

E-Mail Werbung im Deutschen Recht

Von Herrn Eric Engle

Einführung	2
1. Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) / Teledienstegesetz (TDG) : Allgemeine Regeln des Datenschutzes - Verbot der Datenverarbeitung	2
1.1 Ausnahme: Vermutete Einwilligung	3
2. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)	3
2.1 §1 UWG - Unlauterer Wettbewerb	3
2.1.1 Allgemeine Regel	3
2.2 Vermutete Einwilligung	5
2.3 §3 UWG - Irreführende Werbung	5
3. Fernabsatzrichtlinie (FARL) / Fernabsatzgesetz (FernAG)	5
4. § 823 BGB als Grundlage des Verbotes von Werbe-E-Mail	6
4.1 Ausnahme - einmalige Sendung (ohne Risiko einer Wiederholung?)	6
4.2 Ausnahme - Konkretes Angebot zum Abschluß eines Vertrags	7
4.3 Ausnahme - Die richterliche Entscheidung muß auf die Gegebenheiten der Fälle bezogen sein	7
5. Verbot der E-Mail-Werbung gem. Art. III(3), V(2) des GG	8
6. Robots und Spiders	8
7. Eigene Stellungnahme	9
8. Zusammenfassung	10
STATISTIK: ZULÄSSIGKEIT Der E-Mail-Werbung:	11
LITERATURVERZEICHNIS	11

Einführung

Deutsches Recht ist, wie z.B. auch das französische, auf dem Gesetzbuch begründet,¹ welches den Volkswillen (Volonté Générale) ausdrückt.² Grundsätzlich ist der Richter keine Rechtsquelle.³ In der Praxis ist es jedoch anders.⁴ Die Praxis der Rechtsprechung erlaubt Richterrecht.⁵

Die Spannung zwischen dem Richterrecht und dem Gesetz soll im folgenden am Beispiel der E-Mail-Werbung (Spam) beschrieben werden. Das Gesetz enthält verschiedene juristische Normen, die das Interesse, von E-Mail-Werbung verschont zu bleiben, schützen können. Diese Normen sind aber durch Richterrecht beschränkt. Die Analyse wird erst jede Norm und dann die Rechtsprechung dazu betrachten. Das könnte zu dem Ergebnis führen, dass eine allgemeine Regel des Spamverbots mit mehrere Ausnahmen ausgemacht werden kann.

1. Teledienstdatenschutzgesetz (TDDSG) / Teledienstegesetz (TDG) : Allgemeine Regeln des Datenschutzes - Verbot der Datenverarbeitung

Eine Methode zur Verhinderung von E-Mail-Werbung ist die Anwendung der Regeln des Datenschutzes. Um erst einmal E-Mail Adressen zu bekommen, an die die Werbung verschickt wird, muss der Spammer Daten verarbeiten. Die Datenverarbeitung wird durch das Teledienstdatenschutzgesetz (TDDSG) und das Teledienstegesetz (TDG) geregelt.

Der Geltungsbereich des TDDSG ergibt sich aus §1 TDDSG i.V.m. § 2 TDG. Der Anwendungsbereich des TDDSG ist nicht umstritten. Einschlägige Normen sind § 5 und § 6 TDDSG. §5 Abs. 2 handelt von Datenverarbeitung. Dieser Absatz lautet:

§ 5 Bestandsdaten

...

(2) Eine Verarbeitung, und Nutzung der Bestandsdaten für Zwecke der Beratung, der Werbung, der Marktforschung, oder zur bedarfsgerechten Gestaltung technischer Einrichtungen des Diensteanbieters ist nur zulässig, soweit der Nutzer in diese *ausdrücklich* eingewilligt hat. "

Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig. Die Daten können nur mit einer ausdrücklichen Einwilligung benutzt werden. In der Praxis wird die Zustimmung des Nutzers jedoch in bestimmten Fällen vermutet, worauf später noch einzugehen sein wird.

§6 befasst sich mit der Speicherung und Nutzung der Daten.

§ 6 Nutzungs- und Abrechnungsdaten

(1) Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten über die Inanspruchnahme von Telediensten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist,

¹ "Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden." Art. 20, Abs. III GG

² "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus." Art. 20, Abs. II, S. 1 GG

³ Reiff, "BGB Allgemeiner Teil", http://www.uni-bonn.de/~mglaw/download/bgbat/bgb_at.pdf

⁴ Art. 20, Abs. II, S. 1 GG kann mit Vernunftrecht in Verbindung gebracht werden (Gesetz und Recht). Eine andere Legitimation für die Existenz von Richterrecht ist das Gewohnheitsrecht.

⁵ Ruch, "Die Rechtsordnung"

<http://www.ruch.ethz.ch/pdf/Rechtslehre/Einf%9Fhr%9AffR/2Abschnitt.pdf>(Schweiz)

1. um dem Nutzer die Inanspruchnahme von Telediensten zu ermöglichen (Nutzungsdaten) oder
2. um die Nutzung von Telediensten abzurechnen (Abrechnungsdaten).
 - (2) Zu löschen hat der Diensteanbieter
 1. Nutzungsdaten frühestmöglich...
 2. Abrechnungsdaten, sobald sie für Zwecke der Abrechnung nicht mehr erforderlich sind;

Diese Absätze erklären den allgemeinen Grundsatz des TDDSG: Nutzerdaten können nur im Rahmen der Erfüllung der Dienstleistungen verarbeitet werden. Es gibt einige Ausnahmen dieser allgemeinen Regel. Die Ausnahmen beschränken die umfangreichen Schutzvorkehrungen der allgemeinen Regel. Sie sind von der Rechtsprechung entwickelt worden.

1.1 Ausnahme: Vermutete Einwilligung

Eine Möglichkeit, die strengen gesetzlichen Beschränkungen der E-Mail-Werbung zu vermeiden, ist die Einwilligung zu vermuten.⁶ Obwohl nach dem Wortlaut des Gesetzes die Einwilligung somit ausdrücklich verlangt wird, ergibt sich hier eine Beschränkung dieser Vorschrift.

Wenn der Empfänger der Werbe-E-Mail dem Hersteller einer bestimmten Website zuvor seine E-Mail Adresse zugeschickt hat, kann seine Einwilligung, von diesem E-Mail zu bekommen, vermutet werden. Im allgemeinen ist dies dem Nutzer nicht bekannt. Wenn seine Einwilligung vermutet ist, stellt sich die Frage der Dauer dieser Einwilligung. Das Landgericht Braunschweig hat entschieden, dass es eine Pflicht des Empfängers ist, dem Absender der Werbe-E-Mails eine Erklärung zu schicken, dass er keine E-Mails mehr bekommen will. Demnach ist die vermutete Einwilligung des Nutzers grundsätzlich, bis zur Erklärung, er wolle keine Mails mehr bekommen, unbegrenzt.⁷

Der Wortlaut der Entscheidung scheint die allgemeine Regel umzukehren.⁸ Die Entscheidung ist zu weitgehendend und ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

2. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

2.1 §1 UWG - Unlauterer Wettbewerb

2.1.1 Allgemeine Regel

Datenschutzrechtliche Vorschriften sind nicht die einzige Schutzmöglichkeit gegen Spam. § 1 UWG kann Spam als Maßnahme des unlauteren Wettbewerbs verbieten.

§ 1 UWG, Abs. I UWG lautet:

⁶ "Vermutete Einwilligung in E-Mail-Werbung", Landgericht Augsburg, Urteil vom 4. Mai 1999, 2 O 4416/98, RDV 2000, S. 274.

⁷ Vgl. Schmittmann, "LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 2000, S. 236, "2. Es ist dem Empfänger einer Werbe-E-Mail, die dieser nach dem Aufruf der Homepage des Werbenden erhält, zuzumuten, an diesen die E-Mail mit einem Austragen-Vermerk zurückzusenden, und dadurch weitere entsprechende Werbung abzulehnen".

⁸ Vgl. LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 2000, S. 236. "1. Eine unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung ist nur dann als sittenwidrige Werbung i.S. des §1 UWG anzusehen, wenn der Empfänger der Werbung eine solche offenkundig abgelehnt hat."

"Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

Spams können gem. § 1 UWG unlauter sein, wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt.⁹ Es ist fraglich, ob und unter welchen Bedingungen das automatische Verschicken von E-Mail Werbung gegen die guten Sitten verstoßen könnte. Nach der Rechtsprechung verstößt Spam gegen die guten Sitten als unlauteres Mittel zur Kundenabwerbung.¹² Wenn der Empfänger eine Privatperson ist, und kein Händler in geschäftlichem Verkehr, ist das UWG nicht mehr einschlägig, da es gem. § 1 UWG eine Handlung im geschäftlichen Verkehr fordert.¹³

Das Landesgericht Braunschweig begründet das Spamverbot auf einer analogen Anwendung zu den vorherigen Fällen der Telefax-Werbung und Werbung im Btx-Dienst (§1 UWG).¹⁴ Unerlaubte Werbesendung durch Telefax und Btx ist insbesondere wegen der Kosten, die dadurch beim Empfänger entstehen, unzulässig. Diese Grundätze werden analog auch für das Zusenden unerlaubter Werbe-E-Mails angewendet. Der Verlust der Zeit und die Kosten der Online-Verbindung erklären, warum auch Spam im allgemeinen unzulässig sein soll.¹⁵ Aber es gibt auch, gute Gründe für die Ausnahmen der allgemeinen Regel des Spamverbots, dafür die Spannung.

⁹ LG Kiel: "E-Mail Werbung Zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000 Empfänger. CR 12/2000 S. 848.

¹² LG Ellwangen/Jagst: "Nettopreise im Internet und Werbe-E-Mails", Urteil vom 27 August 1999, 2 KfH O 5/99, Computer und Recht 2000, S. 188-189

¹³ LG Kiel, "E-Mail Werbung Zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000, Empfänger, Computer und Recht, 2000, S. 849.

¹⁴ „...die bisherige h.M. in Rechtsprechung und Literatur geht von einer Unzulässigkeit der unverlangten Versendung von E-Mail-Werbung gem. § 1 UWG aus... Dabei wird auf die Grundsätze der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Werbung mittels eines Telefax-Schreibens zurückgegriffen. Danach ist eine Telefax-Werbung gegenüber einem Gewerbetreibenden dann wettbewerbswidrig, wenn dieser mit der entsprechenden Werbung nicht einverstanden ist, oder sein Einverständnis nicht vermutet werden kann... Auch eine unaufgeforderte Werbung im Btx-Dienst hat der BGH unter Berücksichtigung der entsprechenden technischen Besonderheiten als unlauter qualifiziert“

Schmittmann, "LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", Computer und Recht, NJW-CoR 2000, S. 236

¹⁵ Vgl. LG Ellwangen/Jagst: "Nettopreise im Internet und Werbe-E-Mails"

Urteil vom 27 August 1999, 2 KfH O 5/99, Computer und Recht 2000, S. 188-189 "Dieser [der Empfänger] kann aus der Betreffzeile in der Regel - wie auch hier: "Hello Welt"- nicht ersehen, dass es sich um Werbung handelt. Beim Abrufen der E-Mail vom Provider entstehen dem Empfänger einerseits Telefongebühren für die Verbindung mit dem Provider. Andererseits stellt der Provider ihm die Kosten für die Nutzung seines Servers in Rechnung, die anteilmäßig auf die Zeit entfällt, in denen die Werbe-E-Mails gelesen werden. Dagegen entsteht dem Empfänger einer herkömmlichen Werbung per Brief nur ein verschwindend geringer Anteil an Müllgebühren."

²² "Unaufgeforderte Werbung per E-Mail ist unzulässig, sofern weder ein ausdrückliches noch ein mutmaßliches Einverständnis mit gerade dieser Art der Werbung besteht." LG Ellwangen/Jagst: Nettopreise im Internet, und Werbe-E-Mails"

2.2 Vermutete Einwilligung

Obwohl Spam im allgemeinen unzulässig ist, die Ausnahme bei vermuteter Einwilligung befindet sich auch bei UWG.²² Im vorliegenden Fall sah das Gericht keinen Verstoß gegen § 1 UWG, da der Empfänger einer Werbe-E-Mail Privatperson war und somit kein Händler "im geschäftlichen Verkehr" gem. § 1 UWG.²³

2.3 § 3 UWG - Irreführende Werbung

Spam kann auch als irreführende Werbung verboten sein, z.B. wenn der Inhalt eine Angabe von Nettopreisen enthält. Selbst eine - wegen vermuteter Einwilligung - zulässige Werbe-E-Mail kann aus diesem Grund unzulässig sein.²⁴

3. Fernabsatzrichtlinie (FARL) / Fernabsatzgesetz (FernAG)

Weiterhin sollen die Wirkungen der Fernabsatzrichtlinie (FARL) auf deutsches Recht untersucht werden. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, hatte die Richtlinie während der Umsetzungsphase keine Wirkungen auf die Rechtsprechung.²⁵ Außerdem fällt die Verwendung von E-Mails als Werbeträgern nicht unter das Gebot der Zustimmung des Empfängers gem. der Richtlinie.²⁶

Da die Richtlinie den Mitgliedstaaten²⁸ erlaubt, ein höheres Schutzniveau für den Verbraucherschutz zu erstellen, hat sie keine Auswirkungen auf die Rechtsprechung und auf grundsätzlich unverlangt zugesandte Werbe-E-Mails.²⁹ Zusammenfassend läßt sich sagen, dass die Richtlinie für die Rechtsprechung über Spam keine Änderungen mit sich bringt.³⁰

²³ LG Kiel: "E-Mail Werbung zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000 Empfänger. Computer und Recht, 2000, S. 849.

²⁴ Vgl. LG Ellwangen/Jagst: Nettopreise im Internet, und Werbe-E-Mails" Computer und Recht, 2000, S. 188-189, "Die Angabe von Nettopreisen ist zugleich irreführende Werbung i.S.d. § 3 UWG, da der private Letztverbraucher aufgrund des gesetzlichen Gebotes und der allgemeinen Praxis darauf vertrauen darf, daß die Mehrwertsteuer im hervorgehobenen Angebotspreis enthalten ist."

²⁵ Vgl. LG Berlin: "Unterlassung von Werbemails an Anwalt", Urteil vom 7. Januar 2000, 15 O 495/99, Computer und Recht, 2000, S. 622-623, "Bis zum Erlass des Fernabsatzgesetzes besteht aus Gründen der Rechtssicherheit keine Veranlassung des Gerichts bei möglicher mehrfacher Auslegung der Richtlinie von der bisherigen deutschen Rechtsprechung hinsichtlich der Unzulässigkeit von Werbe-E-Mails abzuweichen.". Auch: LG Ellwangen/Jagst: Nettopreise im Internet, und Werbe-E-Mails" Urteil vom 27 August 1999 - 2 KfH O 5/99, Computer und Recht, 2000, S. 188.

²⁶ LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236.

²⁸ "[Die FARL] wendet sich nicht an die einzelnen Bürger der Europäischen Gemeinschaft sondern ausschließlich an die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft", LG Kiel: E-Mail-Werbung zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 (AG Kiel); rechtskräftig CR 12/2000 S. 848, 849.

²⁹ Vgl. LG Braunschweig: "Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236, "Nach Art. 10 I der Fernabsatzrichtlinie ist nur für die Verwendung von "VoiceMail-Systemen" und Telefax die vorherige Zustimmung des Verbrauchers erforderlich. Ansonsten sollen die Mitgliedstaaten gem. Art. 10 II dafür Sorge tragen, dass Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat. Nach Art. 14 S. 1 der Richtlinie besteht jedoch für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrecht zu erhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Aus Art. 10 Abs. 2 FARL ergibt sich ebenfalls nicht die Unzulässigkeit der Versendung von Spam-Mails, da Art. 10 Abs. 1 FARL E-Mail-Werbung nicht erfasst."

AG Kiel: Zulässigkeit von unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails

Urteil v. 30.09.1999 110 C 243/99, NJW-CoR 2/00 S. 106.

Auch: Schmittmann "LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236.

Die Umsetzung der FAREL in Deutschland durch FernAG war nicht umstritten.³¹ Das FernAG berührt jedoch nicht den Bereich der Werbe-E-Mails, sondern Verträge.

§2 ,Abs. 1, S. 3 FernAG enthält:

"Weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt."

4. § 823 BGB als Grundlage des Verbotes von Werbe-E-Mail

§ 823 BGB lautet

"(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, der Freiheit, das Eigentum oder ein Sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein."

§ 823 beschreibt die allgemeinen Grundsätze des Haftungsrechts: Ein Schädiger wird mit einer Schadensersatzpflicht belastet. Auch die Zusendung unerlaubter E-Mail-Werbung kann einen Anspruch des Schadensersatzes begründen.³²

4.1 Ausnahme - einmalige Sendung (ohne Risiko einer Wiederholung)

Wo E-Mail-Werbung kein Risiko einer Wiederholung trägt, ist sie zulässig und wird nicht durch einstweilige Verfügungen verboten.³⁴

Das OLG Hamburg stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die Umgestaltung einer Website ohne Wiederholungsgefahr sei.³⁵ Solche Urteile stellen die Schnelligkeit der

³⁰LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung, NJW-CoR 4/00, S. 236:

"Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es sich bei der unverlangten Zusendung von Werbe-E-Mails um eine wettbewerbswidrig Handlung i.S. des §1 UWG handelt. Daran wird auch das in-Kraft-Treten des Fernabsatzgesetzes nichts ändern." Auch: LG Braunschweig: "Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236

³¹ Vgl. Ahrens, "E-Commerce Richtlinie", Computer und Recht, 2000, S. 839.

"Nicht erbetene Wirtschaftswerbung, die durch elektronische Post übermittelt wird (Spamming), wird ebenfalls nicht dem Recht des Niederlassungsstaates unterworfen, wenn die Rechtsordnung keinen, oder nur einen geringeren Schutz gewährt als das Marktortrecht, also das Recht am Bestimmungsort der Werbe-E-Mail. Die strengere deutsche Beurteilung, die auf § 1 UWG gestützt die Zusendung selbst dann verbietet, ... ist daher mit der Richtlinie vereinbar."

³² Vgl. LG Ellwangen/Jagst: "Nettopreise im Internet und Werbe-E-Mails", Urteil vom 27 August 1999 - 2 KfH O 5/99, Computer und Recht, 2000, S. 188: "Der Kläger kann von der Beklagten Unterlassung von aunaufgeforderter Werbung per E-Mail an seine Kunden verlangen, sofern deren Einverständnis fehlt. Er kann den durch eine solche Handlung bereits entstandenen und noch entstehenden Schaden ersetzt verlangen."

³⁴ Vgl. Stumper "OLG Hamburg: Fehlende Wiederholungsgefahr bei E-Mail-Werbung" Beschluß vom 2. August 1999 12 W 17/99 (LG Hamburg), Computer und Recht, 2000, S. 183. "Die einmalige unverlangte Übersendung geschäftlicher E-Mail-Werbung begründet keine Wiederholungsgefahr, wenn es sich um das Angebot einer einmalig auszuführenden Dienstleistung handelt."

³⁵ OLG Hamburg, Computer und Recht, 2000, S. 183 "die Werbung der Antragsgegnerin [war] das Angebot einer einzelnen Dienstleistung, nämlich die Umgestaltung der Website der Antragstellerin, die der Antragsgegnerin offenbar wenig professionell erschienen war. Der zugesandte Werbetext war zwar nicht speziell auf die Antragstellerin zugeschnitten, sondern auch für Werbung gegenüber anderen Empfängern brauchbar. Immerhin bezog er sich, aber ausdrücklich auf die Website der Antragstellerin... Die Antragsgegnerin beabsichtigte [nicht] einen bestimmten Empfängerkreis in Abständen wieder zu belästigen."

Umwandelung im Internet nicht in Rechnung. Das Internet ist immer noch in Wandlung und erneuert sich jeden Tag. Durch Plug-Ins (Real Player Flash, PDF), neue Browser (Opera, Konquest), neue Ausdehnung von Javascript, neue Technologien, neue Computersprache und Datenmodelle (DHTML, XML, .ASP) mutiert das Internet zum Telefon, Kino, Fernseher, Spiel, usw. . Die Umgestaltung einer Website kann dann durchaus mit einer Dachreinigung verglichen werden und die Werbung dafür trägt somit ein starkes Risiko der Wiederholung.

Die Entscheidung kann nur Kaufleute berühren. Dann wären allgemeine E-Mails erlaubt.³⁶ Der OLG stellt zuerst in der Entscheidung fest, dass die E-Mail, die der Kläger bekam, nicht besonders spezifisch sei und auch für andere Kunden hätte bestimmt sein können. Das Gericht stellt sich dann die Frage, ob nur konkrete Angebote und einmalige allgemeine Werbungen erlaubt sind, oder nur konkrete einmalige Angebote. Die zweite Auslegung wäre eine bessere Lösung, um die Rechte des Verbrauchers und die Interesse des Anbieters zu wahren.

4.2 Ausnahme - Konkretes Angebot zum Abschluß eines Vertrags

Als weitere Ausnahme von der Regel, dass eine Einwilligung des Empfängers gegeben sein muss. Dort, wo eine E-Mail keine Werbung ist, sondern ein konkretes Angebot zum Abschluß des Vertrags enthält.³⁸ "Dem Empfänger unaufgeforderter E-Mail-Werbung steht gegen den Absender kein Unterlassungsanspruch zu, wenn die E-Mail ein konkretes Leistungsangebot enthält."³⁹ Diese Ausnahme findet ihre Anwendung noch im Bereich der § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 10 der Richtlinie 97/7/EG (FernAbsRL). Du hast doch oben gesagt, dass die FARL keine Auswirkungen auf die Rechtsprechung hat. Jetzt beziehst du sie doch ein. Das ist nicht folgerichtig.

4.3 Ausnahme - Die richterliche Entscheidung muß auf die Gegebenheiten der Fälle bezogen sein

Ein allgemeiner Grundsatz der Auslegung ist, dass die richterliche Entscheidung auf die Gegebenheiten des Einzelfalls bezogen sein muß. Diese Auslegungsregel scheint nach den Grundsätzen der Vernunft selbstverständlich zu sein. Die ausdrückliche Quelle für die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes in den Fällen, in denen es um die Rechtmäßigkeit von E-Mail-Werbung geht, findet sich in §823 BGB.⁴⁰ Diese Auslegungsregel könnte den Richter ermächtigen, Recht zu schaffen und zu verändern, durch seine Wahl der Umstände, die er abwägt. Dieses Risiko der Willkür im Richterrecht ist vielleicht unvermeidbar. Alle Gesetze müssen allgemein formuliert sein und müssen also ausgelegt werden.

Stumper, OLG Hamburg: Fehlende Wiederholungsgefahr bei E-Mail-Werbung Beschluß vom 2. August 1999 12 W 17/99 (LG Hamburg), Computer und Recht, 2000, S. 183

³⁶ *Ibid.*

³⁸ "3. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist durch unaufgefordert zugesandte E-Mails jedenfalls dann nicht verletzt, wenn die E-Mail in ihrem wesentlichen Inhalt **keine Werbung, sondern mit Rechtsbindungswillen ein konkretes Angebot zum Abschluss eines Vertrags** enthält."

LG Kiel, Urteil vom 20 Juni 2000 8 S. 263/99, RDV 2000 Heft 5 S. 226

³⁹ LG Kiel: "E-Mail Werbung Zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 (AG Kiel), Computer und Recht, 2000, S. 848

⁴⁰ Z.B. i.V.m. Werbe-E-Mail: "4. Ob der Versand unerbetener E-Mail-Werbung gegen §1 UWG verstößt, oder einen Eingriff in den durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten eingerichteten, und ausgeübten Gewerbebetrieb bewirken kann, bleibt aufgrund der Gegebenheiten des Sachverhalts offen."

Landgericht Kiel, Urteil vom 20 Juni 2000 8 S. 263/99

RDV 2000 Heft 5 S. 226.

5. Verbot der E-Mail-Werbung gem. Art. III(3), V(2) des GG

Es ist möglich, dass eine Werbe-E-Mail auch einen Verstoß gegen das Grundgesetz darstellt, (z.B. Verbot des Rassismus III(3) GG, oder Schutz der Jugend, persönliche Ehre usw. V(2) GG). Es kommt jedoch darauf an, dass es keine spezielleren Gesetze gibt, die dem Kläger hier besseren Rechtsschutz gewährleisten können. Die Rechtsprechung zu Art. V Abs. 1 GG hat hier z.B. eine negative Informationsfreiheit im privaten Rechtsverkehr verweigert.⁴¹

6. Robots und Spiders

Ein "Robot" ist ein Programm, das automatisch Internet Daten verarbeitet. Suchmaschine benutzen z.B. solche Methoden, um Auskunft auf den Websites zu finden. Ein "Spider" ist eine Art von Robot. Er geht auf ein Website und folgt den URLs der Site, z.B. um zu prüfen ob das Ziel der URL noch gültig ist. Andere Spiders sammeln E-mail Adressen. Die Adressen, welche sie sammeln, sind öffentlich. Fraglich ist, ob es in diesem Fall eine vermutete Einwilligung für den Empfang von Werbe-E-Mails gibt.

Drei Urteile bejahen diesen Ansatz.⁴² Diese Urteile können kritisch betrachtet werden.⁴³ Die Speicherung und Nutzung der E-Mail-Adressen ist kein Verstoß, wenn die Adressen öffentlich zugänglich sind.⁴⁴ Auch dort, wo die Daten gegen Entgelt recherchiert wurden, können sie benutzt werden.⁴⁵ Der Gerichtshof nimmt für E-Mails, die durch Spiders vermittelt wurden, eine Einwilligung des Empfängers an.⁴⁶ Solche Annahmen sind sehr günstig für den

⁴¹ "Art. 5, Abs. 1 GG entfaltet keine Drittwirkung im Sinne einer negativen Informationsfreiheit im privaten Rechtsverkehr." AG Kiel: "Zulässigkeit von unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails", Urteil v. 30.09.1999 110 C 243/99,

NJW CoR 2000, S. 106.

⁴² "Wird eine Immobiliendatenbank gegen Entgelt (hier: für die Dauer von 201 Sekunden) durch einen Kunden in Anspruch genommen, so kann der Anbieter auf ein fort bestehendes Interesse des Nutzers an seinem Informationsangebot vertrauen, und davon ausgehen, daß der Nutzer mit der Übersendung einer das Informationsangebot betreffenden E-Mail-Werbung einverstanden ist."

"Vermutete Einwilligung in E-Mail-Werbung", Landgericht Augsburg, Urteil vom 4. Mai, 1999 2 O 4416/98, RDV 2000 Heft 5 S. 274. Sehen Sie bitte auch:

Schmittmann, "LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236; "Landgericht Kiel, Urteil vom 20. Juni 2000 8 S. 263/99." RDV 2000 Heft 5 S. 226; LG Augsburg (NJW 2000, 593).

⁴³ Der Gerichtshof scheint in seiner Entscheidungen die einwillige Eingabe der persönlichen Auskunft (Post durch Forms i.V.m. Java/Javascript), und automatische Speicherung der persönlichen Auskunft (durch Cookies) zu verwirren. Auf Sicherheitsgründe Cookies speichern keine Adressen, und daher grundsätzlich können nicht die Ursprünge des Spams sein. Wenn, außergewöhnlich, Adressen gespeichert sind, die Daten beziffert sind, immer noch auf Sicherheitsgründe. Daher ist es unmöglich, ein Websites Besuchers E-Mail Adressen zu "fischen". Spiders gehen auf Websites, aber können nur Servers und nicht Kunde "besuchen". Sie können nicht Verbrauchers Daten nehmen, wenn z.B. die Daten auf den Nutzers Rechner gespeichert sind (Cookies). Ohne Eingabe der Adresse, keine Mitwirkung der Cookies, Java, und Javascript das Email Adresse ein Kunde ausfinden kann weder durch Besuch noch durch Spiders.

⁴⁴ "2. Ein Verstoß gegen §4 Abs. 1 BDSG liegt in der Speicherung, und Nutzung der E-Mail-Adresse gemäß §28 Abs. 1 S. Nr. 2 BDSG nicht vor, da diese aus einer öffentlich zugänglichen Quelle, der Homepage entnehmbar war.", "Landgericht Kiel, Urteil vom 20. Juni 2000 8 S. 263/99." RDV 2000 Heft 5 S. 226.

⁴⁵ Nach einer Entscheidung des LG Augsburg (NJW 2000, 593) soll auch dann nicht von einer "unaufgeforderten Werbung" auszugehen sein, wenn der Adressat der Werbung zuvor in der über das Internet erreichbaren Datenbank des Werbenden recherchiert, und hierfür ein besonderes Entgelt entrichtet hat.

Schmittmann, "LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung", NJW-CoR 4/00, S. 236.

⁴⁶ Ibid. Vermutete Einwilligung in E-Mail-Werbung, LG Augsburg, Urteil vom 4. Mai, 1999 2 O 4416/98, RDV 2000 Heft 5 S. 274

Hersteller der Website, aber fragwürdig, inwieweit es gegen den Gesetzeswortlaut verstößt, nach dem Massensendung von Werbe-E-Mails unzulässig sein sollen.

Dies hebt die Frage auf, welches soll die juristische Stellung von Spiders sein soll. Spiders sind die beste Quelle, um eine Reihe von Adressen zu finden zu dem Zweck, Werbe-E-Mails zu verschicken. Aber Spiders haben auch einen positiven Nutzen, z.B. um eine Suchmaschine zu betreiben. Ein allgemeines Verbot der Spiders ist folglich nicht wünschenswert. Ein Gesetz gegen Spiders sollte nur die Sammlung und Nutzung der Adressen durch automatische Datenverarbeitung verbieten. Solche Maßnahmen wären auch möglicherweise eine Art Werbe-E-Mails zu verhindern. Diese Regelung könnte auch durch die Rechtsprechung erstellt werden.⁴⁷

7. Eigene Stellungnahme

Einige der oben diskutierten Gerichtsentscheidungen können für ihren Formalismus und technische Irrtümer kritisiert werden.

Dort, wo ein Kaufmann z.B. als Privatmann in Übertragung gehen wollte, waren die Regeln des unlauteren Wettbewerbs ausgeschlossen.⁴⁸ Diese Entscheidung war nur möglich, weil ein formalistischer Unterschied zwischen privater und geschäftlicher Internetnutzung gemacht wurde. Wir haben auch andere Beispiele des Formalismus in diesem Bereich gesehen. Der folgende Satz wurde nicht als eine Willenserklärung gegen E-Mail-Werbung ausgelegt: 'Warnung: Die unerlaubte Zusendung der E-Mail an meinen Mail-Anschluss kann Ihren Geldbeutel schädigen. Zu Risiken und Nebenwirkungen befragen Sie Ihren Rechtsanwalt'.⁴⁹

Da kein konkretes Rechtsgut verletzt sei, komme ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG nicht in Betracht. Der Kläger habe lediglich im Rahmen seiner Internetpräsentation darauf hingewiesen, dass es "geldbeutel-schädigend" sei, E-Mail-Werbung zu versenden. Dies bedeutet aber nicht, dass der Kläger unverlangte E-Mail-Werbung grundsätzlich ablehne"

Diese Willenserklärung war nicht "ausdrücklich". Also wurde des Websiteherstellers Einwilligung, E-Mail zu bekommen, vermutet.⁵¹

⁴⁷ Zwei Elemente eines solchen Verbots wären: 1) Automatische Recherche der E-Mail Adressen 2) Nutzung der Adressen für Verbreitungen der E-Mail, um wirtschaftlichem Zweck zu dienen.

⁴⁸ Vgl. AG Kiel: "E-Mail-Werbung", Urteil v. 30.9.99, 110 C 243/99, NJW-CoR 2000 S. 49, "1. Da es sich bei § 1 UWG nicht um ein Schutzgesetz im Sinne des §823 II BGB handelt, kann sich eine Privatperson entgegen der Entscheidung des LG Berlin (NJW-CoR 1998, S. 431 nicht im Wege der Unterlassungsklage gegen unverlangte e-Mail-Werbung zur Wehr setzen. Ein Eingriff in §823 I BGB liegt ebenfalls nicht vor. ..."

⁴⁹ Vgl. LG Kiel: "E-Mail Werbung Zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000, - 8 S 263/99 (AG Kiel), CR 12/2000 S. 848, "(b) Da kein konkretes Rechtsgut verletzt sei, komme ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG nicht in Betracht. Der Kläger habe lediglich im Rahmen seiner Internetpräsentation darauf hingewiesen, dass es "geldbeutel-schädigend" sei, E-Mail-Werbung zu versenden. Dies bedeutet aber nicht, dass der Kläger unverlangte E-Mail-Werbung grundsätzlich ablehne",

⁵¹ "1. Der Empfänger unerbetener E-Mail-Werbung kann keinen Unterlassungsanspruch aus §823 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 der - trotz Fristablauf noch nicht umgesetzten-EU-Fernabsatzrichtlinie geltend machen. Anderes würde zur Zeit nur gelten, wenn bei der Angabe der E-Mail-Adresse auf der Homepage ein entsprechender Abwehrwille zum Ausdruck gebracht worden war.", Zur Zulässigkeit unerbetener E-Mail Werbung ("Landgericht Kiel, Urteil vom 20 Juni 2000 8 S. 263/99"), RDV 2000 Heft 5 S. 226.

Solche Auslegungen vermeiden die Anwendbarkeit des Gesetzes und erlauben E-Mail Werbung.⁵² Sie beweisen die Wichtigkeit der richterlichen Entscheidung in der Entwicklung und Umwandlung des Gesetzes.

8. Zusammenfassung

Die herrschende Meinung, dass es ein allgemeines Verbot der E-Mail-Werbung gibt, ist relativiert worden. Obwohl sich um dieses Problem ein wissenschaftlicher Streit entwickelt, ist die Auslegung der alten allgemeinen Regel nicht umstritten. Die neueren richterlichen Auslegungen stellen m.a.W. keine Abkehr von der alten Regel dar: unerwünschte E-Mail-Werbung bleibt grundsätzlich unzulässig. Die Auslegungen beschreiben jedoch mehrere Ausnahmen der allgemeinen Regel. Obwohl diese Ausnahmen zahlreich sind und fast die allgemeine Regel widerlegen, bleiben sie dennoch Ausnahmen.

Dieser Widerspruch - zwischen weitgehendem Gesetz einerseits und einer Rechtsprechung, die nicht immer mit dem Gesetz vereinbar ist andererseits - ist auch eine Folge des Mangels der technischen Kenntnisse der Juristen. Wenn die Rechtsprechung vom Text des Gesetzes abweicht, stellt dies nicht immer eine Verbesserung dar.

Die Zerstörung des Gesetzgebers allgemeiner Regel durch richterrechtliche Ausnahmen ist ein Beispiel der Stellung des Legal-Realismus. Hier wird von der allgemeinen Regel abgewichen, um den technischen und praktischen Anforderungen des Internets gerecht zu werden. Richter schaffen so Gesetz in der Praxis kraft ihrer Auslegungsmacht.

Diese positivistische Beschreibung trägt kein normatives Urteil über die Wünschbarkeit der Auslegungsmacht. Die richterrechtliche Rationalisierung des Gesetzeswortlauts ist nicht notwendigerweise willkürlich. Auslegungsgrundsätze beschränken die richterrechtliche Auslegungsmacht. Richter sollen Gesetze auslegen, zu dem Zweck, dass diese sich nicht widersprechen; Auslegungen sollen versuchen, Lücken zu füllen; diese Grundsätze beschränken die Möglichkeit der Willkür der Auslegung.

Der Bereich der E-Mail-Werbung ist jedoch ein Beispiel der Spannung zwischen "vorhersehbar allgemeinem Recht" (Gesetz - formalistische Exegese) und einer Praxis der Macht der richterlichen Auslegung (Rechtsprechung - Positivismus und Realismus). Die Rechtsprechung versucht im Bereich der E-Mail Werbung Gesetz und Praxis zu vereinbaren - nicht immer mit Erfolg.

⁵² "Gem. §1 UWG kann derjenige auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen ...", "LG Kiel: E-Mail Werbung Zulässig", Urteil vom 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 (AG Kiel) CR 12/2000 S. 848.

STATISTIK: ZULÄSSIGKEIT Der E-Mail-Werbung:

DATUM	GERICHTSHOF	ZULÄSSIG	NICHT ZULÄSSIG	GERICHTSHOF
5.99	Augsburg	x		LG
8.99	Hamburg	x		OLG
8.99	Ellwangen		x	LG
9.99	Kiel	x		LG
11.99	Braunschweig	x		LG
1.00	Berlin		x	LG
6.00	Kiel	x		AG

LITERATURVERZEICHNIS

GESETZE

Grundgesetz

Art. 20 Abs. II und III GG

BGB

§823

UWG

§ 1, § 3

TDDSG:

Art. 5, 6 Datenverarbeitung

<http://www.netlaw.de/gesetze/tddsg.htm>

netlaw.de

TDG

BÜCHER

Nino Härting

Internet Recht

Köln: Otto Schmidt Verlag (1999)

Tino Naumann

Präsentationen Im Internet als Verstoß gegen §§ 1, 3 VWG

Peter Lang, Frankfurt (2001)

Schumacher, Müller

Ratgeber: Rechts, und Vertragspraxis in E-Business

Frechen: Datentext (2001)

Strömer, Tobias

Online Recht

Auflage(1997)

INTERNET

Reiff, "BGB Allgemeiner Teil", http://www.uni-bonn.de/~mglaw/download/bgbat/bgb_at.pdf
(BRD)

Alexander Ruch "Die Rechtsordnung"
<http://www.ruch.ethz.ch/pdf/Rechtslehre/Einf%9Fhr%9AffR/2Abschnitt.pdf>

ZEITSCHRIFT

Ahrens, "E-Commerce Richtlinie"
Computer und Recht, 2000, S. 839.

ENTSCHEIDUNGEN

AMTSGERICHT

-Kiel

AG Kiel: Zulässigkeit von unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails
Urteil v. 30.09.1999, 110 C 243/99, NJW-CoR 2000 S. 106.

AG Kiel: E-Mail-Werbung", Urteil v. 30.9.99, 110 C 243/99,
NJW-CoR 1999, S. 49.

LANDGERICHT

-Kiel

LG Kiel: Urteil vom 20. Juni 2000, 8 S. 263/99,
RDV 2000 Heft 5 S. 226.

LG Kiel: E-Mail Werbung Zulässig, Urteil vom 20. Juni 2000, Empfänger, Computer und
Recht, 2000, S. 849.

-Augsburg

LG Augsburg: Vermutete Einwilligung in E-Mail-Werbung,
Urteil vom 4. Mai, 1999 2 O 4416/98, RDV 2000, S. 274.

-Ellwangen/Jagst

LG Ellwangen/Jagst: Nettopreise im Internet, und Werbe-E-Mails, Urteil vom 27 August 1999, - 2 KfH O 5/99, Computer und Recht, 2000, S. 188-189.

-Braunschweig

Schmittmann, Kommentar LG Braunschweig: Zulässigkeit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung, NJW-CoR, 2000, S. 236.

-Berlin

LG Berlin: Unterlassung von Werbemails an Anwalt, Urteil vom 7. Januar 2000, 15 O 495/99, Computer und Recht, 2000, S. 622-623.

OBERLANDESGERICHT

-Hamburg-

Kai Stumper auch hier gesondert aufführen OLG Hamburg: Fehlende Wiederholungsgefahr bei E-Mail-Werbung, Beschluß vom 2. August 1999 12 W 17/99 (LG Hamburg), Computer und Recht, 2000.