



Thomas Hoeren

Internet-Marketing und das neue UWG

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Jahrgang 1961.

1980 bis 1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften in Münster, Tübingen und London.

1986 Erwerb des Grades eines kirchlichen Lizentiaten der Theologie. 1989 Promotion und 1994 Habilitation an der Universität Münster. 1995 bis 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität, Düsseldorf. Seit April 1996 Richter am OLG Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM). Seit 1998 Mitherausgeber der Zeitschrift *MultiMedia und Recht* sowie Mitglied des Beirats der DENIC Genossenschaft.

E-Mail:

hoeren@uni-muenster.de

Am 8. Juli 2004 ist die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft getreten. Die Novelle soll den Schutz der Verbraucher vor unlauteren Wettbewerbshandlungen verstärken und zugleich den Unternehmen einen größeren Handlungsspielraum im Wettbewerb einräumen. Dabei hält das neue UWG an der offenen Regelungstechnik mit einer Generalklausel fest und nimmt in einer Reihe von Beispieltatbeständen neben Kernelementen des bisherigen Gesetzes zahlreiche gefestigte Fallgruppen aus der Rechtsprechung und Regelungen zu aktuellen Problemstellungen auf. Gegenstand dieses Beitrags sind die Auswirkungen der Neuregelungen auf des Internet- und Direktmarketing.

Zentrale Bedeutung hat dabei der Schutz vor belästigenden Wettbewerbshandlungen, zu denen insbesondere Werbemaßnahmen im Bereich des Direktmarketings zählen können. Nach § 7 Abs. 1 UWG handelt unlauter im Sinne der Generalklausel des § 3 UWG, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Hierunter fallen Handlungen, die unabhängig von ihrem Inhalt bereits wegen der Art und Weise der Einwirkung auf die Empfänger als Belästigung empfunden werden. Marktteilnehmer sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG alle Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit bringt zum Ausdruck, dass nicht jede geringfügige Belästigung ausreichen soll, wo-

bei die Schwelle nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu hoch anzusetzen ist. Die generalklauselartige Umschreibung der unzumutbaren Belästigung wird durch die in § 7 Abs. 2 UWG genannten, nicht abschließenden Fallgruppen konkretisiert. Die Fallgruppen Nummer 2 bis 4 setzen dabei Art. 13 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹ in innerstaatliches Recht um.

Erkennbar unerwünschte Werbung

In § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG wird der allgemeine Grundsatz geregelt, dass eine unzumutbare Belästigung vorliegt, wenn gegen den erkennbaren Willen des Empfängers geworben wird. Hierunter fällt etwa die herkömmliche Werbewerksendung, wenn der Empfänger durch einen Aufkleber am Briefkasten deutlich gemacht hat, dass er eine solche Werbung nicht wünscht.

Telefonwerbung

Die an einen Verbraucher gerichtete individuelle Telefonwerbung gilt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG als unzumutbare Belästigung, wenn keine Einwilligung des Angerufenen vorliegt. Diese Regelung entspricht der ständigen Rechtsprechung zur Generalklausel der alten Gesetzesfassung, wonach Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern wettbewerbswidrig ist, wenn der Angerufene nicht zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat.² Soweit die Telefonwerbung an einen sonstigen Marktteilnehmer gerichtet ist, genügt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2

UWG die mutmaßliche Einwilligung des Adressaten. Dies entspricht dem Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung, dass unverlangte Telefonanrufe gegenüber Gewerbetreibenden auch dann zulässig sind, wenn aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an dem Anruf vermutet werden kann.³ Ebenso wie die Rechtsprechung begründet der Reformgesetzgeber die genannten Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Belästigung mit dem erheblichen Eingriff in die Individualsphäre des privaten Anschlussinhabers sowie mit der Störung betrieblicher Abläufe des Gewerbetreibenden, die gerechtfertigt ist, wenn der Anruf im konkreten Interessenbereich des Gewerbetreibenden liegt. Der Gesetzgeber hat sich damit im Bereich der Telefonwerbung für die sogenannte Opt-in(-Lösung) entschieden.

Bei der Opt-in(-Lösung) ist die geregelte Werbemaßnahme erst dann zulässig, wenn sich der Adressat zuvor ausdrücklich oder konkludent mit der Maßnahme einverstanden erklärt hat. Das sogenannte Opt-out(-Modell) hingegen sieht vor, dass die Werbemaßnahme erst dann unzulässig ist, wenn der Adressat der Maßnahme zuvor widersprochen hat.⁴ Art. 13 Abs. 3 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation lässt den Mitgliedsstaaten für den Bereich der Telefonwerbung die Wahl zwischen den genannten Modellen. Diesen Spielraum hat der Gesetzgeber in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zugunsten der restriktiven Opt-in(-Lösung) genutzt, obwohl der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren unter Hinweis auf mögliche Wettbewerbsnachteile gegenüber europäischen Nachbarländern eine Regelung nach dem Opt-out(-Modell) und damit eine Liberalisierung der Telefonwerbung gefordert hatte.

Fax- und E-Mail-Werbung

Für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Fax- und E-Mail-Werbung ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ebenfalls eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung des Adressaten erforderlich, sodass auch hier die Opt-in(-Regelung) gilt. Dies entspricht im Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung zur alten Gesetzesfassung.⁵ Die Gerichte sahen

den belästigenden Charakter der Fax- und E-Mail-Werbung im Hinblick auf den zu erwartenden Nachahmungseffekt vor allem im Ressourcenverbrauch beim Empfänger durch den Verbrauch von Toner und Papier, die Belegung von Server-Speicherplatz und die Inanspruchnahme entgeltpflichtiger Ladezeiten, in der Blockierung des Fax- und Telefonanschlusses bei Faxempfang und Download sowie in der zeitlichen Inanspruchnahme des Empfängers beim Aussortieren unerwünschter Werbemails. Im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung differenziert die neue gesetzliche Regelung allerdings nicht mehr zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden als Adressaten. Bislang nahm die Rechtsprechung bei Telefax-Schreiben und E-Mails gegenüber Gewerbetreibenden eine Ausnahme von der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit nicht nur bei ausdrücklich oder konkludent erklärtem Einverständnis an, sondern auch dann, wenn das Einverständnis auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände vermutet werden konnte.⁶ Der Wegfall dieser mutmaßlichen Einwilligung stellt eine Verschärfung der Rechtslage für die Werbung gegenüber Gewerbetreibenden dar. Der Reformgesetzgeber hat sich hier bewusst für eine einheitliche Regelung entschieden, obwohl Art. 13 Abs. 1 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation nach Abs. 5 der Richtlinie die Opt-in(-Lösung) zwingend nur für Fax- und E-Mail-Werbung gegenüber natürlichen Personen vorsieht. Angesichts der Tatsache, dass gerade im Bereich wettbewerbswidriger E-Mail-Kampagnen die Zuwiderhandelnden häufig aus dem außereuropäischen Ausland vorgehen, dürfte die tatsächliche Anspruchsdurchsetzung allerdings auch nach der Harmonisierung im europäischen Rechtsraum erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

Abgeschwächt wird die Opt-in(-Lösung) für die E-Mail-Werbung gegenüber Verbrauchern und Gewerbetreibenden durch die Aufnahme einer Ausnahmeregelung in § 7 Abs. 3 UWG, die Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie umsetzt. Hiernach scheidet eine unzumutbare Belästigung auch ohne Einwilligung des Empfängers aus, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienst-

leistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat und diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet. Voraussetzung ist weiter, dass der Kunde der Verwendung der Adresse nicht widersprochen hat und bei ihrer Erhebung und jeder einzelnen Verwendung klar und deutlich auf sein Widerrufsrecht hingewiesen wird, das er ausüben können muss, ohne dass hierfür mehr als die normalen Übermittlungskosten entstehen.

Im Hinblick auf diese Ausnahmeregelung sind insbesondere zwei Tatbestandsmerkmale auslegungsbedürftig. Dies betrifft zum einen die Frage, was unter dem Begriff »im Zusammenhang mit dem Verkauf« zu verstehen ist. Sowohl das Gesetz als auch die zugrunde liegende Richtlinie verwenden diese Formulierung, obwohl die Formulierung »bei dem Verkauf« ebenfalls zwanglos möglich gewesen wäre. Dies legt den Schluss nahe, dass der Abschluss eines Vertrages nicht erforderlich ist, sondern bereits Vertragsverhandlungen ausreichen. Um den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung nicht ausufern zu lassen und dem Gesetzeswortlaut Rechnung zu tragen, dürfte allerdings eine lediglich allgemein gehaltene Informationsanfrage per E-Mail, bei der die eigene Adresse zwangsläufig übermittelt wird, nicht genügen. Erforderlich dürfte vielmehr sein, dass zumindest Vertragsverhandlungen in Bezug auf ein konkretes Produkt aufgenommen worden sind. An dieser Stelle dürften sich in der Praxis erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.

Besondere Bedeutung für die unternehmerische Praxis kommt weiterhin der Frage zu, wie weit der Begriff der »ähnlichen Waren und Dienstleistungen« zu fassen ist. Weder die Gesetzesbegründung noch die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Richtlinie konkretisieren dieses Tatbestandsmerkmal. Auch ein Rückgriff auf die Kriterien zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 2 MarkenG verbietet sich angesichts des gänzlich anderen Regelungsgegenstandes und Schutzzwecks. Da die theoretisch eindeutige Grenze zwischen ähnlichen und nicht ähnlichen Waren wegen

der im Verkehr gebräuchlichen Arten, Unterarten und Überschneidungen von Produkten und Produktgruppen fließend ist, dürften Abgrenzungsfragen zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit nach § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG künftig verstärkt die Gerichte beschäftigen.

Wie schwierig die Entwicklung einzelfallunabhängiger Abgrenzungskriterien ist, wird am Beispiel des Kaufs eines PCs deutlich. Notebooks und andere PC-Modelle zählen sicherlich zu den ähnlichen Waren im Sinne des Gesetzes. Zweifel könnten aber bereits bei Hardwarezubehör wie Monitoren und Druckern, entsprechenden Verbrauchsgegenständen wie Farbpatronen und bei Software aufkommen. Ein PC hat im Hinblick auf seine Beschaffenheit und Funktionsweise mit einem Tintenstrahldrucker wenig und mit einer Tintenpatrone und einem Textverarbeitungsprogramm überhaupt nichts gemein. Gleichwohl eignen sich die genannten Produkte im Kern für den gleichen Verwendungszweck und unterfallen nach allgemeinem Verständnis der Produktgruppe Computerartikel. Auch ein Computer-Reparaturservice ist rein begrifflich keine dem PC ähnliche Ware, stellt aber eine der verkauften Ware zuzuordnende Dienstleistung dar. Digitalkameras hingegen können zwar auch für die digitale Bildbearbeitung am PC eingesetzt werden, haben jedoch neben dieser Einsatzmöglichkeit weitergehende Anwendungsfelder im Fotobereich und sind daher eher der Produktgruppe Fotoartikel zuzuordnen. Gleichwohl fallen sie nach allgemeinem Verständnis zusammen mit Computerartikeln in die übergeordnete Produktgruppe Elektronikartikel.

Das vorstehende Beispiel zeigt, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen ähnlichen und nicht ähnlichen Waren anhand der Zugehörigkeit zu einer gemeinsamen Produktgruppe kaum möglich ist. Es ist daher im jeweiligen Einzelfall darauf abzustellen, ob es sich um Produkte handelt, die nach verständiger Würdigung aus der Sicht eines objektiven Dritten nach Art, Beschaffenheit, Funktionsweise und Verwendungszweck miteinander vergleichbar sind. Dabei dürfte es ausreichen, wenn sich die Vergleichbarkeit auf

eines der genannten Kriterien, also etwa den Verwendungszweck, beschränkt. Zwar ist § 7 Abs. 3 UWG angesichts des kundenschützenden Zwecks von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG als Ausnahmetatbestand grundsätzlich eng auszulegen. Eine Begrenzung auf die Vergleichbarkeit der äußeren Beschaffenheit würde jedoch dazu führen, dass in vielen Branchen die Unternehmen von der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelung kaum in sinnvoller Weise Gebrauch machen können. Zum einen dürfte das in § 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorausgesetzte Hauptgeschäft außerhalb des Bereichs niedrigpreisiger Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs in vielen Fällen bereits zur Befriedigung der Nachfrage nach Artikeln der gleichen äußeren Beschaffenheit führen. Zum anderen wird es für die werbenden Unternehmen kaum praktikabel sein, den Inhalt ihrer elektronischen Werbemitteilungen in Kleinstkategorien aufzuteilen und für jeden Kunden individuell anzupassen. Auch wenn die Gesetzesbegründung insofern schweigt, kann der Zweck der Eingrenzung auf ähnliche Waren und Dienstleistungen nur sein, die ausnahmsweise zulässigen Werbemöglichkeiten ohne Einwilligung des Kunden so einzuschränken, dass der Kunde nicht mit Werbung konfrontiert wird, die mit der verkauften Ware in keinem vernünftigen Zusammenhang steht. Daher müssen auch Zubehörgegenstände dem Begriff der Warenähnlichkeit unterfallen. Im Ergebnis dürfte daher bei der Abgrenzung zwischen ähnlichen und nicht ähnlichen Waren dem Verwendungszweck eines Produktes maßgebliche Bedeutung zukommen. Hierbei ist im Interesse der Rechtssicherheit der werbenden Unternehmen ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen, auch wenn der Kunde subjektiv möglicherweise einen anderen Verwendungszweck verfolgt oder wenn er einem Verkehrskreis angehört, der auf einen anderen Verwendungszweck gegebenenfalls Rückschlüsse zulässt. Ein Unternehmer braucht also beim Verkauf von Bürosoftware einen etwaigen entgegenstehenden Willen des Kunden im Hinblick auf künftige Werbemaßnahmen für Unterhaltungssoftware weder erkennen noch erforschen. Durch die jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit und die entsprechenden

Hinweispflichten des Unternehmers ist der Kunde in ausreichender Weise geschützt.

SMS- und MMS-Werbung

Die Ausführungen zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung gelten gleichermaßen auch für die Werbung mit SMS- und MMS-Nachrichten. Der in § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 UWG verwendete Begriff der »elektronischen Post« wird in Art. 2 h der Europäischen Richtlinie für elektronische Kommunikation als Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht definiert, die über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickt wird und im Netz oder im Endgerät des Empfängers bis zum Abruf gespeichert werden kann. Die SMS-Nachricht wird zudem in Erwägungsgrund 40 der Richtlinie als Unterfall der elektronischen Post genannt. Unter der elektronischen Postadresse im Sinne der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG ist damit bei SMS- und MMS-Werbung die Mobiltelefonnummer des Kunden zu verstehen.

Transparenzgebot

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist schließlich eine unzumutbare Belästigung immer dann anzunehmen, wenn bei einer Werbung mit Nachrichten die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder keine gültige Adresse angegeben wird, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten zu den normalen Übermittlungskosten richten kann. Das Tatbestandsmerkmal der Nachricht wird in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG legal definiert und umfasst im Wesentlichen die Sprachtelefonie, Telefaxschreiben und elektronische Post wie E-Mail und SMS-Nachrichten. Das Transparenzgebot soll die Durchsetzung der Ansprüche gegen den Werbenden erleichtern.

Ergebnis

Im Hinblick auf die modernen Werbeformen der Informationsgesellschaft bringt die Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nur wenige bedeutsame Veränderungen gegenüber der alten Rechtslage. Zu nennen ist hier zum einen die Verschärfung im Bereich der Fax- und E-Mail-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden, die entgegen

der Rechtsprechung zur Generalklausel der alten Gesetzesfassung nicht mehr durch ein vermutetes sachliches Interesse des Empfängers legitimiert werden kann. Zum anderen gilt im Bereich des E-Mail-Direktmarketings nunmehr eine eng umgrenzte ausdrückliche Ausnahme für die Werbung gegenüber Verbrauchern und Gewerbetreibenden, wenn diese einem Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen ihre E-Mail-Adresse überlassen.

Rechtssicherheit für die werbenden Unternehmen dürfte diese Ausnahme jedoch erst dann bieten, wenn der in der Neuregelung vorausgesetzte Begriff der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit von der Rechtsprechung mit Leben gefüllt worden ist. Im Übrigen ergeben sich für den Bereich des Online-Marketings kaum materielle Veränderungen, die Stoff für neue Argumente bei den zum Teil umstrittenen Fragen zu den genannten Fallkonstellationen liefern können. Die Aufnahme des Gewinnabschöpfungsanspruchs zur Beseitigung der Durchsetzungsdefizite bei Streuschäden bringt eine begrüßenswerte Neuerung, deren praktische Bedeutung jedoch gerade im Bereich der Informationstechnologie abzuwarten bleibt.

- 1 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG L 201 vom 31.07.2002, S. 37 ff.
- 2 BGH GRUR 1989, 753 (754) – Telefonwerbung II; BGH

- GRUR 1990, 280 (281) – Telefonwerbung III; BGH GRUR 1995, 220 (221) – Telefonwerbung V; BGH GRUR 2000, 818 (819) – Telefonwerbung VI. Ebenso: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 Rn. 67; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2003, § 1 Rn. 143 ff.
- 3 BGH GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; BGH GRUR 2001, 1181 (1182) – Telefonwerbung für Blindenwaren. Ebenso: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 Rn. 68; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2003, § 1 Rn. 153 ff.
- 4 Dies kann entweder direkt gegenüber dem Werbenden geschehen oder durch Eintragung in ein allgemein verbindliches Opt-out(-Register), das für den Bereich personalisierter Werbefbriefe in Form der Robinson-Liste des Deutschen Direktmarketing-Verbandes existiert.
- 5 Zur Fax-Werbung BGH GRUR 1996, 208 (209) – Telefax-Werbung; OLG Koblenz GRUR 1996, 207; OLG Stuttgart WRP 1995, 254. Zur E-Mail-Werbung BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung; LG Traunstein NJW 1998, 1648; LG Hamburg WRP 1999, 250; LG Ellwangen MMR 1999, 675 (676). Ebenso: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 Rn. 69 b und Rn. 70 a f.; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2003, § 1 Rn. 162 und Rn. 167.
- 6 Zur Fax-Werbung BGH GRUR 1996, 208 (209) – Telefax-Werbung. Zur E-Mail-Werbung BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung. Ebenso: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 Rn. 69 b und Rn. 70 a f.; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2003, § 1 Rn. 161 f. und Rn. 169.