbraucher bei der Annahme eines Telefonwerbegesprächs über den Zweck des Anrufes unter Umständen im Unklaren gelassen wird und damit zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Werbebotschaft verleitet werden kann. Bemerkenswert ist, daß die Kommission in einem Richtlinienvorschlag von 1993 noch von einem opt-in-System für alle wichtigen Telemarketingmethoden ausgegangen war.

Es stellt sich die Frage, wie die Normen der Richtlinie auszulegen sind und welche Umsetzungsperspektiven sich für das deutsche Wettbewerbsrecht ergeben.

a) Das opt-in-System des Art. 10 I Fernabsatzrichtlinie

Für die in Art 10 I FARL vorgesehene opt-in-Regelung stellt sich zunächst die Frage, wann eine vorherige Zustimmung des Verbrauchers, ohne die die Werbung verboten ist, vorliegt. Da es sich nicht um eine vertragliche oder quasivertragliche Handlung handelt, die also jederzeit zurückgenommen werden kann, sollten, gerade bei bereits angebahnten Geschäftsbeziehungen, keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Beweislast für das Vorliegen einer vorherigen Zustimmung trägt das werbende Unternehmen.

Die in Art. 10 I FARL enthaltenen Vorgaben stimmen mit der in Deutschland bestehenden Rechtslage zur Telefaxwerbung und zum voice-mailing überein, da ebenfalls von einem opt-in-System ausgegangen wird. Eine rechtsändernde Umsetzung des Art. 10 I FARL muß somit nicht erfolgen. Dementsprechend verzichtet der, sich im Gesetzgebungsverfahren befindende, Regierungsentwurf

eines Fernabsatzgesetzes, unter Verweis auf die bestehende Rechtslage, auf eine ausdrückliche Umsetzung.

b) Das opt-out-System des Art. 10 II Fernabsatzrichtlinie

Wie schon dargestellt sieht Art. 10 II FARL ein opt-out-System für die in Art. 10 I FARL nicht genannten Fernkommunikationsmethoden vor.

Ein „opt-out“ des Verbrauchers liegt demnach vor, wenn er die Verwendung des Marketinginstruments „offenkundig“ abgelehnt hat. Von einer „offenkundigen Ablehnung“ ist auf jeden Fall auszugehen, wenn der Empfang der Werbung ausdrücklich abgelehnt wurde. Doch kann eine „offenkundige Ablehnung“ auch stillschweigend erfolgen. Eine Ablehnung ist somit auch dann offenkundig, wenn mit einer Zustimmung des Verbrauchers vernünftigerweise nicht gerechnet werden kann. Damit hängt die Annahme einer „offenkundigen Ablehnung“ von dem Verbraucherleitbild ab, das man der Bewertung zugrunde legt. Es wird darauf verwiesen, daß sich das gemeinschaftsrechtliche Bild eines mündigen, verantwortlichen und informierten Verbrauchers entwickelt hat, von welchem man auch bei Auslegung der FARL ausgehen sollte.

Von einer offenkundigen Ablehnung der eMail-Werbung ist etwa auch dann auszugehen, wenn der Verbraucher die Blockade seiner Mailbox durch eingehende „spams“ fürchten muß. Auch bei sensiblen Verbrauchergruppen wird man von einer offenkundigen Ablehnung ausgehen müssen, so daß sich daß theoretisch anwendbare opt-out-System in der Praxis in ein opt-in-System verkehrt. Damit stehen sich das opt-in- und das opt-out-System damit nicht derart „feindlich“ gegenüber wie sich zunächst vermuten läßt.

Trotz dieses Umstandes bleibt festzuhalten, daß die Regelung des Art. 10 II FARL grundsätzlich von der Zulässigkeit der, nicht in Art. 10 I FARL genannten Telemarketingmethoden ausgeht, während das deutsche Wettbewerbsrecht von der prinzipiellen Unzulässigkeit der Telefon-, eMail- und sonstigen Telekommunikationswerbung ausgeht.

Die Fernabsatzrichtlinie sieht in Art. 14 S. 1 jedoch die Möglichkeit vor, daß die Mitgliedstaaten strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher sicherzustellen, sofern die

Regeln mit dem EG-Vertrag im Einklang stehen (Grundsatz der Mindestharmonisierung). Die Auswirkungen dieser Bestimmung auf die Umsetzungsperspektiven des Art. 10 II FARL in das deutsche Recht scheinen auf den ersten Blick recht eindeutig zu sein: Strengerer nationales Recht ist zulässig, weil Art. 14 FARL ausdrücklich ein höheres Schutzniveau erlaubt. Damit würde die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie an der Anwendung des opt-in-Systems in Deutschland nichts ändern. Die Bestimmung des Art. 14 S. 1 FARL wird jedoch unterschiedlich ausgelegt, so daß dieser Schluß nicht zwingend ist. Die abweichende Auslegung von Art. 14 S. 1 FARL wird auf unterschiedliche Begründungsansätze gestützt:

Eine Auffassung geht zunächst davon aus, daß Art. 14 S. 2 FARL bei der oben genannten Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt wird, denn Art. 14 S. 1 wird, so diese Auffassung, durch S. 2 eingeschränkt. Das bedeutet demnach, daß strengere nationale Bestimmungen nur zulässig sind, sofern mit ihnen der Vertrieb von bestimmten Waren und Dienstleistungen untersagt wird. Gestützt wird diese Auffassung durch eine systematische Auslegung des Wortlautes von Art. 14 S. 2 FARL. Danach können die Mitgliedstaaten „durch solche Bestimmungen“, nämlich die in S. 1 genannten „strengerer Bestimmungen“, den Vertrieb von bestimmten Waren und Dienstleistungen untersagen, nicht aber bestimmte Kommunikationsformen. Unterstützend wird auch auf Erwägungsgrund 24 FARL verwiesen, der lediglich auf die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten verweist, die Vermarktung bestimmter Dienstleistungen und Waren zu untersagen. Auch wird darauf hingewiesen, daß gerade die von der Auslegung betroffene Behandlung der eMail- und Telefonwerbung im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutiert wurde und daher von einer versehentlichen Einschränkung des Art. 14 S. 1 FARL durch S. 2 nicht ausgegangen werden kann. Damit läßt nach dieser Auffassung die Auslegung von Art. 14 FARL ein generelles Verbot der in Art. 10 I FARL nicht genannten Telemarketingmethoden, also vor allem Telefon- und eMail-Werbung, nicht zu.

Gegen dieses Verständnis der Mindestklausel wird jedoch eingewandt, daß Art. 14 S. 2 FARL im Hinblick auf die Grundfreiheiten des EGV und die zu rechtfertigende Ausnahmen lediglich eine Klarstellung enthält und damit nicht

abschließend ist. Gegen dieses Argument wird jedoch darauf verwiesen, daß Art. 14 S. 2 FARL keinen Sinn macht, wenn er nicht als Einschränkung von S. 1 verstanden wird. Wenn nämlich, so wird begründet, auch strengere Bestimmungen der Mitgliedstaaten bei der Verwendung von Telekommunikationsmethoden möglich sein sollen, so hätte die Aufnahme von Art. 14 S. 1 FARL in den Richtlinien text völlig ausgereicht.

Ein ähnlicher Begründungsansatz, der ebenfalls von einer restriktiven Auslegung der Mindestklausel des Art. 14 FARL ausgeht, verweist ebenfalls auf die umfassende und kontroverse Diskussion zur Behandlung des Telemarketing im Gesetzgebungsverfahren. Das Ergebnis der Diskussion lasse demnach ein gemeinschaftliches Regelungskonzept erkennen, welches nicht von den einzelnen Mitgliedstaaten durchbrochen werden darf. Indem der europäische Gesetzgeber das Interesse der Allgemeinheit in der Richtlinie geprägt hat, sei es den Mitgliedstaaten verwehrt, dieses zu kontarieren. Damit entfällt nach dieser Ansicht eine Berufung auf das mitgliedstaatliche Allgemeininteresse.

Zur Stützung dieser These wird auf die Richtlinie 97/66/EG (ISDN-RL) verwiesen, die die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation zum Gegenstand hat, und prinzipiell eine vollständige Harmonisierung enthält. Art. 12 I ISDN-RL ist nahezu Wortgleich mit Art. 10 I FARL. Dagegen sieht Art. 12 II ISDN-RL für individuelle Werbeanrufe ein ausdrückliches Wahlrecht des Mitgliedstaates zwischen einem opt-in- oder einem opt-out-System vor. Die hier dargelegte Ansicht faßt die Regelung des Art. 10 II FARL als vollständige Harmonisierung auf und vermeidet so einen Wertungswiderspruch mit Art. 12 II ISDN-RL, da dort für einen ähnlichen Bereich ebenfalls eine vollständige Harmonisierung geregelt ist. Denn es macht, so wird begründet, wenig Sinn verwandte Marketingformen unterschiedlichen Regeln zu unterwerfen.

Gegen die Annahme, daß der EG-Gesetzgeber daß Allgemeininteresse in Art. 10 FARL abschließend definiert hat, wird eingewendet, daß eine Richtlinie, die nur eine Mindestharmonisierung verwirklicht, gerade auf eine endgültige Fixierung des Allgemeininteresses verzichten will. Eine volle Harmonisierung der Fernabsatzregelungen hat jedoch im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit

gefunden, so daß Art. 10 FARL lediglich einen „mühsamen Kompromiß“ darstellt, und sich nach dieser widersprechenden Auffassung auch nicht im Wege einer restriktiven Auslegung in eine Vollharmonisierung umdeuten läßt. Auch hier wird die Regelung des Art. 12 ISDN-RL untermauernd herangezogen: Es wird auf die Wahlmöglichkeit des Art 12 II ISDN-RL hingewiesen, der ausdrücklich ein opt-in-System für unverlangte Telefonanrufe zuläßt und somit mit der Regelung der Fernabsatzrichtlinie übereinstimmt, da auch dort nach Art. 10 II i.V.m. Art. 14 FARL ein opt-in-System für unverlangte Telefonanrufe zugelassen ist.

Für die gegenteilige Annahme, daß Art. 10 II FARL eine vollständige Harmonisierung enthält, soll eine weitere Tatsache sprechen: Wie oben zur Vereinbarkeit der deutschen Rechtsprechung mit Art. 49 EGV n.F. (59 a.F.) schon angedeutet, ist das „cold calling“ für entgeltliche und grenzüberschreitende Dienstleistungen nicht grundsätzlich unzulässig, da vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfaßt. Damit sind Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten, die unaufgefordert Kontakt zu deutschen Verbrauchern aufnehmen und damit in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen, gegenüber deutschen Dienstleistungserbringern privilegiert, da für diese weiterhin die strengere deutsche Rechtslage gilt. Es ist nun aber wenig sinnvoll, so wird argumentiert, im bereits angeglichenen Recht für grenzüberschreitende Sachverhalte andere Regeln anzuwenden als bei reinen Binnensachverhalten. Dieses widerspricht dem primärrechtlichen Grundsatz der Einheitlichkeit des Binnenmarktes, der damit als ein „immanenter Vorbehalt“ der Mindestklausel des Art. 14 angesehen wird, da diese nur insoweit greift, wie sie mit dem Primärrecht im Einklang steht. Somit wird gefolgert, daß auch aufgrund dieser „teleologischen Reduktion“ der Mindestklausel des Art. 14 FARL ein Abweichen von der in Art. 10 II FARL enthaltenen Regelung nicht erlaubt ist.

Gegen die Annahme eines derartigen „immanenten Vorbehaltes“ wird abermals darauf verwiesen, daß eine vollständige Harmonisierung der Telemarketingregelungen keine Mehrheit im Gesetzgebungsprozeß der Fernabsatzrichtlinie hatte, und sich auch, im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Richtlinie, nicht über den Umweg einer teleologischen Reduktion des Art. 14 FARL erzwingen läßt.

Der sich zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren befindende Regierungsentwurf zur Schaffung eines Fernabsatzgesetzes sieht für Art. 10 II FARL keinen Umsetzungsbedarf, weil die in Deutschland bestehende Rechtslage den Vorgaben der Richtlinie entspricht und teilweise über sie hinausgeht. Es wird angenommen, daß die über die Richtlinie hinausgehende Rechtslage von Art 14 gedeckt ist. Bemerkenswert ist, daß die Begründung zum Gesetzentwurf insgesamt von einer „ständigen Rechtsprechung“ in der Bundesrepublik ausgeht. Während das für den Bereich der Telefonwerbung nicht bestritten werden kann, wird bei der Rechtsprechung zur eMail-Werbung der bestehende Widerspruch zu den Aussagen des BGH (vgl. oben Seite. ???) zur Btx-Werbung nicht zur Kenntnis genommen.

Die Annahme, daß das Allgemeininteresse in der Richtlinie spezifisch definiert worden ist und teilweise auf ein opt-out-System reduziert wurde, welches von den Mitgliedstaaten nicht mehr durchbrochen werden dürfe, wird in der Begründung des Gesetzentwurfes ausdrücklich zurückgewiesen. Es wird dazu auf Erwägungsgrund 17 der Richtlinie hingewiesen, nach dem „die Mitgliedstaaten ... die geeigneten Maßnahmen ergreifen [sollen] um die Verbraucher, die keine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel wünschen, auf wirksame Weise vor derartigen Kontakten zu schützen“. Auch die oben dargelegte Ansicht, daß Art. 14 S. 2 FARL die Mindestklausel des Art. 14 FARL einschränkt, wird ausdrücklich und mit der Begründung zurückgewiesen, daß Art. 14 S. 2 FARL, auch unter Berücksichtigung von Erwägungsgrund 24, keine abschließende Aufzählung enthalte.

Diese in der Begründung zum Entwurf des Fernabsatzgesetzes vertretene Ansicht wird nunmehr gestützt durch den gemeinsamen Standpunkt des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 28.02.2000 zum Erlaß einer Richtlinie betreffend den elektronischen Geschäftsverkehr (ecommerce-Richtlinie):

Der, nach Verabschiedung der FARL, am 23.12.1998 von der Kommission vorgelegte Vorschlag sah zur Regelung der eMail-Werbung in Art. 7 zunächst nur vor daß durch elektronische Post übermittelte unerbetene kommerzielle Kommunikation bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche

bezeichnet ist. Diese Formulierung scheint zunächst die generelle Zulässigkeit der unverlangten eMail-Werbung vorauszusetzen. Das würde dafür sprechen, daß Art. 10 II FARL mit seinem opt-out-System für unerbetene eMail-Werbung als vollständige Harmonisierung aufzufassen wäre, da ein Totalverbot der unverlangten eMail-Werbung die Vorschrift des Art. 7 ecommerce-Richtlinieentwurf leerlaufen ließe.

Diese Überlegungen sind jedoch, unabhängig von der Frage ihrer Stichhaltigkeit, überholt, da Art. 7 im geänderten ecommerce- Richtlinienvorschlag nun vorsieht, daß „zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts...Mitgliedstaaten, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation zulassen“, sicherstellen sollen, daß die Werbe-eMails bei Eingang eindeutig erkennbar sind. Diese Textfassung setzt damit voraus, daß bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von unverlangter eMail-Werbung ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten besteht, so daß von den Regelungen des Art. 10 II FARL aufgrund der Mindestklausel abgewichen werden kann. Es ist jedoch zu bedenken, daß der Entwurf der ecommerce-Richtlinie noch nicht verabschiedet wurde und somit von einem eindeutigen und endgültigem Willen des EG-Gesetzgebers nicht gesprochen werden kann. Trotzdem ist eine eindeutige Indizwirkung des Richtlinienentwurfes nicht zu verkennen.

Der Entwurf des deutschen Fernabsatzgesetzes sieht damit, nachdem ein Umsetzungsbedarf für Art. 10 Fernabsatzrichtlinie verneint wurde, lediglich die durch Art. 4 II und III Fernabsatzrichtlinie statuierten Informationspflichten des Werbenden in § 2 I zur Umsetzung vor.

b) Die ISDN-Richtlinie

Wie oben schon dargelegt wurde, enthält auch die ISDN-RL, die sektorspezifisch und ohne Koordination mit der Fernabsatzrichtlinie erlassen wurde, und die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation zum Gegenstand hat, Regelungen im Bereich des Telemarketing. Nach Art. 12 I ISDN-RL unterliegen Telefaxwerbung und „voice-mailing“ einem opt-in-System, während Art. 12 II ISDN-RL ein Wahlrecht

der Mitgliedstaaten zwischen einem opt-in- und einem opt-out-Verfahren für die Behandlung der sonstigen Telefonwerbung vorsieht.

Da die deutsche Rechtslage mit diesen Vorgaben übereinstimmt und prinzipiell ein opt-in-System anwendet, wurde Art. 12 ISDN-Richtlinie nicht ausdrücklich umgesetzt.

c) Der Entwurf der ecommerce-Richtlinie

Der Entwurf einer Richtlinie über rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs liegt seit dem 28.02.2000 als gemeinsamer Standpunkt des Europäischen Parlamentes und des Rates vor. Nach dieser Entwurfsfassung ist, wie oben bereits dargestellt, eine Kennzeichnungspflicht für eMail-Werbung in Art. 7 I vorgesehen, nach der unverlangte Werbe-eMails, sofern diese nach mitgliedstaatlichem Recht zulässig sind, bereits bei Eingang beim Nutzer als solche erkennbar sind. Das bedeutet, daß die Werbe-eMails bereits an ihrem „Header“ zu erkennen sein müssen, damit der Empfänger sich schon vor dem „öffnen“, also dem Download der Nachricht, entscheiden kann, ob die eMail gelöscht werden soll.

Darüber hinaus sieht Art. 7 II des ecommerce-Richtlinienentwurfs nunmehr vor, daß die Mitgliedstaaten, unbeschadet den Regeln der FARL und der ISDN-RL, sicherstellen, daß die Versender von eMail-Werbung regelmäßig sogenannte Robinson-Listen konsultieren, in die sich natürliche Personen zum Zwecke des „opt-out“ eintragen können. Voraussetzung ist mithin auch hier, daß die Versendung unverlangter eMail-Werbung überhaupt zulässig ist, so daß diese Regel auf das deutsche Recht keine Auswirkungen haben wird.

d) Entwurf einer Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen

Wie bereits erwähnt, sind Finanzdienstleistungen vom Anwendungsbereich der FARL ausgenommen. Der Entwurf einer Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen sieht in Art. 10 eine dem Art. 12 ISDN-RL entsprechende Regelung vor. Eine dem Art. 4 III FARL entsprechende Informationspflicht ist hingegen nicht vorgesehen, so daß der Fernabsatz von Finanzdienstleistungen insoweit privilegiert ist.

IV. Fazit und Ausblick

Die Änderung der strengen deutschen Rechtslage, mit der grundsätzlichen Anwendung eines opt-in-Systems, ist für inländische Sachverhalte nach hier vertretener Auffassung, jedenfalls aufgrund bestehender Regelungen des europäischen Gesetzgebers nicht zwingend notwendig. Für die Telefaxwerbung und das Voice-Mailing ist ohnehin vom europäischen Gesetzgeber ein opt-in-System vorgesehen, während für die Telefonwerbung und eMail-Werbung lediglich ein Mindestharmonisierungsstandard festgelegt ist.

Dennoch sollte die in Deutschland herrschende Rechtslage vom Gesetzgeber, respektive der Rechtsprechung überprüft werden, denn es sprechen gewichtige Faktoren dafür, sich einer Liberalisierung der betreffenden Wettbewerbsregeln nicht zu versperren.

Zum einen sei darauf verwiesen, daß für den Bereich der Telefonwerbung eine Inländerdiskriminierung schon gegenwärtig ist, die der Idee eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes widerspricht. Zum anderen hat die europäische Gesetzgebung bei Werbung per Telefon und eMail bestimmte Auflagen zu Gunsten des Verbrauchers geschaffen, die der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung einen Legitimationsdruck auferlegen, wenn von dem in der FARL an sich vorgesehenen opt-out-System abgewichen wird:

Für den Bereich der eMail-Werbung sieht der ecommerce-Richtlinienentwurf in Art. 7 I zum einen eine Kennzeichnungspflicht vor, die das Aussortieren der „spams“ zumindest erleichtert. Darüber hinaus ist in Art. 7 II, unter der Voraussetzung daß ein opt-out-System angewendet wird, die Pflicht des Werbenden verankert, regelmäßig Robinson-Listen zu konsultieren, in die sich diejenigen Internet-Teilnehmer eintragen können, die unverlangte eMail-Werbung nicht wünschen. Dadurch ist sichergestellt, daß dem angesprochenen Verbraucher ein opt-out ermöglicht wird, mit dem er der Belästigungsgefahr durch „spams“ zuverlässig entgehen kann. Damit ist außerordentlich fraglich, ob bei einer entsprechend effektiven „Abwehrmöglichkeit“ des Verbrauchers noch von einem Sittenverstoß im Sinne von § 1 UWG ausgegangen werden kann. Zur Bekräftigung dieser Schlußfolgerung sei noch einmal auf die Rechtsprechung zur

Briefkastenwerbung verwiesen, die einem opt-out-Prinzip unterliegt und bei der dem Verbraucher, mit der Möglichkeit einen eindeutigen Aufkleber am Briefkasten anzubringen, ebenfalls eine wirksame Abwehrmöglichkeit zur Verfügung steht.

Auch für die Telefonwerbung sieht die FARL in Art. 4 III eine Auflage für den Anrufer vor, nach der der Verbraucher am Anfang des Gespräches über den werbenden Zweck des Anrufes in Kenntnis gesetzt werden muß. Die Gefahr, daß der Angerufene in ein Werbegespräch „verwickelt“ wird ist damit erheblich reduziert.

Will man auch auf die Telefonwerbung ein opt-out-System anwenden, so ist ebenso wie bei der Briefkastenwerbung und der eMail-Werbung eine effiziente Widerspruchsmöglichkeit für den Verbraucher zu verlangen. Dem Gesetzgeber stehen zur Schaffung einer entsprechend zuverlässigen Widerspruchsmöglichkeit (zumindest) zwei Modelle zur Verfügung:

Zum einen könnten auch für die Telefonwerbung Robinson-Listen, in Verbindung mit einer Konsultationspflicht für den Werbenden, eingeführt werden. Zu beachten wäre hier die ausreichende Bekanntmachung in der Öffentlichkeit, da diese, bei der freiwilligen Initiative des Direktmarketingverbandes für den Bereich der Briefpostwerbung, weitgehend ausgeblieben ist.

Zum anderen ist denkbar, daß im Telefonbuch der Telekom AG für jeden einzelnen Telefonanschluß vermerkt wird, ob ein unverlangter Werbeanruf erwünscht ist oder abgelehnt wird.

Damit könnte für die eMail- und Telefonwerbung eine effektive und problemlose Widerspruchsmöglichkeit eingerichtet werden, wenn die bestehende Rechtslage auf ein opt-out-Prinzip reduziert würde. In Zukunft sollte nach alledem auch die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung, bei Schaffung entsprechender Bedingungen, davon ausgehen, daß dem Verbraucher, bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Telefon- und eMail-Werbung, eine Widerspruchslösung zuzumuten ist.

Literaturverzeichnis

Baumbach, Adolf/

Wettbewerbsrecht (Kommentar)

- Hefermehl, Wolfgang 21. Auflage
München 1999
- Böhm, Steffen Unerlaubte Telefonwerbung im
geschäftlichen Bereich
MMR 1999, 643 ff
- Eckey, Friedrich/
Wettbewerbsrecht Heidelberg Kommentar zum
Klippel, Diethelm/ 1. Auflage
Kotthoff, Jost/
Meckel, Astrid/
Platz, Gunda Heidelberg 2000
(zit.: Bearbeiter in HK-Wettbewerbsrecht)
- Fikentscher, Wolfgang/
Grenze von Möllers, Thomas M. J. Die (negative) Informationsfreiheit als
Werbung und Kunstdarbietung
NJW 1998, 1337 ff
- Freytag, Stefan Richtlinienentwurf zum Electronic
Commerce
MMR 1998, V ff
- Grosskopf, Lambert Anmerkung zu EuGH, WRP 1995, 801 ff
WRP 1995, 805 ff
- Grundmann, Stefan Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen,
EWG-
Vertrag und § 12 AGBG
IPRax 1992, 1 ff

Günther, Andreas Werbung?	Erwünschte Regelung unerwünschter CR 1999, 172 ff
Hoeren, Thomas	Cybermanners und Wettbewerbsrecht – Einige Überlegungen zum Wettbewerbsrecht im Internet WRP 1997, 993 ff
Hoeren, Thomas E-Commerce	Vorschlag einer EU-Richtlinie über MMR 1999, 192 ff
Köhler, Helmut/ Piper, Henning (Zit.: Bearbeiter in Köhler/Piper)	Kommentar zum UWG 1.Auflage München 1995
Leible, Stefan/ Sosnitzer, Olaf	Telefonwerbung und Fernabsatzrichtlinie K&R 1998, 283 ff
Leupold, Andreas Werbe-eMails:	Die massenweise Versendung von Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung des Empfängers? WRP 1998, 270 ff
Micklitz, Hans-W./ Reich, Norbert	Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie BB 1999, 2093 ff
Micklitz, Hans-W/ Reich, Norbert	Die Fernabsatzrichtlinie in deutschen Recht 1.Auflage

Baden-Baden 1998

Reich, Norbert

Europäisches Verbraucherrecht

3. Auflage

Baden-Baden 1996

Reich, Norbert

Die neue Richtlinie 97/7/EG über den

Verbraucherschutz

bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz

EuZW 1997, 581 ff

Reich, Norbert

Anmerkung zu EuGH, EuZW 1995, 404 ff

EuZW 1995, 407 ff

Reichelsdorfer, Jörg

eMails zu Werbezwecken – ein

Wettbewerbsverstoß?

GRUR 1997, 191 ff

Rein, Andreas

Anmerkung zu LG Braunschweig, MMR

2000, 50

NJW-CoR 2000, 235 ff

Roth, Wulf-Henning

Harmonisierende Auslegung und europäische

Rechtskultur

ZeuP 1994, 1 ff

Schmittmann, Jens M.

Anmerkung zu LG Traunstein, DB 1998, 469

MMR 1998, 53 ff

Schmittmann, Jens M.

Rechtliche Aspekte des

Short-Message-Service-Werbung

MMR 1998, 346 ff

Steindorff, Ernst

EG-Vertrag und Privarecht

1. Auflage

Baden-Baden 1996

Von der Groeben, Hans/

Kommentar zum EG-/EU-Vertrag

Thiesing, Jochen

5. Auflage

Ehlermann, Claus-Dieter

Baden-Baden 1997

(zit.: Bearbeiter in Groeben/Thiesing/Ehlermann)

Westerwelle, Kai

Anmerkung zu LG Berlin, MMR 1999, 43

MMR 1999, 45 ff

Ziem, Claudia

Spamming

MMR 2000, 129 ff

Zöller, Alexander
unzulässig

Telefonwerbung ist nicht grundsätzlich

GRUR 1992, 297 ff