



UNIVERSITÄT HANNOVER
FACHBEREICH
RECHTSWISSENSCHAFTEN

INSTITUT FÜR RECHTSINFORMATIK
LEITER: PROF. DR. WOLFGANG KILIAN

Seminar im Sommersemester 2002
bei Dr. Nikolaus Forgo

Die Europäisierung des Privatrechts in der Informationsgesellschaft

Ärgernis Spam.

Zu den Versuchen der EU, Massenmails zu regulieren.

Referent:
Ralf Möbius
Wolfenbütteler Straße 1A
30519 Hannover
ralfmoebius@gmx.de

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	
I. Vorwort	Seite 1
II. Einleitung	Seite 1
III. Was ist Spam und Spamming?	Seite 2
IV. Die Erklärungen zur Herkunft des Begriffs „Spam“	Seite 2
V. Ist Spam ein Problem?	Seite 3
1. Argumente für eine Einschränkung der Möglichkeit zur Versendung von unerwünschten Werbemails auf europäischer Ebene.	Seite 3
2. Argumente gegen die Einschränkung der Möglichkeit zur Versendung von unerwünschten Werbemails auf europäischer Ebene.	Seite 4
VI. Gesetzliche Regelungen in Deutschland	Seite 5
VII. Gesetzliche Regelungen in Österreich	Seite 7
VIII. Europäische Rechtsvorschriften	Seite 8
1. Europäischer Gemeinschaftsvertrag, EGV	Seite 8
a) Diskriminierung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, Art. 49 EGV	Seite 8
aa) Sachliche Rechtfertigung einer Diskriminierung nach Art. 12 EGV	Seite 9
bb) Das Verbraucherschutzinteresse als Rechtfertigung für Einschränkungen hinsichtlich unaufgeforderter e-mail-Werbung	Seite 9
2. Die Richtlinie 95/46/EG	Seite 10
a) Anwendung der Richtlinie auf Spam	Seite 10
b) Die Rechtmäßigkeit des Spamming als Verarbeitung personenbezogener Daten	Seite 10
aa) Rechtmäßigkeit durch Einwilligung	Seite 10
bb) Rechtmäßigkeit durch berechtigtes Interesse	Seite 10

cc) Rechtswidrigkeit mangels vorheriger Information	Seite 11
dd) Widerspruchsrecht als Rechtfertigung für die Zulässigkeit von Spamming	Seite 11
3. Die Richtlinie 97/66/EG, ISDN-Datenschutz-Richtlinie	Seite 12
a) Anwendung der Richtlinie auf Spam	Seite 12
b) Vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail und Fax notwendig, Art. 12 ISDN-RL	Seite 12
c) Strengere Regelungen nach Art. 14 ISDN-RL möglich	Seite 13
4. Richtlinie 97/7/EG, Fernabsatzrichtlinie	Seite 13
a) Anwendung der Richtlinie auf Spam	Seite 13
b) Vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail und Fax notwendig, Art. 10 Abs.2 FARL	Seite 13
c) Opting-out bei anderer Kommunikation	Seite 14
d) Strengere Regelungen nach Art. 14 FARL möglich	Seite 14
e) Keine Umsetzung von Art. 10 FARL in deutsches Recht	Seite 15
5. Richtlinie 2000/31/EG, E-Commerce-Richtlinie	Seite 15
a) Das Herkunftslandprinzip	Seite 15
b) Ausnahme vom Herkunftslandprinzip	Seite 15
c) Transparenzprinzip nach Art. 7 Abs. 1 ECR	Seite 16
d) Beachtung von opt-out-Registern nach Art. 7 Abs. 2 ECR	Seite 16
VIII. Die Positionen zum Regelungsbedarf	Seite 17
1. Votum der European Consumer Law Group, ECLG	Seite 17
2. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23. Juli 1999	Seite 17

a) Unzulässigkeit von Spam im ursprünglichen Vorschlag der Kommission	Seite 17
b) Keine Unzulässigkeit von Spam im geänderten Vorschlag der Kommission	Seite 18
c) Möglichkeit einer „opt-out“-Regelung für die Mitgliedsstaaten	Seite 18
d) Kostenfreiheit von Ablehnung und Einwänden durch Verbraucher	Seite 19
3. Gemeinsamer Standpunkt des Rates EG Nr. 16/2002	Seite 19
a) Wahlfreiheit zwischen „opt-in“ und „opt-out“ für die Mitgliedsstaaten	Seite 19
b) Kritik am Gemeinsamen Standpunkt EG Nr. 16/2002	Seite 20
4. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (2000/C 365 E/17)	Seite 20
a) Zulässigkeit von e-mail-Werbung nur bei Einwilligung	Seite 20
b) Einschränkung des opt-in-Grundsatzes durch Wahlfreiheit der Mitgliedsstaaten	Seite 20
c) Harmonisierung nicht auf Kosten der Verbraucher	Seite 21
d) Arete-Studie für ein opt-in-Modell	Seite 21
e) Verschleierungsverbot der Absenderadresse	Seite 22
5. Empfehlung des LIBE-Ausschusses für zweite Lesung	Seite 22
a) Opting-in auch für SMS, opting-out für Spam	Seite 22
b) Opting-out gegen die Behinderung des Datenflusses	Seite 23
6. Position des DMMV	Seite 24
7. Entscheidung für opt-in-Lösung am 30.05.2002	Seite 24

Literaturverzeichnis

- Fikentscher, Wolfgang/ Möllers, Thomas M.J.* Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunst darbietung, in NJW 1998, S. 1337 - 1343
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich [Hrsg.]* Handbuch Multimediarecht, Beck Verlag, München 2002
- Koch, Frank A.* Internet-Recht, Oldenbourg Verlag, München 1998
- Kröger, Detlef [Hrsg.]* Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2002
- Moritz, Hans-Werner [Hrsg.]* Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 2002
- Pützhofer, Andreas* Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz, Die Richtlinie 97/7/EG und ihre Einbindung in nationales Verbraucherrecht, Schriftenreihe Information und Recht, Beck Verlag, München 2001
- Schaar, Peter* Datenschutz im Internet, Beck Verlag, München 2002
- Schmittmann, Jens M.* Die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung nach deutschem Recht unter Berücksichtigung europarechtlicher Parameter, in Recht der Datenverarbeitung (RDV), 2001, S. 172
- Spindler, Gerald/ Schmittmann, Jens M.* Unerwünschte E-Mail-Werbung, in MulitMedia und Recht (MMR), Beilage 8/2001
- Wattel, Johann* Le problème du Spamming ou comment guérir le "cancer de l'internet", in <http://www.jurpc.de>, JurPC Web-Dok. 163/2001

I. Vorwort

Die folgende Arbeit soll eine Zusammenfassung über die hinsichtlich unverlangt zugesandter e-mail-Werbung auf europäischem Recht basierenden Regeln und deren aktueller Entwicklung geben. Einschlägige Vorschriften finden sich verstreut in mehreren europäischen Richtlinien, deren Anwendbarkeit erläutert wird. Die Weiterentwicklung dieser Richtlinien und der aktuelle Stand der kontroversen Diskussion soll dargestellt werden.

II. Einleitung

Die schnelle Verbreitung des Internets hat der Werbewirtschaft eine Vielzahl von neuen Marketing-Möglichkeiten eröffnet. Die Kommunikation per e-mail ist Umfragen zufolge noch vor der Weitergabe und Aufnahme von Information über Websites die wichtigste und beliebteste Anwendung aller Internetnutzer. Die besonderen Eigenschaften der e-mail-Kommunikation eröffnen der Werbewirtschaft verschiedene Vorteile im Gegensatz zu herkömmlichen Werbemöglichkeiten. Eine e-mail erreicht den Empfänger in der Regel schon kurz nach dem Versand, weil ein durchschnittlicher Internetuser sein Postfach mindestens einmal täglich abrufen. Daraus ergibt sich die Möglichkeit zur Vermittlung sehr aktueller Informationen. Sowohl das Versenden als auch das Lesen von e-mails verursacht nur geringe Kosten; die Zeit des Erstellens und Lesens der Nachricht und die Dauer der jeweiligen Internetverbindung beim Versenden oder Empfangen. Die technischen Möglichkeiten zur Erfolgsmessung sind beim e-mailing sehr viel umfangreicher, genauer und einfacher als bei klassischer Briefwerbung. Außerdem läßt sich mit entsprechender Softwareunterstützung einfach ermitteln, welche Empfänger welche Links angeklickt und damit auf die e-mail-Werbung reagiert haben. Mit einer gut aufgebauten und durch Rückmeldeanalyse aktualisierten Datenbank lassen sich an das einzelne Kundenprofil individuell angepasste E-Mails aus vorgegebenen Bestandteilen zusammensetzen und ermöglicht somit eine individuelle Ansprache des Empfängers. Außerdem berührt eine e-mail stets die Privatsphäre des Empfängers. Das e-mail-Postfach wird von vielen Internetnutzern nach wie vor als ein persönlicher Bereich betrachtet, verstärkt durch das vorherige Authentifizieren mittels des eigenen Passwortes. Damit wird jeder eingehenden e-mail - abseits möglicher Filterfunktionen - zumindest bis zur Löschung zunächst Beachtung geschenkt.

So attraktiv die Werbung per e-mail für den Werbenden ist, so fraglich ist die Attraktivität des Erhalts von unerwünschter e-mail-Werbung für den Empfänger, da stets Kosten anfallen und die Kenntnisnahme oder Löschung immer auch Zeit beansprucht.

III. Was ist Spam und Spamming?

Spam ist die gebräuchliche Bezeichnung für unerwünschte und damit mindestens lästige e-mail-Nachrichten, die gewöhnlich nur im Rahmen kommerzieller Verwendung zu Werbezwecken genutzt werden. Spamming bezeichnet demzufolge die Versendung unerwünschter Werbenachrichten per e-mail.¹

Unter Spamming wird auch das Überschütten eines Internetanbieters mit speicherraubendem Datenmüll, so dass dieser seinen Anschluß nicht mehr nutzen könne, verstanden.²

Diese Definition ist jedoch nicht zutreffend, da insoweit lediglich ein Nutzer gezielt von der Datenflut betroffen ist und sich eine solche gezielte Blockadetechnik eher unter Konkurrenten, als im Verhältnis zwischen Endverbraucher und Werbetreibenden abspielt.³

IV. Die Erklärungen zur Herkunft des Begriffs „Spam“

Die Anspielung auf ein in Deutschland durch einen Sketch⁴ der Komiker „Monthy Python“ bekannt gewordenes englisch/amerikanisches Nahrungsmittel „Spiced Pork and Ham“⁵, die Abkürzung für „Send Phenomenal Amounts of Mail“ oder die Herleitung auf die angloamerikanische Redewendung „Throwing a brick of the luncheon meat at a rotating metal fan“⁶, welche jedenfalls die Streuwirkung massenhaft versandter e-mails veranschaulicht.

Synonym werden im angloamerikanischen Sprachraum auch die Begriffe UCE für Unsolicited Commercial Email (unverlangte kommerzielle Werbung per E-Mail) oder UBE für Unsolicited BulkE-mail (unverlangte Massenmails) verwandt. Außerdem

¹ Schmittmann, Jens M., Die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung nach deutschem Recht unter Berücksichtigung europarechtlicher Parameter, in Recht der Datenverarbeitung (RDV), 2001, S. 172; Spindler, Gerald/ Schmittmann Jens M., Unerwünschte E-Mail-Werbung, in MultMedia und Recht (MMR), Beilage 8/2001

² Freitag, Andreas, in Kröger, Detlef [Hrsg.], Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2002, S. 436

³ vgl. Koch, Frank A., Internet-Recht, Oldenbourg Verlag, München 1998, S. 280

⁴ Es ist der Sketch aus Monthy Python's Flying Circus, in dem ein Paar in einem Restaurant die Speisekarte vom Kellner vorgelesen bekommt, wobei in jedem Gericht Spam, teilweise mehrfach, enthalten ist. In dem Restaurant sitzt auch eine Gruppe Wikinger, die am Ende des Sketches 'Lovely Spam, wonderful Spam!' singen. Das Wort Spam kommt in dem Sketch ca. 120 mal vor.

⁵ Watel, Johann, Le problème du Spamming ou comment guérir le "cancer de l'internet", in <http://www.jurpc.de>, JurPC Web-Dok. 163/2001, Abs. 1–51, Abs. 5

⁶ Schmittmann, Jens M., a.a.O.; Koch, Frank A., a.a.O., S. 44 Fn. 106.

werden die Bezeichnungen Cold-e-mail oder Junk-e-mail verwandt.⁷

Wird dagegen ein Artikel gleichlautend in sehr vielen Newsgroups gepostet oder gecrosspostet, so spricht man im ersten Fall auch von Spam oder besser EMP (excessive multiple posting), im zweiten von Velveeta bzw. ECP (excessive cross-posting).⁸

Kennzeichnend für Spam ist jedenfalls die Verbreitung einer oder mehrerer gleichlautender e-mails von einem Versender an eine große Zahl von Empfängern unter Zuhilfenahme der spezifischen Technik, die das Internet und damit die e-mail-Technik ohne großen physischen und finanziellen Aufwand erlaubt.

V. Ist Spam ein Problem?

1. Argumente für eine Einschränkung der Möglichkeit zur Versendung von unerwünschten Werbemails auf europäischer Ebene

Die Gefahr von Werbe-e-mails besteht darin, dass eine unbegrenzte Anzahl von Versendern e-mails an eine ebenso unbegrenzte Anzahl von Empfängern senden kann, was im Falle des Zusammentreffens verschiedener Sendungen von mehreren Versendern an die gleichen Empfänger zu einer Blockade von Empfangsmöglichkeiten führen kann und in jedem Fall durch das Herunterladen der Werbebotschaften Kosten durch Verbindungsentgelte beim Empfänger verursacht, die er ohne Einwilligung oder Geschäftsbeziehung jedenfalls nicht erwarten muß und daher auch nicht hinnehmen muß.

Dieses Problem verschärft sich, weil der Prozentsatz von Mitteilungen, die zwecks Auftrag oder mit der Bitte um genauere Informationen zurückgeschickt wurden, achtmal höher sein soll als jener, der bei der Werbetelefonie oder in der Printwerbung angenommen wird.⁹

Die Europäische Kommission geht von auf Seiten der Empfänger/Verbraucher verursachten Kosten durch unverlangt zugesandte Werbe-e-mails in Höhe von mehr als 10 Milliarden Euro pro Jahr aus.¹⁰

Auch die Verwendung von Filterprogrammen auf den Servern oder den Postfächern der Empfänger entschärft das Problem „Spam“ als

⁷Schmittmann, Jens M., a.a.O., S. 172

⁸ <http://www.fitug.de/bildung/allgem/spam.html>

⁹ Watel, Johann, a.a.O., Abs. 2

¹⁰ http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/Spam_Studie.pdf

Massenphänomen jedenfalls nicht.

Filterprogramme bergen überdies die Gefahr, dass auch erwünschte Nachrichten abgewehrt werden und das Löschen unverlangt zugesandter mails ist hinsichtlich der bereits verursachten Kosten eine unzureichende Maßnahme.

Weil das Versenden von e-mail-Nachrichten in großer Menge einfach und billig für den Versender ist, wird es für die e-mail-Nutzer und dadurch für die Funktionsfähigkeit weltweiter und ungehinderter e-mail-Kommunikation zu einem ernsthaftem Problem.

Über 569 Millionen elektronische Briefkästen weltweit werden teils in kommerziellen Adressensammlungen gespeichert und bilden für die Werbewirtschaft daher ein enormes Potential¹¹, so daß wegen der aufgezeigten Gefahren für die Internetkommunikation ein entsprechend hohes Schutzbedürfnis besteht. Dies gilt natürlich auch für etwaige offen zugängliche Listen von Nutzern, die keine Werbemails bekommen möchten, sind diese doch für Spammer eine wertvolle Ressource, weil die in den Listen enthaltenen E-Mail-Adressen von ihren Inhabern alle als gültig bestätigt worden sind.

2. Argumente gegen die Einschränkung der Möglichkeit zur Versendung von unerwünschten Werbemails auf europäischer Ebene

Für eine vom Verfasser nicht geteilte Gegenmeinung ist das Zusenden unerbetener Emailwerbung im Hinblick auf den Verbraucherschutz anders zu beurteilen, als die verbotene unerbetene Telefon- oder Telefaxwerbung, weil die Telefonwerbung als besonders aufdringlich empfunden werde, da am Telefon durch den direkten Kontakt mit dem versierten und geschulten Verkäufer Druck ausgeübt werde, dem sich der Betroffene kaum entziehen kann.

Diese individuelle Drucksituation falle bei der e-mail-Werbung weg und es bestehe im wesentlichen kein Unterschied, ob ein Werbeprospekt aus dem Postfach entsorgt wird oder eine Mailbox geleert werde.

Der Unterschied zur Telefaxwerbung bestehe darin, dass durch das Übersenden eines Faxes das Gerät für diese Zeit nicht empfangsbereit sei und Papier verschwendet werde. Durch das Übersenden von Emails in angemessenem Ausmaß würde ein Computersystem nicht überfordert oder dessen Speicherkapazität

¹¹ Watel, Johann , a.a.O., Abs. 3

aufgebraucht. Das Entsorgen könne einfacher als bei der Briefpost durchgeführt werden und es entstehe auch kein zusätzlicher Müll.

Schließlich stünden den Kosten durch die Anschlußgebühr beim Download der e-mails als berücksichtigungswürdiger Faktor der durchschnittliche Informationsgehalt der Werbung und das Interesse der Werbewirtschaft gegenüber.

Da spezielle Filterprogramme zur Aussonderung unerbetener Werbemails existierten oder die Möglichkeit bestehe, sich in „opt-out-Listen“ eintragen zu lassen, sei ein Spamverbot im Interesse des Verbraucherschutzes unverhältnismäßig und daher mit der Dienstleistungsfreiheit des Art 49 EGV nicht vereinbar.¹²

Damit sind auch die beiden Pole hinreichend beschrieben, zwischen denen sich die Diskussion um das für und Wider eines Spamverbotes und dessen mögliche Ausgestaltung zwischen den zuständigen Gremien in der EU und den Mitgliedsstaaten bewegt.

VI. Gesetzliche Regelungen in Deutschland

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen in Deutschland in Bezug auf ein Verbot von Spam gibt es nach der Einführung des am 21. Dezember 2001 in Kraft getretenen Gesetzes zum Elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) nicht.

Allerdings erfassen einige Vorschriften unterschiedlicher nationaler Regelungen auch die Zusendung unerwünschter e-mails.

Eine Einschränkung der Zulässigkeit von e-mail-Werbung ergibt sich danach schon aus § 28 Abs. 4 BDSG.

Sofern die verwandten e-mail-Adressen aus Bestands- oder Nutzungsdaten von Tele-, Medien- oder Telekommunikationsdiensten an Versender gelangen, dürfen diese Daten auch für Zwecke der e-mail-Werbung nur verwandt werden, wenn der Nutzer einwilligt.¹³ Der Hinweis auf eine derartige Erlangung der e-mail-Adresse mit der Folge rechtswidriger Verwendung müsste vom Verwender entsprechend widerlegt werden. Regelmäßig wird eine Klausel in den AGB's der Tele-, Medien- oder Telekommunikationsdiensten eine Einwilligung des Kunden fingieren, um deren Wirksamkeit zu streiten wäre. Sollte diese Hürde durch den Werbetreibenden durch den Nachweis übersprungen werden, die Daten zur Versendung der e-mails außerhalb des Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts durch

¹² <http://www.kanzleizentrum-salzburg.at/docs/emailwerbung.pdf>

¹³ Schaar, Peter, Datenschutz im Internet, Beck Verlag, München 2002, Rz. 683, 684

öffentlich zugängliche Verzeichnisse oder Websites gewonnen zu haben, ist darin gleichzeitig kein Einverständnis des Adressinhabers zum Empfang von Werbe-e-mails zu sehen. Rechtsprechung und Literatur behandeln derart unerwünschte e-mail-Werbung überwiegend nach den gleichen Grundsätzen, die für Telefon- und Telefaxwerbung entwickelt wurden¹⁴. Daraus ergibt sich, dass Spam an Privatpersonen¹⁵ wie an Gewerbetreibende¹⁶ als grundsätzlich unzulässig gilt, sofern kein Einverständnis vorliegt oder kein Einverständnis vermutet werden kann.

Der Unterlassungsanspruch einer Privatperson wird zum Teil aus der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG als Rechtsgut des § 823 BGB iVm. §1004 hergeleitet¹⁷, zum Teil wird die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte negative Informationsfreiheit bemüht.¹⁸

Unterlassungsansprüche von Gewerbetreibenden lassen sich jedenfalls aus § 1 UWG herleiten, sofern ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt oder aber aus dem Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes als Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 BGB.¹⁹

Mit der Neufassung des Teledienstegesetzes, welche am 21. Dezember 2001 mit dem Gesetz zum Elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)²⁰ in Kraft getreten ist und weite Teile der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) in Deutschland umgesetzt hat, wurde auch das Herkunftslandprinzip für alle in Deutschland niedergelassene Anbieter deutsches Recht, auch wenn sie ihre Dienste im europäischen Ausland erbringen. Als Artikel 1 des EGG erfolgte die Neufassung des Teledienstegesetzes mit der dort in § 4 Abs. 1 enthaltenen Regelung des Herkunftslandsprinzips, welches aber durch § 4 Abs. 4 Nr. 3 TDG für die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikationen durch elektronische Post ausdrücklich nicht gilt.

¹⁴ LG Traunstein, Beschluß. v. 14.10.1997, in MMR 1998, S. 109; LG Ellwangen, Urt. v. 27.08.1999, in, <http://www.jurpc.de>, JurPC Web-Dok. 198/1999; Körner/Lehment in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Beck Verlag München 2002, Teil 11, Werberecht 11.1 Rz. 29-34.

¹⁵ Schmittmann, Jens M., a.a.O., S. 174

¹⁶ Schmittmann, Jens M., a.a.O., S. 175

¹⁷ LG Berlin, Beschluß vom 14.05.1998, MMR 1998 S. 491; LG Brakel, Urteil vom 11.02.1998, MMR 1998, S. 492

¹⁸ Fikentscher, Wolfgang/ Möllers, Thomas M.J., Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung in, NJW 1998, s. 1337, 1343, Fn. 4

¹⁹ Landgericht Berlin, Urteil vom 07.01.2000 in, http://www.mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/urteil/e-mail_LG-Berlin.htm und Computer und Recht (CR) 2000, S. 622; LG Berlin, Urteil vom 23.6.2000, MMR 2001 S. 60, Landgericht Hannover, Beschluß vom 29.05.2001 in, http://www.mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/urteil/e-mail_werbung.htm

²⁰ <http://www.bmwi.de/Homepage/download/infogesellschaft/EGG.pdf>

Damit hat die Vorschrift von Artikel 3 ECRL, wonach Diensteanbieter grundsätzlich die innerstaatlichen Vorschriften des Mitgliedsstaates beachten müssen, in dem sie niedergelassen sind, für die unerwünschte Zusendung von Werbe-e-mails ausdrücklich keine Gültigkeit.

Im Referentenentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie²¹ wird zu Artikel 7 ECRL, wonach das Zusenden nicht angeforderter Werbung zugelassen werden kann, festgestellt, daß nach nahezu einhelliger Gerichtspraxis in Deutschland das Zusenden nicht angeforderter e-mail-Werbung nach § 1 UWG unzulässig ist und es insoweit keiner Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in nationales Recht bedarf.

Damit wurde bei der Frage nach der Umsetzung europäischen Rechts die oben angeführte derzeit geltende Rechtsprechung in Deutschland im Hinblick auf Spamming berücksichtigt.

In der Begründung zur Neufassung des § 4 Abs. 4 Nr. 3 TDG stellt der Referentenentwurf dann ausdrücklich fest, daß nicht angeforderte Werbung per e-mail unzulässig ist und die im neuen TDG fixierte Ausnahme vom Herkunftslandprinzip dem Umstand Rechnung trägt, daß die einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedliche Regelungen in Bezug auf das Zusenden von nicht angeforderter Werbung per e-mail haben können. Ein deutscher Anbieter muß für das Versenden rechtlich zulässiger e-mails in einen anderen Staat des Geltungsbereichs der ECRL die dort geltenden Vorschriften beachten. Spamming in Deutschland ist damit jedoch unzulässig.

VII. Gesetzliche Regelungen in Österreich

Am 01.01.2002 ist das E-Commerce-Gesetz (ECG) in Kraft getreten. Nach § 7 ECG ist die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH dazu verpflichtet, eine Liste (Robinson-Liste) zu führen, in welcher sich Personen und Unternehmen kostenfrei eintragen können, die keine Zusendung kommerzieller Kommunikation per elektronischer Post haben möchten. Unabhängig von dieser Liste ist gem. § 101 TKG und § 12 Abs. 3 WAG e-mail-Werbung ohne vorherige Zustimmung des Empfängers unzulässig und bußgeldbewehrt, so daß die Liste nur für Finanzdienstleister Bedeutung hat, wenn nach § 12 Abs. 3 WAG im Rahmen von Finanzdienstleistungen unaufgeforderte e-mails verschickt werden darf, sofern die Empfänger nicht gelistete Unternehmer sind. Diese Zulässigkeit ist umstritten und soll nicht gelten, wenn § 101 TKG neben § 12 Abs. 3 WAG anwendbar ist.²²

²¹ <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/material/egg.pdf>

²² [http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/EC752CEEA0A3AAD8C1256B99002DDBD7/\\$file/Merkblatt_unerwuenschte_E-Mail.pdf](http://www.rtr.at/web.nsf/lookuid/EC752CEEA0A3AAD8C1256B99002DDBD7/$file/Merkblatt_unerwuenschte_E-Mail.pdf), S.3

In anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind nationale Regelungen in Kraft, die Spam teilweise als ausdrücklich unzulässig bestimmen, teilweise überhaupt nicht regeln,²³ so dass die Frage gestellt werden muß, welche Antworten Gemeinschaftsrecht auf die Gefahren unverlangter e-mail-Werbung einerseits und deren Vorteile für die gewerbliche Wirtschaft, insbesondere die Werbewirtschaft gibt und welche Entwicklungen es zu berücksichtigen gilt.

VIII. Europäische Rechtsvorschriften

1. *Europäischer Gemeinschaftsvertrag, EGV*

Fraglich ist zunächst, ob Bestrebungen, Spam europaweit oder nur in den jeweiligen Nationalstaaten zu unterbinden, gegen Grundprinzipien europäischen Gemeinschaftsrechts verstoßen würde, da die Übermittlung elektronischer Post ggf. nur in den Grenzen bestimmter Mitgliedsstaaten erlaubt wäre.

Betroffen wäre dabei die in Art. 49 und 28 EG-Vertrag (EGV)²⁴ geregelte Dienstleistungs- und Warenfreiheit als Grundfreiheit des EGV, die eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV darstellen. Sie gelten neben der Niederlassungsfreiheit als unverzichtbare Bestandteile für die Verwirklichung des EG-Binnenmarktes und die Freiheit der Wirtschaftsströme. Das Diskriminierungsverbot greift grundsätzlich in alle Sachgebieten ein, die im EGV geregelt sind und in denen die Gemeinschaft tätig ist.

Daraus ergibt sich damit auch, dass die Durchführung von Werbung mittels elektronischer Kommunikationsmittel dem Regelungsgehalt dieser Vorschriften unterfällt.

a) Diskriminierung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, Art. 49 EGV

Zu Art. 49 EGV stehen Normen im Widerspruch, die den Dienstleistungsverkehr ungerechtfertigt erschweren. Dies sind Normen, die den Dienstleistungserbringer aufgrund seiner Staatsangehörigkeit diskriminieren, oder die auf andere Weise geeignet sind, die Tätigkeit des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern. Beschränkungen der freien Übermittlung elektronischer Werbebotschaften könnten damit im Widerspruch zur vorgenannter Norm stehen, da diese an die Herkunft der unverlangt zugesandten e-mail anknüpfen könnten und überhaupt die wirtschaftliche

²³ Spindler, Gerald/Schmittmann, Jens M., a.a.O., S. 19

²⁴ <http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/de/detoc05.htm>

Entfaltungsmöglichkeit der Versender behindern, weil Werbung unverzichtbarer Bestandteil bei der Erbringung von Dienstleistungen oder dem Vertrieb von Waren ist. Darüberhinaus ist natürlich das Direktmarketing als solches selbst ein von derartigen Beschränkungen betroffener Wirtschaftszweig.

Der EuGH hat die als Diskriminierungsverbote formulierten Grundfreiheiten schrittweise zu Beschränkungsverboten ausgebaut, d.h. auch unterschiedslos auf Inländer und Ausländer anwendbare Vorschriften müssen sich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lassen. Begründet wird dies vom EuGH damit, daß ohne Beschränkungsverbote der Schutz der Grundfreiheiten erheblich erschwert würde.

aa) Sachliche Rechtfertigung einer Diskriminierung nach Art. 12 EGV

Eine Diskriminierung iSv. Art. 12 EGV liegt aber nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist.

Beschränkungen bedürfen daher einer gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung, die durch den EuGH in vier Stufen geprüft wird. Maßnahmen sind demnach gerechtfertigt, wenn sie

- in nicht diskriminierender Art und Weise angewandt werden,
- aus zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind,
- geeignet sind, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und
- nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.

bb) Das Verbraucherschutzinteresse als Rechtfertigung für Einschränkungen hinsichtlich unaufgeforderter e-mail-Werbung

Der EuGH hat allerdings in der Keck/Mithouard-Entscheidung schon im Urteil vom 24.11.1993²⁵ klargestellt, dass eine Beschränkung bestimmter Formen des Marketings und damit verbundener Vertriebsmethoden den Handel unter Mitgliedsstaaten nicht unzulässig behindert, sofern die Beschränkungen gleichermaßen für In- und Ausländer gelten.

²⁵ EuGH, NJW 1994, S. 121

Auch Restriktionen im Hinblick auf Direkttelefonmarketing durch den Staat des Werbenden wurden in der sog. Alpine-Investment-Entscheidung des EuGH²⁶ zum Cold-Calling vom 10. Mai 1995 aus Sicht der Verbraucherschutzinteressen für verhältnismäßig gesehen, so dass dem Regelungsgehalt der EGV nicht zu entnehmen ist, dass nationale oder europaweite Spamverbote unzulässig seien.

2. Die Richtlinie 95/46/EG

a) Anwendung der Richtlinie auf Spam

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr bestimmt in Artikel 6, daß personenbezogene Daten nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden dürfen und nur für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden sollen.²⁷

Damit ist ein Zweckbestimmungsgrundsatz verbunden, der die Benutzung von e-mail-Adressen als Form der Verarbeitung zum Zwecke des Spammings unzulässig machen könnte, sofern nicht eine Zustimmung der betroffenen Person für genau diesen Zweck vorliegt oder aber die Benutzung in engen Grenzen erfolgen darf, wenn eine der in Artikel 7 genannten Voraussetzungen erfüllt ist.

b) Die Rechtmäßigkeit des Spammings als Verarbeitung personenbezogener Daten

aa) Rechtmäßigkeit durch Einwilligung

Über die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten bestimmt Artikel 7 a, daß die Verarbeitung dann als rechtmäßig angesehen werden kann, „wenn die betroffene Person ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben hat.“

bb) Rechtmäßigkeit durch berechtigtes Interesse

Gedeckt sein kann die Verarbeitung gem. Artikel 7 f) allerdings auch dann, wenn die Verarbeitung zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen

²⁶ EuGH, NJW 1995, S. 2541;

http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/urteil/eugh_alpine_investments.htm

²⁷ http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Richtlinie_95_46_EG.htm

wird, denen die Daten übermittelt werden, erforderlich ist, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen.

Jenseits der Zustimmung des Betroffenen ergibt sich damit ein Spannungsfeld zwischen seinen und den Interessen des Verarbeiters der personenbezogenen Daten zwecks Zusendung unerwünschter Werbe-e-mails.

cc) Rechtswidrigkeit mangels vorheriger Information

Da die Richtlinie im übrigen bestimmt, daß von der Datenerhebung und Datenverarbeitung Betroffene stets über die damit verbundenen Zwecke informiert werden müssen, würde Spamming ohne Zustimmung und Information genau dieses Zwecks schon vor der Datenerhebung unzulässig sein.

Jedoch bestimmt Artikel 14 b) der Richtlinie 95/46/EG ausdrücklich, daß die Mitgliedstaaten das Recht der betroffenen Person anerkennen, „auf Antrag kostenfrei gegen eine vom für die Verarbeitung Verantwortlichen beabsichtigte Verarbeitung sie betreffender Daten für Zwecke der Direktwerbung Widerspruch einzulegen oder vor der ersten Weitergabe personenbezogener Daten an Dritte oder vor deren erstmaliger Nutzung im Auftrag Dritter zu Zwecken der Direktwerbung informiert zu werden und ausdrücklich auf das Recht hingewiesen zu werden, kostenfrei gegen eine solche Weitergabe oder Nutzung Widerspruch einlegen zu können“ und außerdem die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, daß die betroffenen Personen vom Bestehen ihrer Rechte Kenntnis haben.

dd) Widerspruchsrecht als Rechtfertigung für die Zulässigkeit von Spamming

Für den Fall der Direktwerbung, zu dem auch das Spamming gezählt wird, ist damit ein Privileg konstituiert worden, weil ein Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung der sie betreffenden Daten und deren Weitergabe keine grundsätzliche Rechtswidrigkeit festlegt, sondern Spamming allenfalls dann für unzulässig erklärt, wenn das Widerspruchsrecht in Abwägung der in Artikel 7 f) genannten Grundsätze zutreffend ausgeübt wurde.

Die Anerkennung des Rechtes des Betroffenen nur auf ein Widerspruchsrecht durch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bedeutet damit, daß die mit der Information über die Möglichkeit eines Widerspruchs verbundene elektronische Mitteilung eines potentiellen Spammers über die beabsichtigte Direktwerbung jedenfalls zulässig ist und damit in der Praxis schon

die als Vorabinformation gedachte Aufklärung als Werbebotschaft genutzt werden kann.

Mit den Regelungen der Richtlinie 95/46/EG werden dem von der Direktwerbung Betroffenen Pflichten auferlegt zu widersprechen und damit für die Direktwerbung im Hinblick auf Datenschutzrechtliche Aspekte bereits ein sogenanntes „opt-out-System“ installiert, welches dem Betroffenen im Ergebnis eine Äußerungspflicht auferlegt, will er der Verarbeitung seiner Daten und damit der Direktwerbung entgehen.

Die Durchsetzung eines ausgeübten Widerspruchsrechts ist damit dem vom Spamming Betroffenen auferlegt, der natürlich auch die Kosten und die Beweislast für die Richtigkeit und den Empfang des ausgeübten Widerspruchsrechts trägt, sollte sich der Datenverarbeiter über das Widerspruchsrecht hinweggesetzt haben.

Zur Abwehr unverlangt zugesandter e-mail-Nachrichten ist diese Richtlinie damit nur sehr begrenzt geeignet.

3. Die Richtlinie 97/66/EG, ISDN-Datenschutz-Richtlinie

a) Anwendung der Richtlinie auf Spam

Die sogenannte ISDN-Datenschutz-Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation vom 15. Dezember 1997 definiert in Art. 2 d), dass ein Telekommunikationsdienst „ganz oder teilweise in der Übertragung und Weiterleitung von Signalen über das Telekommunikationsnetz“ tätig ist, so dass auch die Versendung von e-mails dieser Richtlinie unterfallen könnte.

Auch Artikel 3, der als betroffene Dienste für die Verarbeitung personenbezogener Daten solche nennt, die im Zusammenhang „mit der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in öffentlichen Telekommunikationsnetzen in der Gemeinschaft“ tätig sind, spricht für eine Anwendungsmöglichkeit der Richtlinie.

b) Vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail und Fax notwendig, Art. 12 ISDN-RL

Allerdings wird schon in den Erwägungen der Richtlinie unter Nr. (22) festgelegt, dass von den Mitgliedsstaaten Vorkehrungen zu treffen sind „um die Teilnehmer gegen das Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Anrufe oder unerbetene Fernkopieübermittlungen zu schützen.“

Dies wird folgerichtig in Artikel 12 unter der Überschrift „Unerbetene Anrufe“ dann auch nur für die Kommunikation mit „Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System)“ und „Fernkopien(Telefax)“ umgesetzt. Das Direktmarketing darf insoweit nur nach vorheriger Einwilligung erfolgen.

Ein hinreichender Ansatz zur Abwehr von unerwünschter e-mail-Werbung ergibt sich mangels ausdrücklicher Nennung dieser Form des Direktmarketings aus der sogenannten Telekommunikationsrichtlinie daher nicht.

c) Strengere Regelungen nach Art. 14 ISDN-RL möglich

Unter Art. 14 der Richtlinie wurde allerdings festgehalten, daß die Mitgliedstaaten in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem EG-Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um einen höheren Verbraucherschutz sicherzustellen, so daß die Richtlinie einem auf nationalstaatlichen Grundsätzen basierendem Schutz vor Spam nicht entgegensteht.

4. Richtlinie 97/7/EG, Fernabsatzrichtlinie

a) Anwendung der Richtlinie auf Spam

Ein typisches Fernkommunikationsmittel für Vertragsabschlüsse im Wege des Fernabsatzes zwischen Lieferanten und Verbrauchern ist auch die Verwendung von Telekommunikationsleitungen zur Übertragung von e-mails, so daß das Spamming auch dem Regelungsgehalt dieser Richtlinie unterfällt.

b) Vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail und Fax notwendig, Art. 10 Abs.2 FARL

Die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz enthält in Art. 10 Abs. 2 die Bestimmung, wonach die Verwendung von Automaten als Kommunikationspartner (Voice-Mail-System) und der Einsatz von Fernkopien (Telefax) durch den Lieferanten der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedarf. Von anderen Formen der Kommunikation ist in Bezug auf eine vorab gegebene Einwilligung nicht die Rede.

c) Opting-out bei anderer Kommunikation

In Bezug auf andere Kommunikationstechniken sollen die einzelnen Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass Fernkommunikationstechniken mit der Möglichkeit individueller Kommunikation verwendet werden dürfen, sofern der Verbraucher die Verwendung dieser Fernkommunikationstechniken nicht offenkundig abgelehnt hat.

Damit ergibt sich aus der europäischen Fernabsatzrichtlinie ebenfalls kein Verbot für die Zusendung unverlangter Werbe-e-mails, es sei denn, der Verbraucher hat deren Zusendung vorher offenkundig abgelehnt und damit vom sogenannten - oben erstmals im Hinblick auf die Richtlinie 95/46/EG erwähnten - „opting-out“ Gebrauch gemacht.

Diese Regelung des Zwangs zur offenkundigen Ablehnung von e-mail-Werbung um deren Unzulässigkeit zu bewirken, war allerdings im Beratungsverfahren zur Verabschiedung der Fernabsatzrichtlinie umstritten.

Verbraucherschutzverbände und das Europäische Parlament hatten sich zunächst für ein von der Bundesrepublik Deutschland favorisiertes „opting-in“ als Schutz der Privatsphäre ausgesprochen, wonach der Verbraucher nicht seine offenkundige Ablehnung kundgeben musste, um unerwünschten Werbe-e-mails zu entgehen („opting-out“), sondern ausdrücklich zustimmen musste, um e-mail-Werbung im Einzelfall zulässig zu machen. Damit wäre Spam ausdrücklich unzulässig gewesen.

Die am Ende getroffene Regelung vertraute nach ihren Befürwortern jedoch auf die „Funktionalität freiwilliger Verhaltensregeln der Werbewirtschaft“ und betonte die damit verbundene „Gewichtung zugunsten der Waren- und Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union“.²⁸

d) Strengere Regelungen nach Art. 14 FARL möglich

Nicht übersehen werden darf insoweit allerdings Art. 14 FARL, wonach die Mitgliedsstaaten für die der Fernabsatzrichtlinie unterfallenen Regelungsbereiche strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen, so daß auch diese Richtlinie jedenfalls

²⁸ Pützhofen, Andreas, Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz, Die Richtlinie 97/7/EG und ihre Einbindung in nationales Verbraucherrecht, Schriftenreihe Information und Recht, Beck Verlag München 2001, S. 99

kein Hindernis bei einem nationalstaatlichen Alleingang zum Schutz vor Spam darstellt.

e) Keine Umsetzung von Art. 10 FARL in deutsches Recht

Eine Umsetzung von Art. 10 FARL in das bundesdeutsche Recht des Fernabsatzgesetzes vom 27.6.2000 und zum 01.01.2002 in die §§ 312 b – f BGB erfolgte nicht, weil nach Auffassung des Bundesministeriums der Justiz die ständige Rechtsprechung zu § 1 UWG und §§ 823, 1004 BGB im Hinblick auf die zulässige Verwendung von Fernkommunikationstechniken entweder den Vorgaben der FARL entsprechen oder hinsichtlich strengerer Handhabung durch Art. 14 FARL gedeckt seien.²⁹

5. Richtlinie 2000/31/EG, E-Commerce-Richtlinie

Die E-Commerce-Richtlinie (ECR) über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8. Juni 2000 regelt neben allgemeinen Informationspflichten und solchen im Bereich der kommerziellen Kommunikation auch den elektronischen Vertragsabschluß und die Verantwortlichkeit von Anbietern für vermittelnde Dienste.

a) Das Herkunftslandprinzip

Aus dem Wortlaut des Artikel 3 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie „die Mitgliedsstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedsstaat nicht aus Gründen einschränken, die nicht in den koordinierten Bereich fallen“ wird das sogenannte Herkunftslandprinzip abgeleitet, wonach Diensteanbieter unabhängig vom Recht des Empfangslandes und damit gemeinschaftsweit tätig werden können, solange sie die rechtlichen Bestimmungen des Herkunftslandes einhalten.³⁰

b) Ausnahme vom Herkunftslandprinzip

Der Bereich der kommerziellen Kommunikation wird allerdings durch Art. 3 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang II der Richtlinie vom Herkunftslandprinzip ausgenommen, so dass weiterhin das

²⁹ Schmittmann, Jens M., a.a.O., S. 175; Moritz, Hans-Werner (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 2002, Abschnitt D, Rz. 516-520.

³⁰ Moritz, Hans-Werner, a.a.O., Rz. 525

Recht des Adressatenstaates zur Beurteilung der Zulässigkeit unverlangt zugesandter e-mail-Werbung ausschlaggebend ist.³¹

Damit wird im Hinblick auf den europaweiten Wettbewerb der e-mail-Werbenden die befürchtete Inländerdiskriminierung und damit mögliche Verfassungsbeschwerden³² sowie ein Abbau des nationalen Lauterkeitsrechts (race to the bottom)³³ durch das Herkunftslandprinzip vermieden, weil diese Ausnahme insoweit einen Druck zur Anpassung nationaler Gesetze zu Gunsten inländischer Werbetreibender an andere - für die Werbetreibenden günstigeren- Rechtsordnungen verhindert.

Ferner bestimmt Artikel 3 Abs. 4 ECR, daß Mitgliedsstaaten abweichend von der Regelung des Herkunftslandsprinzips des Artikel 3 Abs. 2 ECR angemessene Maßnahmen ergreifen können, wenn diese zum Schutz der Verbraucher einschließlich des Schutzes von Anlegern erforderlich sind.

c) Transparenzprinzip nach Art. 7 Abs. 1 ECR

Einschlägig für die Versendung von Werbung per e-mail ist auch Art. 7 Abs. 1 ECR, der bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten, in denen nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation zugelassen ist, dafür Sorge zu tragen haben, dass die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation, die von den in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbietern ausgeht, klar und eindeutig als solche erkennbar ist.

d) Beachtung von opt-out-Registern nach Art. 7 Abs. 2 ECR

Ferner sieht Art. 7 Abs. 2 ECR vor, dass diese Mitgliedsstaaten unbeschadet der Fernabsatzrichtlinie 97/7 EG und der ISDN-Datenschutz-Richtlinie 97/66 EG Maßnahmen ergreifen müssen, die gewährleisten, dass Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post versenden, regelmäßig „opt-out-Register“³⁴ überprüfen und diese Register auch beachten.

³¹ Moritz, Hans-Werner, a.a.O, Rz. 526

³² Der österreichische Ministerialentwurf zum E-Commerce-Gesetz unter www.rechtsprobleme.at/doks/ecg-entwurf.pdf

³³ Stellungnahme des Markenverbandes zum Grünbuch der Europäischen Kommission zum Verbraucherschutz in der EU unter http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair_comm_pract/responses/business_germany/markenverband.pdf.

³⁴ sog. Robinson-Listen, wie sie in der Briefwerbung als freiwillige Einrichtung der Werbewirtschaft durch den Deutschen Directmarketingverband e.V. zur kostenlosen Eintragung von Personen, die keine adressierte Werbung in Form von Papierpost erhalten möchten, vorgehalten werden.

Damit wird auch die E-Commerce-Richtlinie von dem „opt-out-Prinzip“ beherrscht, wonach die unverlangte e-mail-Zusendung bis zur ausdrücklichen Ablehnung grundsätzlich zulässig ist.

III. Die Positionen zum Regelungsbedarf

1. Votum der European Consumer Law Group, ECLG

Die „European Consumer Law Group“ ist eine Gruppe von Juristen und Hochschullehrern mit Verbindungen zu Verbraucherorganisationen in der Europäischen Gemeinschaft deren Arbeit von der Europäischen Kommission finanziert wird. Diese 1977 in London gegründete Vereinigung besteht aus je einem Mitglied einer Verbrauchervereinigung und je einem Hochschulangehörigen pro Mitgliedsstaat und hat sich zur Aufgabe gemacht, auf ihren halbjährlichen Treffen europäische Konsumenteninteressen zu diskutieren und mit ihren Stellungnahmen im Sinne der Verbraucher auf Politik und Industrie Einfluß zu nehmen ³⁵.

In ihrer Stellungnahme „Consumer Transactions on the Internet ECLG/194/2000“³⁶ stuft die ECLG die negativen Wirkungen von Spam unter Hinweis auf die Richtlinie 97/66/EG als vergleichbar mit jenen von Voice-mail-Systemen oder unerbetenen Fax-Nachrichten ein und sprach sich wegen der Störung der Privatsphäre und den durch die Übertragung von unerwünschter e-mail-Werbung verbundenen Kosten klar für eine „opt-in-Variante“ aus, bei der ein Verbraucher seine Zustimmung zur e-mail-Werbung geben müsse. Ein „opt-out-Register“ wurde als das Mindestmaß gefordert, sofern e-mail Werbung von den zuständigen politischen Gremien erlaubt werden würde.

2. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23. Juli 1999

a) Unzulässigkeit von Spam im ursprünglichen Vorschlag der Kommission

³⁵ http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/eclg/index_en.html

³⁶ http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/ECLG_Consumer_Internet.pdf

Bereits am 19. November 1998 nahm die Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG von der Kommission nur in geänderter Fassung an.

Mit den Änderungen 52 und 28 des ursprünglichen Vorschlags sollten den in der Richtlinie 97/7/EG bereits enthaltenen Kommunikationsmittel, deren Verwendung der vorherigen Einwilligung des Verbrauchers bedarf, die e-mail und das Telefon hinzugefügt werden.

b) Keine Unzulässigkeit von Spam im geänderten Vorschlag der Kommission

Nach Tagungen und politischen Aussprachen und unter Berücksichtigung der Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments, wurden nicht alle enthaltenen Änderungen - insbesondere jene bezüglich der grundsätzlichen Unzulässigkeit von e-mail-Werbung - „aus dem Grund der Vollharmonisierung des Vorschlags sowie aus der vorgesehenen Notwendigkeit eines klaren Zusammenspiels mit bestehenden Texten“ übernommen.³⁷

Begründet wurde die Nichtaufnahme von e-mail und Telefon wie folgt: „Zur Wahrung der Kohärenz mit den Bestimmungen der Richtlinie 97/7/EG und 97/66/EG darf die vorherige Einwilligung nur bei Voice-Mail-Systemen und Telefax verlangt werden. ... Zur besseren Verständlichkeit und aus Gründen der Kohärenz wurde der Wortlaut dieser Grundsätze allerdings zum Teil an die Formulierung der Richtlinie 97/7/EG angeglichen“³⁸

c) Möglichkeit einer „opt-out“-Regelung für die Mitgliedsstaaten

Den Mitgliedsstaaten sollte überlassen werden, die Zulässigkeit der Verwendung anderer Kommunikationsmittel vom Mangel offenkundiger Ablehnung oder vom Mangel deutlicher Einwände abhängig zu machen, was für ein Spamverbot bedeutet, daß nur eine individuelle oder in einem offenen Register geäußerte Ablehnung von den einzelnen Mitgliedsstaaten zur Voraussetzung eines Spamverbotes gemacht werden kann.

³⁷http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Vorschlag_Richtlinie_Fernabsatz.pdf

³⁸http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Vorschlag_Richtlinie_Fernabsatz.pdf

d) Kostenfreiheit von Ablehnung und Einwänden durch Verbraucher

Ein „Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG vom 23. Juli 1999“ sah dann unter Artikel 10 „Unerbetene Mitteilungen“ außer der insoweit neuen und an Art. 10 als Absatz 3 angefügten Formulierung „Die Maßnahmen nach den Absätzen (1) und (2) dürfen dem Verbraucher keine Kosten verursachen.“ keine Änderung vor, so daß die Notwendigkeit vorheriger Einwilligung wie bisher auf Voice-mail und Fax beschränkt blieb. Einwilligung nach Absatz (1) Ablehnung und Einwände des Verbrauchers sollten kostenfrei sein.

3. Gemeinsamer Standpunkt des Rates EG Nr. 16/2002

Der Gemeinsame Standpunkt des Rates EG Nr. 16/2002, vom Rat festgelegt am 19. Dezember 2001 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie 2002/...EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom...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 sah in Erwägungsgrund 26 dann vor, daß die Mitgliedsstaaten die geeigneten Maßnahmen ergreifen sollten, um die Verbraucher, die keine oder nur zeitlich begrenzte Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel auf wirksame Weise vor derartigen Kontakten zu schützen seien. Von dieser Richtlinie sollten die zusätzlichen Garantien unberührt bleiben, die dem Verbraucher aufgrund gemeinschaftlicher Regelungen über den Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten zustehen.

a) Wahlfreiheit zwischen „opt-in“ und „opt-out“ für die Mitgliedsstaaten

Der Artikel 10 über unerwünschte Nachrichten wies allerdings gegenüber dem bereits am 23. Juli 1999 von der Kommission vorgelegten Entwurf die Änderung auf, wonach die Verwendung telefonischer Kommunikation mit einem Anrufautomaten (Voice-Mail-System) und Telefax der Einwilligung bedarf, andere Fernkommunikationsmittel nach Regelung der Mitgliedsstaaten aber entweder von der vorherigen

Zustimmung oder der ausdrücklichen Ablehnung abhängig sein, ohne daß Einwilligung, Zustimmung oder Ablehnung Kosten beim Verbraucher verursachen dürfen.

b) Kritik am Gemeinsamen Standpunkt EG Nr. 16/2002

Es ist allerdings außer im Falle eines Anrufs durch den Dienstanbieter beim Verbraucher nicht ersichtlich, wie letzterer ohne eigenen Kostenaufwand seine Einwilligung zur Werbung per Voice-Mail-System oder Fax geben soll, noch warum er von den Kosten zwingend befreit werden muß, da es sich doch jedenfalls um eine freiwillige Einwilligung handeln wird. Auch eine Zustimmung aus freien Stücken zur e-mail-Werbung wird kaum ohne Kosten erfolgen können und muß - weil auch diese freiwillig ist - nicht als kostenfrei für den Verbraucher vorgeschrieben werden. Eine transparente Regelung, daß die Eintragung in ein „opt-out-Register“ an sich keine Kosten beim Verbraucher nach sich ziehen darf, könnte Klarheit schaffen.

4. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (2000/C 365 E/17)

a) Zulässigkeit von e-mail-Werbung nur bei Einwilligung

In dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (2000/C 365 E/17), von der Europäischen Kommission am 25. August 2000 vorgelegt, wurde unter Artikel 13 „Unerbetene Nachrichten“ ausdrücklich genannt, daß die Verwendung von automatischen Anrufsystemen (Voice-Mail-Systemen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf.

b) Einschränkung des opt-in-Grundsatzes durch Wahlfreiheit der Mitgliedsstaaten

Ferner wurde unter Artikel 13 (2) aufgeführt, daß die Mitgliedsstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen sollen, um gebührenfrei sicherzustellen, daß unerbetene Nachrichten zum

Zwecke der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind.

Damit soll sichergestellt werden, daß in jedem Fall die Zusendung unerbetener e-mails verboten werden kann, wobei es jedem Land überlassen sein sollte, ob eine Einwilligung des Verbrauchers für die rechtmäßige Zusendung erforderlich sein soll (opt-in) oder ob die Zusendung solange erlaubt ist, bis ein entgegenstehender Wille ausdrücklich vom Verbraucher geäußert wurde (opt-out).³⁹

c) Harmonisierung nicht auf Kosten der Verbraucher

In den Erwägungsgründen unter Nr. 7 wurde zur Begründung darauf verwiesen, daß die von den Mitgliedsstaaten erlassenen Bestimmungen zum Schutze personenbezogener Daten und zum Schutz der Privatsphäre harmonisiert werden sollten, jedoch nur soweit die Harmonisierung erforderlich ist, um die Entstehung und Weiterentwicklung neuer elektronischer Kommunikationsdienste und -netze zwischen Mitgliedsstaaten nicht zu behindern.

Ferner drückte Erwägungsgrund 21 deutlich aus, daß Vorkehrungen getroffen werden sollen, um Teilnehmer gegen die Verletzung der Privatsphäre durch unerbetene Anrufe, Faxnachrichten und elektronische Post oder andere Nachrichten zu schützen.⁴⁰

Damit sollte nach Vorstellungen der Europäischen Kommission über den Wortlaut der Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation vom 15. Dezember 1997 hinausgegangen werden, weil die Unzulässigkeit ohne vorheriges Einverständnis nicht nur für die Kommunikation mit „Automaten als Gesprächspartnern (Voice-Mail-System)“ und „Fernkopien (Telefax)“ vorgesehen war, sondern erstmals auch für elektronische Post.

d) Arete-Studie für ein opt-in-Modell

Mit diesem Vorschlag vom Juli 2000 zur Überarbeitung und Aktualisierung der Richtlinie über die Verarbeitung

³⁹http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Vorschlag_Richtlinie_Datenschutz.pdf

⁴⁰http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Vorschlag_Richtlinie_Datenschutz.pdf

personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation (97/66/EG) hatte die Kommission auf die wachsende Sorge vor dem Phänomen Spam reagiert und sie sich erstmals eindeutig für das „opt-in-Prinzip“ ausgesprochen. Damit lag die Kommission voll auf der Linie der von ihr in Auftrag gegebenen Studie von Serge Gauthronet und Etienne Drouard aus dem Consulting-Büro ARETE vom Januar 2001⁴¹, die ebenfalls ein opt-in-Modell befürworteten und davor warnten, daß eine opt-out-Lösung das Ende der zuverlässigen Kommunikation per e-mail bedeuten würde, da Massenversender von e-mails bereits planen würden, Hardware und Programme zu installieren, die in der Lage seien, 100 Millionen e-mails am Tag zu versenden. Sie haben die Situation und Entwicklung in den USA untersucht und zu dem Schluß gekommen, dass auch aus der Sicht der Werbeindustrie die Datenerhebung wirksamer und einfacher ist, wenn hierfür eine Genehmigung gegeben wird. Ferner zeigt die Studie, dass der Opt-in-Ansatz dazu beitragen könnte, das Vertrauen der Verbraucher in die EU zu stärken da die unterschiedliche Umsetzung der EU-Richtlinien in den einzelnen Mitgliedstaaten den freien Datenverkehr im Binnenmarkt beeinträchtigen könnten.

e) Verschleierungsverbot der Absenderadresse

In erster Lesung des europäischen Parlamentes hinsichtlich dieser überarbeiteten Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation wurde darüberhinaus das Verbot der Verschleierung der Identität des Absenders, der Zwang zur Angabe einer Adresse zur Ablehnung weiterer Nachrichten sowie das Recht vom Diensteanbieter eine technische Lösung verlangen zu können, die Absender und Inhalt einer e-mail vor dem Herunterladen erkennen zu können, beraten. Die Umsetzung dieser Einschränkungen soll ebenfalls der Umsetzung durch die EU-Mitgliedsstaaten vorbehalten bleiben.

5. Empfehlung des LIBE-Ausschusses für zweite Lesung

a) Opting-in auch für SMS, opting-out für Spam

Der Ausschuss für Bürgerrechte, Justiz und innere Angelegenheiten (LIBE), besteht aus 84 Ausschussmitgliedern nebst Stellvertretern aus allen Mitgliedsstaaten und zuständig für

- die Bürgerrechte sowie die Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Europäischen Union

⁴¹ http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/Spam_Studie.pdf

- die notwendigen Maßnahmen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen
- den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und dem freien Verkehr solcher Daten
- die Erhaltung und Weiterentwicklung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

erarbeitete für die zweite Lesung hinsichtlich des gemeinsamen Standpunktes des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation unter ihrem Berichterstatter Mario Cappato gestützt auf Artikel 251 Abs. 2 des EG-Vertrags⁴² den Entwurf einer Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 12. März 2002⁴³, der die in erster Lesung gefundene Position hinsichtlich der Zusendung unerwünschter Werbe-e-mails wieder auf das „opting-out“ revidierte.

Der Änderungsantrag 12 dieser Empfehlung beinhaltete neben dem „opt-in“-Prinzip für Voice-Mail-Systeme und Faxnachrichten nun erstmals den SMS-Dienst, nicht aber die elektronische Post.

b) Opting-out gegen die Behinderung des Datenflusses

Gegen den ursprünglichen Vorschlag des „opting-in“ war unter anderem Großbritannien, das in dieser Haltung von der Lobbyorganisation European Information and Communications Technology Industry Association (EICTA) unterstützt wird, deren Position sich in der Stellungnahme "The Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communication Sector" vom 19. Mai 2000 verkürzt wiedergeben läßt, wonach jede Regelung hinsichtlich der e-mail-Werbung den freien Datenfluß über Landesgrenzen und damit die Entwicklung des e-commerce behindert.⁴⁴

Diese Position entspricht in etwa derjenigen des CDU-Europaabgeordnete Christian von Boetticher, der den Entwurf des

⁴² http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/ec_cons_treaty_de.pdf

⁴³ http://mitglied.lycos.de/InternetRechtOnline/gesetz/Spam_Cappato.pdf

⁴⁴ <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/review99/nrfwd/EICTA22e.htm>

Ausschusses für Bürgerrechte, Justiz und innere Angelegenheiten für einen vernünftigen Kompromiß hält, weil ein generelles elektronisches Werbeverbot mit Erlaubnisvorbehalt (Opt-in) nicht das notwendige Gleichgewicht zwischen E-Commerce, der ja erst angekurbelt werden soll, und dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung hergestellt hätte.⁴⁵

6. Position des DMMV

Selbst der Deutsche Multimedia Verband (DMMV e.V.) der sich selbst als mitgliederstärkste Interessenvertretung der deutschen Digital-Economy (Internet-/ Multimediabranche) bezeichnet,⁴⁶ bezieht klar Stellung für eine „opt-in-Lösung“ und definiert seine Position akzeptabler Direktwerbung per e-mail⁴⁷ wie folgt durch

- vom Empfänger gestattete oder ausdrücklich angeforderte E-Mails;
- mit vom Empfänger gestatteten oder ausdrücklich angeforderten Inhalten;
- in einer dem Empfänger bekannten oder ausdrücklich verlangten Frequenz;
- von dem Empfänger autorisierte Absender (die technische Abwicklung des Versands kann auch über Dienstleister erfolgen);
- die vorherige verständliche Aufklärung des Empfängers über den Umfang und die weitere Verwendung gespeicherter Daten.

7. Entscheidung für opt-in-Lösung am 30.05.2002

Am 30.05.2002 hat das Europäische Parlament im Mitentscheidungsverfahren nach Artikel 251 des EG-Vertrags in zweiter Lesung gegen die Änderungsanträge des Ausschusses für Bürgerrechte, Justiz und innere Angelegenheiten entschieden, sich für die Auffassung des Gemeinsamen Standpunktes in Sachen Spamming ausgesprochen und damit eine „opt-in-Variante“ für e-mail-Werbung zur Grundlage europäischen Gemeinschaftsrechts gemacht.⁴⁸

⁴⁵<http://www.europarl.eu.int/ppe/cdu-csu/aktuelles/press11-13.2001.htm>

⁴⁶ http://www.dmmv.de/de/7_pub/homepagedmmv/ueberuns.cfm

⁴⁷ http://www.dmmv.de/de/7_pub/homepagedmmv/themen/emarketing/emailmarketing/aktivitaetenemailmarketing/definition_e_mail.htm

⁴⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. Juni 2002, Seite 24