

Werbung mit E-Mails

MISCHA CHARLES SENN*

I. Einleitung

II. Problematik

1. Akzeptanz von E-Mail Werbung
2. Ergebnisse aus aktuellen Untersuchungen

III. Begriffe

IV. Rechtliche Grundlagen

1. Zivilrechtliche Aspekte
2. Lauterkeitsrechtliche Aspekte
3. Persönlichkeits- und Datenschutz
4. EU-Recht

V. Ausblick

1. Zur Frage der Kennzeichnung
2. Vorschläge

Zusammenfassung / Résumé

* Dr. iur., Prorektor, Rechtskonsulent, Inhaber des Lehrstuhls für Kommunikations- und Immaterialgüterrecht (KIR) an der Hochschule für Gestaltung und Kunst Zürich (HGKZ).

¹ Vgl. z.B. ST. SCHMIDLIN, Webmarketing, Zürich 2000, 62 ff.

² Man müsste im Zusammenhang mit E-Mail Werbung teilweise fast eher von «Newslitter» (!) sprechen.

³ Vgl. Tabelle bei SCHMIDLIN (Fn. 1).

⁴ Es wird nachfolgend teilweise diese Abkürzung verwendet, wenngleich – sprachlich sinnvoller – von «Werbung mit E-Mails» gesprochen werden sollte, da ja nicht die Rede von Werbung für E-Mails, sondern Werbung *mittels* E-Mails ist.

⁵ Deswegen ist im Eidg. Parlament am 23. Juni 2000 eine entsprechende Motion gegen das Spamming eingereicht worden (Motion 00.3393). Vgl. R. H. WEBER, E-Commerce und Recht, Zürich 2001, 274. LEHMANN spricht sogar von «hohem Grad der Belästigung» (M. LEHMANN, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517 ff., 519).

⁶ WEBER (Fn. 5), 275; Y. JÖHRI, Werbung im Internet, Zürich 2000, 74 f.; J. GLÖCKNER, Lauterkeitsrechtliche Beurteilung des Telemarketing – Zur Verbraucherschützenden Wirkweise des UWG, JKR (= Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts) 1998, Bern

I. Einleitung

Als neue Form des Direkt-Marketings im Web wird das *E-Mail Marketing* angepriesen¹. Als Vorteile werden genannt: direkte Kontaktierung am Arbeitsplatz möglich; Kundenbindungsmöglichkeiten via Newsletter² und Diskussionsforen; geringe Versandkosten etc. Als Nachteile werden u.a. aufgelistet: geringer Beachtungsgrad und mangelnde Akzeptanz, «rechtliche Einschränkungen»³. Über die tatsächlichen rechtlichen Gegebenheiten wird indessen nur beiläufig gesprochen. Dass gegen unverlangte Werbung mit E-Mails *einige* rechtliche Instrumente bestehen, soll hier aufgezeigt werden.

II. Problematik

1. Akzeptanz von E-Mail Werbung

Die direkten und individuellen Angebote in Form von E-Mail Werbung⁴ stellen grundsätzlich eine (unerwünschte) Beeinflussung – wenn nicht gar eine Belästigung⁵ – des Persönlichkeitsbereiches des Empfängers dar⁶. Das persönliche Anschreiben mittels Senden von E-Mail

1998, 49 ff., 68 f.; P. FRIEDRICH, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung, Zürich 1993, 110; L. DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 1997, Rn. 311; R. KNAAK/M. RITSCHER, Recht der Werbung in Europa. Schweiz, Baden-Baden 1996, Rn. 148.

Werbung mit E-Mails als neue Form des Direkt-Marketings wird von vielen als unangenehm, wenn nicht sogar meist als belästigend empfunden. Das wird mit Nuancen sowohl von Privatpersonen als auch von Unternehmern gleichermaßen ausgesagt. Dieser Umstand wird durch neue Untersuchungen eindrücklich belegt. Abgesehen von der geringen bis fehlenden Akzeptanz kann gegen E-Mail Werbung gleich unter verschiedenen rechtlichen Titeln vorgegangen werden. E-Mail Werbung scheint also keine besonders verheissungsvolle Werbe-Methode zu sein.

De nombreuses personnes considèrent cette nouvelle forme de marketing direct qu'est la publicité par courrier électronique (E-mail) comme désagréable, voire même souvent inopportune. A quelques nuances près, cet avis est partagé tant par les personnes physiques que par les entreprises. Les dernières recherches en la matière le prouvent de manière frappante. Indépendamment de son acceptabilité réduite, voire inexistante, divers titres juridiques permettent d'agir à l'encontre de la publicité par E-mail. Ainsi, la publicité par E-mail ne semble pas constituer une méthode de publicité particulièrement prometteuse.

Werbung wird von Privaten häufig als belästigend empfunden, da diese Sendungen unverlangt eintreffen. Das führt bisweilen dazu, dass beispielsweise private Personen mit E-Mail Werbung geradezu überhäuft werden⁷. Die Beeinträchtigung bei der E-Mail Werbung liegt vor allem darin, dass das Entleeren des elektronischen Briefkastens u.U. beträchtlichen Aufwand und Kosten⁸ verursacht, indem alle Mitteilungen zuerst geholt und durchgesehen werden müssen, damit zwischen den privaten und den gewerblichen Mitteilungen überhaupt unterschieden werden kann. Wer eine (private) E-Mail Adresse hat, dürfte dieses Ärgernis zur Genüge kennen⁹.

2. Ergebnisse aus aktuellen Untersuchungen

a) Direkt-Marketing

Die beschriebenen Umstände werden durch eine aktuelle *Untersuchung*¹⁰ mit aller Deutlichkeit belegt:

- Zum Thema *Belästigung*: 93% der Verbraucher fühlen sich durch E-Mail Werbung (oder Werbung per Fax oder SMS¹¹) belästigt bzw. «überfallen».
- Zum Thema *Beachtung*: 77% werfen die digitalen Werbesendungen ungeöffnet in den (elektronischen) Papierkorb; 16% lesen die Werbebotschaften mit Verärgerung.
- Zum Thema *Erfolg*: 85% der Anbieter werden von den Verbrauchern als «unangenehm» beurteilt; mehr als 66% der Verbraucher wollen von diesen Anbietern keine Produkte kaufen.

Bezeichnend ist dabei die Schlusssatzung, wonach diese Art des Direkt-Marketings dem Ansehen der Anbieter mehr schadet als nützt. Dieser Umstand ist auch schon prä-

nant umschrieben worden: «Wahrscheinlich ist Spamming derzeit die beste Möglichkeit, sein Ziel nicht zu erreichen.»¹²

b) Elektronischer Geschäftsverkehr und Datenschutz

Der elektronische Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern¹³ gestaltet sich mit einem Anteil unter 1% (noch) recht bescheiden – verglichen mit den gesamten Endverbraucherhandelsumsätzen. Doch rechnet die OECD mit einer Steigerung auf 5% bereits ab 2002¹⁴. Die EU stellt fest, dass sich der elektronische Handel nur dann (weiter)entwickeln kann, wenn «die Vorgänge und Transaktionen einfach und sicher und die Verbraucher in der Lage (sind), Schwierigkeiten und

Eine neue Studie der EU belegt, dass Junk Mails jährlich weltweite Kostenfolgen in der Höhe von rund CHF 15 Mrd. für die Internetnutzer verursachen. Diese Hochrechnung basiert auf der Berechnung der totalen Downloading-Zeit beim gegenwärtigen Angebot aller Werbe-E-Mails bei den weltweit vorhandenen Empfängern; S. GAUTHRONET/E. DROUARD, Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz, Januar 2001, 11 (nachfolgend Studie GAUTHRONET/DROUARD); publiziert unter europa.eu.int/comm/internal_market/de/dataprot/studies/spam.htm. Siehe auch AYAD (Fn. 7), 540, der in diesem Zusammenhang von der Gefahr des «net marketing overkills» spricht (vgl. dazu schon TH. HOEREN, Cypermatters und Wettbewerbsrecht – Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, WRP 1997, 995).

⁹ Vgl. auch die Beiträge von SENN (Fn. 8), 105 f.; A. BRUNNER, Wenn der Fax die Nachtruhe stört. Telemarketing aus rechtlicher Sicht, NZZ vom 10. Dezember 1997, und H. BRUDERER, Unerwünschte elektronische Post – eine Plage. Schwierige Trennung der Spreu vom Weizen, NZZ vom 10. Dezember 1997. Ferner W. FIKENTSCHER/Th. M. J. MÖLLERS, Die (negative) Informationsfreiheit von Werbung und Kunstdarbietungen, NJW 1998, 1337 ff., 1343.

¹⁰ Vgl. die Untersuchung des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft, «eco» Electronic Commerce Forum e.V.; publiziert am 28. September 2001 unter www.eco.de/presse/mitteilungen/2001.

Diese Untersuchung ist insofern erst recht aussagekräftig, als sie von einem Verband ausging, dessen Mitglieder fast ausschliesslich Provider oder Internetanbieter sind, das Ergebnis für diese indessen wenig Erfreuliches zu Tage brachte. Die Untersuchung beansprucht zwar keine methodische Repräsentativität, doch dürfte sie ein hinreichendes Indiz für die beschriebenen Umstände darstellen.

¹¹ Vgl. dazu ferner BAUMBACH/HEFERMEHL (Fn. 7), UWG 1 N 70c.

¹² AYAD (Fn. 7), 542, unter Hinweis auf diverse Berichte. Dass diese Aussage nur eine Tendenz beschreibt, belegt die Studie GAUTHRONET/DROUARD (vgl. Fn. 8), 2, wonach die Erfolgsquote beim E-Mail Marketing immerhin zwischen 5 und 15% liegt, verglichen mit nur 0,5 bis 2% bei den konventionellen postalischen Mailings.

¹³ Neudeutsch: Business to Consumer, «B2C», genannt.

¹⁴ Vgl. die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU über die «Auswirkungen des elektronischen Handels auf den Binnenmarkt (BBS)», ABl Nr. C 123 vom 25. April 2001, 1 ff.

⁷ Vgl. D. ROSENTHAL, Internet und Recht für Unternehmen, Zürich 1997, 107 f. Beträchtlicher ist die Belästigung bei SMS-Werbung, da sie dem Empfänger «unmittelbar aufgedrängt wird, ohne dass er die unerwünschten Nachrichten durch Nichtabruf vorher aussortieren kann» (A. BAUMBACH/W. HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, UWG 1 N 70c; vgl. auch P. AYAD, E-Mail Werbung – Rechtsgrundlagen und Regelungsbedarf, CR 2001, 533 ff., 544).

⁸ Der Aufwand wirkt sich sowohl zeitlich als auch finanziell aus: Je mehr Mitteilungen in der E-Mail-Box sind, desto länger braucht es für die Übertragung als auch für das Durchlesen (sofern man den werblichen Charakter nicht schon an der Absender-Adresse erkennt). Da die Übertragung der Daten Zeit beansprucht, entstehen zusätzlich höhere Übermittlungskosten (Telefontaxen), sofern nicht eine Standleitung besteht. Siehe dazu WEBER (Fn. 5), 275, Fn. 1141; C. BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, UWG 3 lit. h, N 69; M. C. SENN, Zur Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission auf dem Gebiet des Telemarketing, JKR 1998, 99 ff., 106; D. ROSENTHAL, Projekt Internet, Zürich 1997, 107. Keine Beeinträchtigung sieht C. SAGER-GLUR, Direktmarketingmethoden, Bern 2001, 163, was nicht ganz nachvollziehbar ist – AYAD (Fn. 7), 534, spricht bei solchen Argumentationen von «eher abenteuerlichen Begründungen».

¹⁵ Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU (Fn. 14).

¹⁶ A. ANDERSEN, Internet-Privacy und eCommerce-Practices in der Schweiz. Eine Studie über die Geschäftspraktiken und dem Umgang mit persönlichen Daten auf 100 Schweizer Web-Sites, Zürich 2001.

¹⁷ ANDERSEN versteht unter *persönlichen Informationen* Angaben wie E-Mail Adresse, Name, Adresse, Kreditkartendaten.

¹⁸ ANDERSEN (Fn. 16), 19.

¹⁹ Mit solchen Cookies lassen sich Benutzerprofile generieren.

²⁰ ANDERSEN (Fn. 16), 18.

²¹ D.h. die Information darüber, wie der Anbieter mit den persönlichen Informationen umgeht.

²² Vgl. zu diesen Begriffen WEBER (Fn. 5), 281.

²³ ANDERSEN (Fn. 16), 22. Das Einsichts- bzw. Auskunftsrecht ist aber nach Art. 8 DSGVO vorgeschrieben (s. dazu die Ausführungen unter Ziff. IV. 3. c)

²⁴ ANDERSEN (Fn. 16), 22.

²⁵ Diese Definition lehnt sich an die Umschreibung des Grünbuches «kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt» der EU-Kommission vom 8. Mai 1996 an. Vgl. dazu JÖHRI (Fn. 6), 42; SENN (Fn. 8), 102; M. C. SENN, Kommerzielle Äusserungen im Schutze der Meinungsfreiheit, sic! 1999, 111 ff.; M. SCHWENNINGER/MANUEL SENN/A. THALMANN/L. DAVID [Hg.], Werberecht. Kommentierte Textausgabe, Zürich 1999, 27; F. HENNING-BODEWIG, Das Grünbuch der EU-Kommission über die «kommerziellen Kommunikationen», GRUR Int., 1997, 515 ff., 516. Vgl. nun auch die Begriffsumschreibung der kommerziellen Kommunikation in der E-Commerce Richtlinie, Art. 2 lit. f: «alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen des Erscheinungsbildes eines Unternehmens oder einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt (...)». Der volle Name dieser Richtlinie 2000/31/EG lautet: «Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr») vom 8. Juni 2000.

Die Schweizerische Lauterkeitskommission (= SLK) definiert kommerzielle Kommunikationen als «jede Massnahme von Konkurrenten oder Dritten (...), die eine Mehrheit von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Waren, Werken, Leistungen oder Geschäftsver-

Streitigkeiten schnell, kostengünstig und wirksam zu beheben.¹⁵⁾

Im elektronischen Geschäftsverkehr, bzw. in der elektronischen Kommunikation überhaupt, ist der Umgang mit personenbezogenen Daten allerdings nach wie vor recht unvorsichtig, wenn nicht sogar ausgesprochen «locker» – und damit häufig im Bereich des rechtlich Unzulässigen. Das belegt eine aktuelle Studie des Unternehmens Arthur Andersen¹⁶. Hinsichtlich dem Umgang mit personenbezogenen Daten gelangte die Studie zu folgendem, ernüchterndem Ergebnis:

- Zum Thema *Datensammlung*: 92% von Anbietern mit Websites sammeln persönliche Informationen¹⁷ der Abnehmer, und zwar in Form von:
 - Registrierung durch Angaben von persönlichen Daten;
 - Möglichkeit des Zusendens von E-Mails durch den Benutzer.
- Zum Thema *Information*: aber nur 24% davon informieren die Benutzer darüber, was mit den Daten passiert¹⁸.
- Zum Thema *Cookies*: 52% der Sites, die persönliche Informationen sammeln, arbeiten mit Cookies¹⁹, d.h. sie sammeln solche Daten passiv²⁰.
- Zum Thema *Umgang mit persönlichen Daten*: 59% der Sites

hältnissen zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflussen» (GS Nr. 1.1). Als Formen der kommerziellen Kommunikation gelten dabei «sämtliche Formen von Werbung, Direktmarketing, Sponsoring, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit» (GS Nr. 1.2). Die Dokumente der SLK sind unter www.lauterkeit.ch abrufbar. Vgl. die Entscheide: SLKE, sic! 2000, 460 E. 1c m.w.H., «Zürich Express c. 20Minuten» und SLKE, sic! 1999, 207, «SW-Werbewebote».

²⁶ So der GS Nr. 1.5 der SLK. Vgl. zum Begriff SAGER-GLUR (Fn. 8), 13 f.; JÖHRI

verweisen auf ihre Privacy-Policy bzw. das Information-Practice-Statement²¹.

- Zum Thema *Datenweitergabe*: 18% der Sites sagen, dass die Daten an Dritte weitergegeben werden können, doch nur die Hälfte davon geben dem Benutzer eine Wahl:
 1. Keine einzige Site gab dem Benutzer die Möglichkeit der «Opt-in», d.h. dass er durch aktive (vorherige) Zustimmung den (weiteren) Gebrauch seiner Daten erst zulässt (= Freigabe der Daten bzw. diese in eine Liste einschreiben)²²;
 2. 9% Sites gaben dem Benutzer die Möglichkeit der «Opt-out», d.h. dass er durch aktive Erklärung *keinen* weiteren Gebrauch seiner Daten zulässt (= Sperren der Daten bzw. diese aus der Liste streichen).
- Zum Thema *Auskunftsrecht*: Nur 27% der Sites geben dem Kunden die Möglichkeit, die persönlichen Daten auch einzusehen²³; und bei nur 12% kann der Benutzer seine Daten löschen²⁴.

III. Begriffe

Der Grundbegriff der *kommerziellen Kommunikationen* steht für «sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Image eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen»²⁵.

Direkt-Marketing umfasst «alle Massnahmen gegenüber ausgewählten, physisch nicht anwesenden Personen, um diese über Angebote von Waren und Dienstleistungen in Kenntnis zu setzen, unabhängig davon, ob eine Anfrage vorliegt.²⁶⁾

Das *Telemarketing* kann als «kommerzielle Kommunikation mittels Telefon, Fax, Television und Internet» verstanden werden²⁷. Telemarketing erfasst u.a. das «Tele-shopping» und «Internetshopping».

Als *Fernabsatz* gilt die kommerzielle Kommunikation, die mit Hilfe eines oder mehrerer Kommunikationsmittel einen Vertragsabschluss ohne physische Anwesenheit der Parteien ermöglicht (Distanzgeschäft)²⁸.

Unter *Spamming* oder auch *Junk-Mail* versteht man unverlangte Zusendungen mit kommerziellem Inhalt²⁹; deren Verbreitung vermutet man auf mindestens ca. 20% aller E-Mails³⁰.

IV. Rechtliche Grundlagen

1. Zivilrechtliche Aspekte

a) Allgemeines

Unter den «zivilrechtlichen» Aspekten kommen in erster Linie die sachen- und persönlichkeitsrechtlichen³¹ Ansprüche in Frage³². Zu beachten sind aber auch die geplanten neuen Bestimmungen zum elektronischen Geschäftsverkehr und schliesslich noch eine Besonderheit bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Zu erwähnen ist auch, dass der E-Mail Verkehr unter das Kommunikationsgeheimnis³³ fällt³⁴. Die strafrechtlichen³⁵ und prozessualen Aspekte werden in diesem Beitrag ausgeklammert.

b) Eigentums- und Besitzschutz

Das Versenden von E-Mail Werbung und die damit verbundenen Konsequenzen können sowohl den Tatbestand der Eigentumsverletzung (Art. 641 Abs. 2 ZGB) als auch der Besitzesstörung (Art. 928 ZGB) erfüllen³⁶. Die (widerrechtliche) Eigentumsverletzung kann mit der (vorübergehenden) Funktionsver-

eitelung bzw. der übermässigen Belastung der eigenen Empfangseinrichtung begründet werden³⁷. Von der Rechtswidrigkeit ist auszugehen, da nicht angenommen werden darf, dass der Empfänger ein mutmassliches Einverständnis³⁸ für solche Werbemethoden zeigt³⁹.

c) Neue Bestimmungen zum elektronischen Geschäftsverkehr

Auch in der Schweiz wird der Regelungsbedarf für den Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs erkannt⁴⁰. Eine entsprechende

(Fn. 6), 41; L. DAVID/M. A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, Zürich 2001, 249 f.; SCHWENNINGER/MANUEL SENN/ THALMANN (Fn. 25), 122; SENN (Fn. 8), 102.

²⁷ DAVID/REUTTER (Fn. 26), 220; SAGER-GLUR (Fn. 8), 5 f. und 187 ff.; JÖHRI (Fn. 6), 39; SENN (Fn. 8), 102. Beim *aktiven Telemarketing* geht das Handeln vom Anbieter aus (demgegenüber umfasst das *passive Telemarketing* die Betreuung des Abnehmers resp. Kunden nach dem ersten Kontakt).

²⁸ Vgl. die Definition der SLK im GS 4.1, wobei als «Kommunikationsmittel» sowohl die herkömmlichen, wie Post, Kurierdienste, Telefon, Fax, TV und Radio als auch die neuen elektronischen Mittel, d.h. solche mittels Internet (vor allem E-Mail) in Frage kommen. Vgl. die Fernabsatz-Richtlinie der EU, Art. 2 Ziff. 1 (= Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz [ABl 1997 L 144/19 vom 4. Juni 1997]). Dazu D. ARNOLD, Verbraucherschutz im Internet. Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatz-RL, CR 1997, 526 ff.; FIKENTSCHER/MÖLLERS (Fn. 9), 1343; M. MARTINEK, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-RL, NJW 1998, 207 ff.; H. SCHULTE-NÖLKE, Auswirkungen der Fernabsatz-Richtlinie, NJW 1998, 210 ff.; TH. VEHSLAGE, Auswirkungen der Fernabsatz-RL auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, GRUR 1999, 656 ff.; SENN (Fn. 8), 102 f.; A. BRUNNER, Neues Konsumentenrecht im revidierten UWG, plädoyer 5/1990, 42 (m.H.).

Der Formulierungsvorschlag der schweizerischen Regelung ist der EU-Bestimmung angeglichen (Vernehmlassungsentwurf Art. 40c Abs. 1 OR und zu Art. 3

lit.b^{bis} UWG; vgl. dazu den Begleitbericht zum Entwurf, Bern 2001, 12 f. und 28 f.)

²⁹ Zu diesem Begriff anstelle vieler: WEBER (Fn. 5), 274; DAVID/REUTTER (Fn. 26), 222.

³⁰ D. ROSENTHAL, Unverlangte Werbe-E-Mails ohne Rechtsfolgen?, Medialex 1999, 203 ff.

³¹ Die Aspekte des Persönlichkeitsschutzes werden zusammen mit dem Datenschutz in Ziff. IV. 3. behandelt.

³² Vgl. BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 67; SAGER-GLUR (Fn. 8), 38 ff.; JÖHRI (Fn. 6), 111 ff.; GLÖCKNER (Fn. 6), 73; SENN (Fn. 8), 109 f.

³³ D.h. unter den Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (vgl. Art. 13 Abs. 1 BV). Dieser Schutz erstreckt sich auf alle Formen der Kommunikation (BGE 126 I 50).

³⁴ R. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: D. Thürer/J.-F. Aubert/J.P. Müller (Hg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43 Rn. 28; BGE 126 I 50.

³⁵ In Frage kommen beispielsweise folgende Tatbestände des StGB: Art. 143 (Unbefugte Datenbeschaffung), 143^{bis} (Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem), 179^{septies} (Missbrauch des Telefons). Zu den ersten beiden Bestimmungen siehe ROSENTHAL (Fn. 30), 204; zum Missbrauch des Telefons vgl. BGE 126 IV 216; A. DONATSCH, Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, SJZ 2001, 516 ff., 517, der bereits von «Missbrauch einer Fernmeldeanlage i.S.v. Art. 179^{septies}» spricht. Indessen ist bei allen diesen Tatbeständen zu beachten, dass die besonderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen. Ob dies im Zusammenhang mit E-Mail Werbung gegeben sein kann, müsste näher untersucht werden.

³⁶ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG. 3 lit. h N 54; JÖHRI (Fn. 6), 113 (m.H.).

³⁷ So BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 54 und 67 (m.H.); GLÖCKNER (Fn. 6), 73.

³⁸ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 55 und 67. Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. IV. 3. c) unten.

³⁹ Das ergibt sich nur schon aus den Ergebnissen zur Akzeptanz gegenüber E-Mail Werbung, siehe oben Ziff. II.2.

⁴⁰ Dass ein Regelungsbedarf besteht, weist auch die Andersen-Studie nach (Fn. 16), insbesondere was die Informationspflichten (Vernehmlassungsentwurf Art. 40d OR) anbelangt: Die Mehrheit der Anbieter gibt zwar die wichtigsten Eigenschaften des Produktes bekannt, doch bei fast allen Sites sind die weiteren Angaben (wie weitere Kosten, Zahlungsmodalitäten, Lieferbedingungen etc.) äusserst gering, die Werte für die Erfüllung dieser Bedingungen liegen bei max. 24%! (Andersen-Studie, 27).

Auch der Eidg. Datenschutzbeauftragte weist darauf hin, dass «der globale Charakter des elektronischen Geschäftsverkehrs einen intensiven Austausch von Personendaten mit sich bringt, der unter Umständen die Privatsphäre der betroffenen Personen verletzen kann.» (Tätigkeitsbericht 2000/01 des EDSB, 19; publiziert unter www.edsb.ch).

⁴¹ Vernehmlassungsvorlage zum «Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevision des OR und des UWG)» vom Januar 2001.

⁴² Begleitbericht zum Entwurf, 31 f. Zu den Harmonisierungsbestrebungen auch auf internationaler Ebene, insbesondere unter Berücksichtigung der UNCITRAL Modell-Vorlagen, vgl. WEBER (Fn. 5), 311 f. Entsprechende Bestimmungen sind von der Schweizerischen Lauterkeitskommission bereits seit längerem in Kraft: vgl. die Grundsätze Nr. 1.1, 1.2, 1.5 und die «Vorschriften über das Direkt-Marketing» (GS 4.1 bis 4.5).

⁴³ Vgl. Entscheid OLG Frankfurt vom 26. Februar 1998 (CR 1999, 308); ferner LG Hamburg, U. v. 18. Februar 2000, AfP 2001, 151; AYAD (Fn. 7), 541 f. Dass eine allfällige Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen besonders (schriftlich) hervorzuheben ist, verlangt nun auch das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG 2001) in § 4a Abs. 1 (vgl. dazu B. BAERISWYL, Entwicklungen im Datenschutzrecht, SJZ 2001, 425 ff., 426; U. WUERMEILING, Neue Einschränkungen im Direkt-Marketing, CR 2001, 303 ff.).

⁴⁴ Vgl. BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 8 N 12 ff. (m. w. H.); TH. KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – dargestellt anhand einer Deckungsausschlussklausel in der Betriebshaftpflichtversicherung, recht 1999, 43 ff., 46 (m. w. H.). A. BRUNNER, Die Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999, 305 ff.; P. GAUCH/W. J. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY, Schweizerisches OR, Allg. Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, N 1152; J. GUYET, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, 236; C. HUGUENIN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, 2. Aufl., Basel 1996, OR 20 N 24 ff.; BGE 124 III 155 E. 1.b; 122 III 373 = JKR 1997, 519; 119 II 443 = JKR 1996, 389; 117 II 332; ferner die im Internet veröffentlichten, neueren Entscheide des BGer: Entscheide vom 15. März 2001 (5C.251/2000) und vom 11. Dezember 2000 (5C.220/2000) (publiziert unter www.bger.ch).

⁴⁵ DAVID, (Fn. 6), Rn. 240 ff.; J. BÜRGE/C. LANG, Momentaufnahme des Lauterkeitsrechts, recht 1998, 237 ff., 249; M. M. PEDRAZZINI/R. VON BÜREN/E. MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Rn. 946 ff.; SLKE, sic! 1999, 608 «Göde» (m.w.H.).

Vorlage⁴¹ ist in der Vernehmlassung. Vorgesehen sind u.a. Ergänzungen zu den vertragsrechtlichen Bestimmungen über die Haustürgeschäfte und dem Widerrufsrecht sowie die Aufnahme von vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Regelungen zum Fernabsatz; die Vorschläge betreffen Vorschriften im OR und im UWG und entsprechen weitgehend den einschlägigen EU-Vorgaben⁴². Diese Bestimmungen regeln jedoch nicht die Frage unverlangter E-Mail Werbung.

d) *Einwilligung aufgrund von AGB?*

Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), welche als Einverständniserklärung für zukünftige Werbungen gilt, ist unwirksam. So jedenfalls – zu Recht – die deutsche Rechtslage⁴³. Die rechtliche Beurteilung von AGB in der Schweiz erfolgt – mangels gesetzlicher Grundlagen – über die Geltungs- und Auslegungskontrolle. Im Vordergrund stehen dabei die (vertragsrechtlichen) Instrumente der

⁴⁶ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 8 N 42 ff.
⁴⁷ Vgl. dazu WEBER (Fn. 5), 472 (m.w.H. auf die Literatur zu den datenschutzrechtlichen Aspekten).

⁴⁸ So genanntes aktives Telemarketing, vgl. Fn. 27.

⁴⁹ Demgegenüber sind die Voraussetzungen des individuellen Angesprochenwerdens und der fehlenden Möglichkeit der Beeinflussung beispielsweise beim *Fernsehen* nicht gegeben: Zum Einen richten sich Verkaufsangebote und Werbotschaften (wie auch Werbeshows etc.) beim Fernsehen an eine unbestimmte Anzahl Personen. Zum Andern kann der Empfänger frei entscheiden, ob er sich das Angebot ansehen will oder nicht. Er hat jederzeit die Möglichkeit, den Empfang zu stoppen, womit die Möglichkeit der Einflussnahme gegeben ist.

⁵⁰ SAGER-GLUR (Fn. 8), 163 ff.; WEBER (Fn. 5) 282; M.M. PEDRAZZINI/F.A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 2002, N. 7.42 H. O. MARTI/P. WIDMER/PH. PROBST, Recht in Marketing und Kommunikation, Zürich 1999, 92.

Ungewöhnlichkeits- und der Unklarheitenregel⁴⁴. Eine lauterkeitsrechtliche Regelung zur AGB-Thematik findet sich in Art. 8 UWG⁴⁵. In der hier zur Diskussion stehenden Einwilligung zur E-Mail Werbung käme der Tatbestand des erheblichen Abweichens der gesetzlichen Ordnung in Frage (Art. 8 lit. a UWG)⁴⁶, indem man die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zugrunde legt, wenn Personendaten zu weiteren (Werbe-)Zwecken verwendet würden⁴⁷.

2. Lauterkeitsrechtliche Aspekte

a) *Ausgangslage*

Das unverlangte Zusenden von E-Mail Werbung geht vom Anbieter aus und richtet sich an eine bestimmte individuelle Person⁴⁸. Das entspricht der adressierten Zusendung mittels Brief oder sonst irgend einer (direkt-adressierten) Drucksache, aber auch dem Versenden eines Werbe- bzw. Verkaufsangebotes mittels Fax oder dem Telefonmarketing. Bei diesen Fällen besteht keine Möglichkeit der Einflussnahme durch den Empfänger, da das werbliche Angebot in seinen Herrschaftsbereich gelangt, ohne dass er dies verhindern kann⁴⁹. Der direkte Kontakt ist hergestellt, wenn die E-Mail in seinem Briefkasten bzw. seiner E-Mail Box landet; genauso übrigens bei Anrufen mit Telefon oder Fax.

b) *Werbung mit E-Mails als unlauteres Verhalten*

Nach überwiegender Ansicht geht man von der Unzulässigkeit unverlangter E-Mail Werbung aus, indem dieses Verhalten (meist) als unlauterer Tatbestand gemäss Art. 2 UWG betrachtet wird⁵⁰. Die Unzulässigkeit lässt sich damit begründen, dass das Herunterladen (evtl. sogar mit Attachments) und das Leeren des elektroni-

schen Briefkastens mit messbarem Aufwand verbunden ist, was bereits als belästigend betrachtet werden kann; auf jeden Fall ist indessen die Wahrscheinlichkeit der Erschöpfung des E-Mail-Accounts (durch mehrfache Eingänge von unerwünschten E-Mails) eine Belästigung⁵¹.

Andere Meinungen sehen in dieser Art des Direkt-Marketings mittels E-Mails eine (besonders) *aggressive Verkaufsmethode* gemäss Art. 3 lit. h UWG, da eine individuelle persönliche Ansprache⁵² vorliegt.

Die Unterscheidung zwischen (aggressiver) Werbung und (besonders aggressiver) Verkaufsmethode ist folgendermassen zu ziehen:

Von reiner (*aggressiver*) *Werbung bzw. Werbemethode*⁵³ (gemäss Art. 2 UWG) ist dann zu reden, wenn sich eine pauschale Werbebotschaft an einen allgemeinen und unbestimmten⁵⁴ Personenkreis wendet⁵⁵.

Bei der (*besonders*) *aggressiven Verkaufsmethode*⁵⁶ (gemäss Art. 3 lit. h UWG) wird ein individuell bestimmter Konsument direkt angesprochen⁵⁷. Eines der Kriterien für eine solche Verkaufsmethode ist also der Direktkontakt, wie das bei den E-Mails ja der Fall ist (sofern diese E-Mail an eine Person und nicht an das Büro⁵⁸ gerichtet wird). Durch diesen Direktkontakt ist zumindest eine *mögliche* Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Konsumenten gegeben. Beim Direktmarketing, welches sich dieser Methoden bedient, ist in der Regel davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine (aggressive) Verkaufsmethode und nicht bloss um (aggressive) Werbung handelt.

Das Tatbestandserfordernis der *besonderen Aggressivität* ist darin zu sehen, dass ein aktives und systematisches, auf direkte Einwirkung des Empfängers bezogenes und damit übermässiges Verhalten vorliegt⁵⁹.

Das weitere Tatbestandserfordernis der *Beeinträchtigung der Ent-*

scheidungsfreiheit ist zum Einen im Zusammenhang mit dem besonders aggressiven Vorgehen zu sehen und liegt zum Anderen dann vor, wenn der Empfänger sich nicht primär vom Interesse an der versprochenen Leistung motivieren lässt, sondern von der Art und Weise, wie der Anbieter ihm gegenübergetreten ist⁶⁰.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine E-Mail Werbung je nach dem konkreten Inhalt entweder als (aggressive) Werbung im Sinne der Generalklausel nach Art. 2 UWG oder als besonders aggressive Verkaufsmethode nach Art. 3 lit. h UWG zu qualifizieren ist⁶¹.

In der deutschen Rechtsprechung neigt die Mehrheit⁶² zu einem Verbot von E-Mail Werbung; Das LG Traunstein erachtete das Verbot für zulässig⁶³; das AG Kiel geht demgegenüber davon aus, dass sich ein Verbot der Zusendung unverlangter E-Mail Werbung nicht ohne weiteres mit der Fernabsatz-Richtlinie vereinbaren lasse⁶⁴.

⁵¹ BAUDENBACHER (Fn. 8), Art. 3 lit. h N 85. Vgl. auch SLK (NZZ v. 30. November 2001 und 23. Juni 2000), die sich allerdings auf den eigenen GS Nr. 4.4 stützt (vgl. auch Fn. 86 unten).

⁵² Etwa vergleichbar mit einer persönlichen Ansprache beim so genannten Haustürgeschäft (im Sinne von Art. 40a f. OR); siehe auch BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 27 und 59; SENN (Fn. 8), 106 f.

⁵³ Vgl. dazu DAVID (Fn. 6), Rn. 81; M. STREULI-YOUSSEF, SIWR V/I, 2. Aufl., Basel 1998, 100; KNAAK/RITSCHER (Fn. 6), Rn. 148; SENN (Fn. 8), 107.

⁵⁴ Selbst wenn es sich um ein genau definiertes *Zielpublikum* handelt, sind damit noch immer nicht Einzelpersonen direkt kontaktiert.

⁵⁵ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 62.

⁵⁶ Vgl. zu diesem Begriff: BRUNNER (Fn. 28), 42 (m. H.); FRIEDRICH (Fn. 6), 96 f. (m. H.); DAVID (Fn. 6), Rn. 309 f.; M. M. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, Bern 1992, 147. Mit einer Darstellung der Meinungen: KNAAK/RITSCHER (Fn. 6), Rn. 148 ff. und STREULI-YOUSSEF (Fn. 53), 100 ff. In BGE 124 IV 73 E.1.b erwähnt, ohne dass diese Frage der Unterscheidung zu beantworten war.

⁵⁷ Gl. A. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH (Fn. 45), Rn. 922.

⁵⁸ Z.B. mit der Adresse: «info@hgkz.ch»

⁵⁹ Vgl. dazu FRIEDRICH (Fn. 6), 32, und STREULI-YOUSSEF (Fn. 53), 102; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH (Fn. 45), Rn. 923; PEDRAZZINI (Fn. 56), 148.

⁶⁰ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 33 und 37 (unter Hinweis auf PEDRAZZINI (Fn. 56), 148).

⁶¹ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 27 und 62.

⁶² Nachweise (jeweils mit weiteren Hinweisen zur Literatur) bei: BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 69; JÖHRI (Fn. 6), 81 f.; VEHSLAGE (Fn. 28), 657; LEHMANN (Fn. 5), 519; J. M. SCHMITTMANN, Anmerkung zum Beschluss des LG Berlin (s. nächste Fn.), CR 1998, 499 f.; A. FUNK, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411 ff., 418; GLÖCKNER (Fn. 6) 72 f.; SAGER-GLUR (Fn. 8), 164 ff.

⁶³ LG Traunstein, Beschl. vom 18. Dezember 1997, NJW 1998, 1648, und CR 1998, 171; gleich auch LG Berlin, Beschl. vom 18. Mai 1998, CR 1998, 499; SENN (Fn. 8), 108; N. DETHLOFF, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596 ff., 1601.

Die Fax-Werbung ist generell, d.h. auch an einen Gewerbetreibenden unzulässig (vgl. z.B. BGH, U. vom 25. Oktober 1995, AfP 1996, 135, und WRP 1996, 100; LG Berlin, U. vom 29. Mai 1997, CR 1998, 9).

Dass ein generelles Verbot für Fax-Werbung aber den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs gemäss Art. 59 EWG-Vertrag bzw. den Art. 10 Abs. 1 der Fernabsatz-Richtlinie verletzt, dürfte im Lichte der Rechtsprechung des EuGH anzunehmen sein (vgl. das U. des EuGH vom 10. Mai 1995, GRUR Int. 1995, 900). Eine Anpassung an das EU-Recht ist auch hier wahrscheinlich, insbesondere nachdem der BGH erst kürzlich bekannt gegeben hat, dass er seine Rechtsprechung hinsichtlich der *vergleichenden Werbung* dem europäischen Recht anpassen werde (NZZ vom 23. Mai 1998; vgl. dazu R. SACK, Die Bedeutung der EG-Richtlinie 84/450/EWG und 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung für das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR Int., 1998, 263 ff.; ferner M. RITSCHER/St. BEUTLER, Vergleichende Werbung – die neue EU-Richtlinie im Vergleich mit dem schweizerischen Recht, sic! 1998, 261 ff., 261 f. A. A. scheinen FIKENTSCHER/MÖLLERS (Fn. 9), 1343, mit Bezug auf Art. 14 der Fernabsatz-Richtlinie, zu sein.

⁶⁴ AG Kiel, Urt. vom 30. September 1999, K&R 200, 201 ff. Vgl. dazu WEBER (Fn. 5), 282. U. WUERMLING/T. WOLBER, Unverlangte E-Mail-Werbung, Datenschutz-Berater, 2001, 11 ff., nennen dieses Urteil einen «Ausreisser in der

Rechtsprechung». Die Begründung des AG Kiel lautete im Wesentlichen dahin, dass der Inhalt der E-Mail Werbung nicht als Werbung, sondern als konkretes Vertragsangebot zu betrachten sei. Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden.

⁶⁵ Vgl. auch Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU (Fn. 14); eher zweifelnd am Erfolg der freiwilligen Selbstregulierung: AYAD (Fn. 7), 542.

⁶⁶ Vgl. Fn. 10. Dazu BRUNNER (Fn. 28), 42; M. C. SENN, Das Verfahren vor der SLK, sic! 1999, 697 ff., 699, m.w.H.; SLKE vom 2. November 2000, («ZürichExpress c. 20Minuten»), E. 1, sic! 2/2001, 174 (m.w.H.).

⁶⁷ Verband der deutschen Internetwirtschaft, «eco» Electronic Commerce Forum e.V.; publiziert am 25. Juni 2001 unter www.eco.de/presse/mitteilungen/2001.

⁶⁸ Richtlinien der IHK über Direkt-Marketing, Direktwerbung und Internetwerbung (abrufbar in deutscher Sprache unter www.icc-deutschland.de); siehe insbesondere die «ICC-Richtlinie zur interaktiven Marketingkommunikation im Internet, Art. 5 Ziff. 6. Siehe dazu WEBER (Fn. 5), 271; JÖHRI (Fn. 6), 66; SAGER-GLUR (Fn. 8), 71 ff.; SENN (Fn. 8), 103 f.; ferner DAVID/REUTTER (Fn. 26), XLII.

⁶⁹ Zu beziehen unter www.easa-alliance.org. Dazu A. BRUNNER, Zur Praxis der SLK, recht 2001, 1 ff., 9; SENN (Fn. 66), 700, Fn. 2.

⁷⁰ Vgl. dazu die Ergebnisse der Andersen-Studie (Fn. 16) und die Studie GAUTHRONET/DROUARD (Fn. 8), 5 ff., die anschaulich beschreibt, wie und mit welchen Mitteln Daten gesammelt werden und wie die Adressen-Broker sie vermarkten.

⁷¹ Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU (Fn. 14).

⁷² Die neue BV gewährleistet nun explizit in Art. 12 Abs. 2 den «Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten». Vgl. dazu SCHWEIZER (Fn. 34), § 43 N 29, der zu Recht darauf hinweist, dass der «Datenschutz» bzw. das informationelle Selbstbestimmungsrecht (vgl. die nachfolgende Fn. 75) generell alle «Benachteiligungen der betroffenen Personen durch die Bearbeitung von Personendaten» vermeiden soll.

⁷³ Vgl. z.B. die Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses der EU (Fn. 14); siehe auch Tätigkeitsbericht 1999/2000 des Eidg. Datenschutzbeauftragten, 18 ff. (publiziert unter: www.edsb.ch).

⁷⁴ Mit «besonderem» Persönlichkeitsschutz ist hier der Datenschutz gemeint, der ja nicht die Daten als solche schützt, sondern den Persönlichkeitsschutz bzw. die Privatsphäre gewährleisten soll (siehe Art. 1 DSGVO); vgl. beispielsweise auch die EU-Telekommunikation-Datenschutz-RL, die ebenfalls vom «Schutz der Privat-

c) *Standesrecht*

Für die standesrechtlichen Bestimmungen von Verbänden oder anderen Institutionen im Rahmen der freiwilligen Selbstkontrolle findet sich eine Art von Verweisungsnorm in der «Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr» (Art. 16), worin die Organisationen «ermutigt» werden, Verhaltenskodizes aufzustellen⁶⁵. Diesem Gebot nachgekommen ist beispielsweise die Schweizerische Lauterkeitskommission für die Schweiz⁶⁶. In Deutschland hat der «Verband der Internetwirtschaft» eine entsprechende «Richtlinie über das E-Mail Marketing» aufgestellt⁶⁷. Auf internationaler Ebene stellte die Internationale Handelskammer (IHK) entsprechende Richtlinien auf⁶⁸. Auch die europäische Standesorganisation der Werbewirtschaft, die «European Advertising Standards Alliance» (EASA oder auch nur «Alliance» genannt) erliess Richtlinien zum Direkt-Marketing⁶⁹.

sphäre» spricht. Ausführlich dazu M. C. SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz, Bern 1998, 149 ff. (m.w.H.).

⁷⁵ Ausführlich dazu (jeweils mit Hinweisen): SCHWEIZER (Fn. 34), § 43 N 29; J. N. DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, 390 f.; J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, 44 f.; SENN (Fn. 82), 135 f.; G. GOUNALAKIS/E. MAND, Die neue EG-Datenschutzrichtlinie – Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht, CR 1997, 431 ff. und 497 ff., 432; BGE 122 I 153 E. 6b; 113 Ia 264. BGer, sic! 2001, 732, E. 3b, «Prominentenportrait»; R. H. WEBER, Information und Schutz Privater, in: Referate und Mitteilungen des Schweiz. Juristenvereins, 1999, 1 ff., 74, ordnet dieses Selbstbestimmungsrecht ausschliesslich dem Datenschutzrecht zu.

⁷⁶ BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 54 f. und 67; GLÖCKNER (Fn. 6), 73; SENN (Fn. 8), 111; ferner BAUMBACH/HEFERMEHL (Fn. 7), UWG 1 N 70a und 70b; vgl. auch LG Traunstein (Fn. 63). Diese Ansicht vertritt auch die SLK (vgl. NZZ vom 30. November 2001 und 23. Juni 2000; siehe auch JÖHRI (Fn. 6), 112, Fn. 444).

3. Persönlichkeits- und Datenschutz

a) *Informationelles Selbstbestimmungsrecht als Grundlage*

Einer der Gründe, weshalb die VerbraucherInnen den elektronischen Geschäftsverkehr vielfach nur zögernd angehen, ist die Furcht, dass durch Aktivitäten im Internet die Privatsphäre gefährdet und beeinträchtigt ist, indem ihre Entscheidungsmöglichkeit beschränkt wird. Denn durch den elektronischen Geschäftsverkehr wird eine Unzahl von Daten gesammelt⁷⁰ und verarbeitet, Datenspuren werden verfolgbar⁷¹. Damit entgleitet der betroffenen Person die Kontrolle über ihre Daten – wenn sie nicht schon (durch die Bearbeitung) faktisch entzogen wurde. Obschon staatliche Normen für einen adäquaten Datenschutz⁷² wie auch für einen freien Datenverkehr bestehen, zeigt die Praxis, dass der Datenschutz längst nicht gewährleistet wird⁷³. Abwehrmöglichkeiten ergeben sich indessen aus dem allgemeinen und besonderen⁷⁴ Persönlichkeitsschutz bzw. aus dem *informationellen Selbstbestimmungsrecht*⁷⁵.

b) *Allgemeiner Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ff. ZGB*

Eine E-Mail Werbung kann eine Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB darstellen, wenn dabei der Wille des Empfängers – oder grundsätzlich: sein informationelles Selbstbestimmungsrecht – missachtet wird, d.h. keine (mutmassliche) Einwilligung vorliegt. Nach richtiger Ansicht genügt der *mutmassliche* Wille des Empfängers, keine Nachrichten empfangen zu müssen⁷⁶; eine ausdrückliche⁷⁷ Kundgebung ist nicht zu verlangen. Ein mutmassliches Einverständnis ist einzig dann anzunehmen, wenn zwischen dem Anbieter und der Privatperson eine Kundenbeziehung besteht und ein

Sachzusammenhang zum Produkt gegeben ist⁷⁸.

Ist – in diesem Fall – die Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, ergeben sich die Ansprüche aus den Art. 28a ff.⁷⁹

c) *Besonderer Persönlichkeitsschutz: Datenschutz*

Die E-Mail Werbung stellt insofern eine mögliche Verletzung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen dar, als damit naturgemäss die Verwendung personenbezogener Daten einher- bzw. vorausgeht⁸⁰. Der Zugang zu diesen Daten kann unterschiedlich erfolgen. Daten können u.U. bereits aufgrund von Daten Spuren im Internet ausfiltriert werden⁸¹. Ansonsten werden sie aufgrund von Listen (mehr oder weniger) legal beschafft. Das Verwenden und Beschaffen der Daten stellt den Tatbestand der Datenbearbeitung nach Art. 3 lit. e DSGVO dar. Ansprüche ergeben sich einerseits aus dem Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO), andererseits – bei behaupteter Persönlichkeitsverletzung – aus Art. 12 f. DSGVO.

Die *Revision des DSGVO* geht in dieser Richtung noch weiter, indem sie eine *Informationspflicht* für Inhaber von Datensammlungen statuiert, wenn diese besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile (im Sinne von Art. 3 lit. c und d DSGVO) beschaffen; diese Informationspflicht geht also weiter als das Auskunftsrecht⁸². Verstärkt werden soll zudem – und richtigerweise – die (verfahrensmässige) Stellung der betroffenen Personen, indem diesen ein Anspruch auf *Untersagung der Datenbearbeitung* zugestanden wird⁸³. Der Inhaber der Datensammlung muss die Datenbearbeitung unverzüglich einstellen, wenn es die betroffene Person verlangt⁸⁴. Das entspricht in etwa der «Opt-out»-Regelung⁸⁵ und dient der Transparenz im Datenschutzbereich

auch im Hinblick auf den elektronischen Handel⁸⁶.

4. EU-Recht

a) *Allgemeines*

Die EU regelt die Fragen über un verlangtes Zusenden kommerzieller Kommunikationen in unterschiedlichen Erlassen. Auch die Terminologie ist nicht wort-identisch⁸⁷, der Schutzbereich ist indessen derselbe.

b) *E-Commerce Richtlinie*

Diese Richtlinie will den uneingeschränkten und ungehinderten elektronischen Geschäftsverkehr gewährleisten (Erwägungsgrund Nr. 3). Die Richtlinie hält weiter fest, dass das Zusenden von kommerziellen Kommunikationen durch elektronische Post unerwünscht sein und zudem das reibungslose Funktionieren interaktiver Netze beeinträchtigen kann (Erwägungsgrund Nr. 30). Aus diesen Gründen wurden entsprechende Bestimmungen erlassen: Das Zusenden «nicht angeforderter kommerzieller Kommunikationen» gilt als nicht erwünscht und es wurden dementsprechend Mindestanforderungen in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr⁸⁸ erlassen. Nebst der Beachtung der Bedingungen zur allgemeinen Informationspflicht (Art. 6) müssen Anpreisungen als solche klar und unzweideutig erkennbar sein (Art. 7 Abs. 1); zudem sind die Anbieter verpflichtet, die so genannten Robin-son-Listen zu beachten (Abs. 2).⁸⁹

⁷⁸ Diese Regel gilt zwar für lauterkeitsrechtliche Aspekte, kann aber bezüglich der Frage des Einverständnisses im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit auch innerhalb des Persönlichkeitsrechts herangezogen werden. Siehe dazu BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 55 und 67; BAUMBACH/HEFERMEHL (Fn. 7), UWG 1 N 70a und 70b (m.H.); SENN (Fn. 8), 106.

In diesem Sinne ist auch der GS Nr. 4.4 der SLK formuliert, wonach die zwei Voraussetzungen der bestehenden *Kundenbeziehung* und des *Sachzusammenhangs* für ein unlauteres Verhalten verlangt werden. Im Bereich des kaufmännischen Verkehrs («B2B») wird indessen eine Kundenbeziehung vermutet (GS Nr. 4.4 Abs. 2).

⁷⁹ Vgl. dazu beispielsweise BAUDENBACHER (Fn. 8), UWG 3 lit. h N 54 f.

⁸⁰ ROSENTHAL (Fn. 30), 204; WEBER (Fn. 5), 461.

⁸¹ WEBER (Fn. 5), 449 (m. w. H.).

⁸² Siehe dazu Vernehmlassungsentwurf (Vorentwurf/VE) zur Teilrevision des DSGVO, Bern, August 2001, 21; diese Informationspflicht ist in Art. 7a des VE festgehalten.

⁸³ Im VE (vgl. vorangehende Fn. 82) in Art. 15a vorgesehen.

⁸⁴ Vernehmlassungsentwurf (Fn. 82), 27. Bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes kann die Bearbeitung indessen fortgesetzt werden (Art. 15a Abs. 2 VE).

⁸⁵ Vgl. dazu Ziff. IV. 2. b oben.

⁸⁶ Vernehmlassungsentwurf (Fn. 90), 35.

⁸⁷ Beispielsweise spricht die Richtlinie 97/66 «über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation» vom 15. Dezember 1997 («Telekommunikation-Datenschutz-RL»; ABl 1998 L 24/1 vom 30. Januar 1998) von «unerbetenen *Anrufen*» mittels Fax für die Zwecke des Direkt-Marketing (Art. 12); der entsprechende Änderungsvorschlag indessen von «unerbetenen *Nachrichten*» (Art. 13 des Vorschlages für eine Richtlinie der EU über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der elektronischen Telekommunikation, KOM (2000) 385 vom 12. Juli 2000; (vgl. dazu WEBER (Fn. 5), 283); demgegenüber die E-Commerce-Richtlinie in Art. 7 von «nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation». Vgl. zur Terminologie die Ausführungen bei SAGER-GLUR (Fn. 8), 81; JÖHRI (Fn. 6), 124, insbes. Fn. 506.

⁸⁸ EU-Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vom 8. Juni 2000 (abgekürzt «Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr», ABl 17. Juli 2000, L 178/1).

⁸⁹ Vgl. auch WEBER (Fn. 5), 279 f.; AYAD (Fn. 7), 537; SAGER-GLUR (Fn. 8), 81 f.; JÖHRI (Fn. 6), 124 f.; ferner LEHMANN (Fn. 5), 519. Siehe auch die Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Dezember 1999 über den elektronischen Handel, JKR 2000, Bern 2000, 391 ff.

«Die Frage der Zustimmung der Empfänger bestimmter Formen der nicht angeforderten kommerziellen Kommunikation ist (allerdings) nicht

Gegenstand dieser Richtlinie»⁹⁰, sondern der Fernabsatz-Richtlinie.

c) *Fernabsatz-Richtlinie*

Die Fernabsatz-RL⁹¹ hat die Angleichung der Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Anbietern und Verbrauchern zum Gegenstand (vgl. Art. 1). Sie will die Stellung der Verbraucher stärken und gleichzeitig den grenzüberschreitenden Absatz von Produkten fördern. Die RL beschränkt dementsprechend die Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel: Danach dürfen andere Kommunikationsmittel als Fax nur dann eingesetzt werden, falls der Verbraucher diese Verwendung nicht offenkundig ablehnt (Art. 10). Doch können die Mitgliedstaaten strengere Bestimmungen erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu erlassen (Art. 14)⁹². Die einschränkende Aufzählung bestimmter Kommunikationsmittel, bei denen eine vorherige Zustimmung des Verbrauchers verlangt wird, und beispielsweise die Zusage von E-Mails nicht ausdrücklich verbietet, hat zu kontroversen Ansichten geführt⁹³. Diese Frage ist indessen nicht weiter zu verfolgen, da einer neueren Telekommunikations-Datenschutz-RL ein anderes, griffigeres Instrument auf EU-Ebene geschaffen wurde (siehe sogleich).

d) *EU-Datenschutz-Richtlinie*

Die (allgemeine) Datenschutz-Richtlinie der EU⁹⁴ schreibt Mindestbestimmungen zum «Schutz der Grundrechte und der Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten» vor (Art. 1 Abs. 1). Sie regelt aber die hier zur Diskussion stehenden Fragen nicht, weshalb innerhalb der EU «Vorkehrungen zu treffen (waren), um die Teilnehmer gegen das Eindringen in

ihre Privatsphäre durch unerbetene Anrufe (...) zu schützen»⁹⁵. Diesem Postulat kommt die Telekommunikations-Datenschutz-RL nach.

e) *(Neue) Telekommunikations-Datenschutz-Richtlinie*

Die Telekommunikations-Datenschutz-RL⁹⁶ dient dem Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung von Personendaten im Bereich der Telekommunikation. Die Bestimmungen dieser Richtlinie stellen eine Ergänzung zur allgemeinen Datenschutz-Richtlinie dar.

Die Telekommunikations-Datenschutz-RL bedarf einer Überarbeitung, da sie teilweise nicht mehr dem aktuellen Stand der Informationstechnologie entspricht. Die EU hat das erkannt und will u.a. gewisse Ausdrücke *technologieneutral* ausgestalten: Beispielsweise soll der Ausdruck «Anruf» durch den Begriff «Nachricht»⁹⁷ ersetzt werden⁹⁸.

Die überarbeitete Richtlinie⁹⁹ soll nun ausdrücklich vorschreiben, dass auch die Verwendung von «elektronischer Post» für die Zwecke jeder Art des Direkt-Marketing (also nicht bloss bei Faxwerbung mittels «Anruf») nur bei Einwilligung¹⁰⁰ der Teilnehmer erlaubt ist. Die Begründung zum Vorschlag der neuen Richtlinie hält dazu fest, dass «das Spamming (...) also verboten wird ausser in Bezug auf Teilnehmer, die angegeben haben, dass sie unerbetene E-Post für Zwecke der Direktwerbung erhalten wollen»¹⁰¹.

Mit der geplanten Bestimmung wird nun ausdrücklich festgehalten, was allgemein schon gewünscht wurde: das unverlangte Direkt-Marketing, insbesondere die E-Mail Werbung (Junk-Mails), ist nicht zulässig.

V. Ausblick

E-Mail Werbung muss nicht zwangsläufig belästigend sein. Es gibt durchaus Situationen, wo diese Vermittlung sogar erwünscht sein kann. Die Frage

⁹⁰ So der Erwägungsgrund Nr. 30 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr.

⁹¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl 1997 L 144/19 vom 4.6.1997). Vgl. dazu VEHSLAGE (Fn. 28), 656.

⁹² Vgl. dazu WEBER (Fn. 5), 280 ff.; AYAD (Fn. 7), 536. Siehe auch die Empfehlung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 7. Dezember 1999 über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz, JKR 2000, Bern 2000, 401 ff.

⁹³ Vgl. dazu die Darstellung bei WEBER (Fn. 5), 281.

⁹⁴ Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl L 281/31 vom 23. November 1995), abgekürzt (allgemeine) «Datenschutz-RL». Dazu H. BURKERT/R. J. SCHWEIZER, Telemarketing und der Schutz vor Weitergabe sensibler Daten nach der EG-Richtlinie vom 23. Oktober 1995 und nach schweizerischem Recht, JKR 1998, Bern 1998, 85 ff.; GOUNALAKIS/MAND (Fn. 75), 431 ff.

⁹⁵ Erwägungsgrund Nr. 22 der Telekommunikations-Datenschutz-RL (siehe sogleich).

⁹⁶ Vgl. schon Fn. 71; vgl. auch AYAD (Fn. 7), 536.

⁹⁷ Als «Nachricht» wird dabei «jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder übertragen wird», als «Anruf» eine «über einen öffentlich zugänglichen Telefondienst aufgebaute Verbindung, die eine zweigleisige Echtzeit-Kommunikation ermöglicht» verstanden (Art. 2 Abs. 2 lit. d bzw. lit. e des Vorschlages). Diese beiden Begriffe werden neu eingeführt, um «zur harmonischen Umsetzung der einschlägigen Artikel in der ganzen Gemeinschaft beizutragen» (S. 2 der Begründung).

⁹⁸ Vorschlag für die Telekommunikations-Datenschutz-RL, Seite 5 der Begründung.

⁹⁹ Art. 13 des Vorschlages für die Telekommunikations-Datenschutz-RL.

¹⁰⁰ Von «vorheriger» Einwilligung wird im Vorschlag interessanterweise nicht mehr gesprochen; bei WEBER (Fn. 5), 283, ist dieses Wort allerdings erwähnt.

¹⁰¹ Vorschlag für die Telekommunikations-Datenschutz-RL, S. 5 der Begründung.

ist bloss, wie und unter welchen Umständen das zu bewerkstelligen ist. Zum Einen steht dabei die Frage zur Diskussion, ob man mittels Kennzeichnung das Thema entschärfen kann. Zum Anderen gäbe es die Möglichkeit, klare Vorgaben aufzustellen, nach welchen sich die Anbieter zu richten hätten.

1. Zur Frage der Kennzeichnung

Gleich wie bei anderen Werbemedien (beispielsweise Printmedien und TV) wird teilweise verlangt, dass solche kommerziellen Nachrichten mittels E-Mails gekennzeichnet werden müssten¹⁰². Das hätte sicherlich Vorteile; hilft aber letztlich nicht darüber hinweg, dass man das Problem damit eigentlich nicht gelöst hat. Mit AYAD ist darauf hinzuweisen, dass die Kennzeichnung von Werbe-E Mails entgegen weit verbreiteter Behauptungen nicht ohne weiteres *vor* dem Herunterladen (downloading) erkannt werden kann. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn man «durch die Benutzung eines so genannten POP3-Zugriffs im Rahmen eines Outlook-Programms dazu gezwungen wird, E-Mails auf die Festplatte zu laden, bevor diese zu erkennen sind»¹⁰³. Zudem würde, falls die frühzeitige Ausfiltrierung technisch realisiert ist, ein generelles Verbot dazu führen, dass Personen, die nichts dagegen haben oder es sogar wünschen, keine E-Mails mehr erhalten würden.

Abgesehen davon räumt die Kennzeichnungspflicht an sich auch nicht die Unzulässigkeit von unverlangten E-Mail Werbungen aus dem Weg. Auch gekennzeichnete, aber unverlangte Werbe E-Mails bleiben unzulässig.

2. Vorschläge

Die Kennzeichnungspflicht ist also kein taugliches Mittel. Es sind dem-

nach andere Möglichkeiten einzubeziehen: Im Hinblick auf die Respektierung des Rechts zur informationellen Selbstbestimmung¹⁰⁴ ist die Politik zum Schutz der Privatsphäre anzuwenden. Das bedeutet zum Einen die Einwilligung¹⁰⁵ des Empfängers von E-Mail Werbung als Grundvoraussetzung. Diese Einwilligung kann u.a. durch vorgängiges Konsultieren von (Robinson-)Listen¹⁰⁶ als so genannten «opt-out-Register» eingesehen oder aufgrund einer (zulässigen) vorgängigen Kontaktnahme¹⁰⁷ eingeholt werden. Dieses Verhalten der Anbieter entspräche denn auch den Grundsätzen des *Permission marketings*¹⁰⁸.

Im Interesse aller, also auch der Anbieter, drängt sich eine saubere, transparente Regelung bzw. Handhabung von Werbebotschaften mittels elektronischer Kommunikationsmittel, insbesondere für E-Mail Werbung, auf. Wenn nicht die staatlichen Behörden dem nachkommen (wollen), so obläge es eigentlich den Landesorganisationen, hier eine Art von Codex zu schaffen.

Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass man durch Werbung mit E-Mails schon aufgrund der geringen Akzeptanz kaum zu jenen Reaktionen gelangt, wie man es sich vielleicht einst erhoffte. Nebst dieser negativen Meldung bestehen zahlreiche rechtliche Schranken, die die neue Form des (elektronischen) Direkt-Marketings erheblich einschränken können oder den anvisierten Erfolg zumindest in Frage stellen. E-Mail Werbung kann unter zivil- und lauterkeitsrechtlichen Titeln als unzulässig beurteilt werden: Die Bestimmungen des Eigentums-, Besitzes- und des Persönlichkeitsschutz des ZGB sowie jene des Datenschutzgesetzes sind brauchbare Instrumente gegen unerwünschte kommerzielle Zusendungen. Daneben bestehen die lauterkeits-

rechtlichen Bestimmungen des UWG, insbesondere Art. 2 UWG, sowie die einschlägigen Normen der Selbstkontrollorgane. Zudem hat sich die EU bereits mit diesem Thema beschäftigt und in verschiedenen Richtlinien entsprechende Vorschriften erlassen, so dass mindestens in der grenzüberschreitenden elektronischen Kommunikation klare Vorgaben gegen unverlangte Zusendungen kommerzieller Art bestehen. Damit dürfte die Euphorie auch in diesem Teil des E-Commerce erheblich gedämpft worden sein. Indessen könnten Verhaltensregeln (wie das klare Kennzeichnen von E-Mail Werbung und das Beachten von «opt-in»-Listen) diese Form der kommerziellen Kommunikation im Interesse beider Seiten – der Anbieter wie der Abnehmer – zu einem letztlich doch tauglichen und akzeptierten Mittel werden lassen.

¹⁰² Vgl. WEBER (Fn. 5), 276; JÖHRI (Fn. 6), 87 f.; AYAD (Fn. 7), 543 f.; BAUMBACH/HEFERMEHL (Fn. 7), UWG I N 70a; J. M. SCHMITTMANN, Zulässigkeit von E-Mail-Werbung, CR 1998, 499 f.

¹⁰³ AYAD (Fn. 7), 543. Abgesehen davon gibt es – entgegen den Feststellungen von WEBER (Fn. 5), 276, und JÖHRI (Fn. 6), 115 – Programme, die die Anti-Spam-Filter der Mailserver überlisten können (vgl. Studie GAUTHRONET/DROUARD [Fn. 6], 5; SAGER-GLUR [Fn. 8], 182). Mit leichtem Zweifel am Erfolg der Kennzeichnungspflicht offenbar auch BAUDENBACHER (Fn. 8), Art. 3 lit. h N 69.

¹⁰⁴ Siehe oben Ziff. IV. 4. und Fn. 75.

¹⁰⁵ Wobei gewisse (täuschende) Praktiken zu unterlassen sind: Beispielsweise gibt es Fälle, wo ein Benutzer einer Website einen OK-Button in einem Dialogfeld versehentlich anklickt, in dem er gefragt worden war, ob er diese Seite zu seinen Favoriten hinzufügen möchte (vgl. Studie GAUTHRONET/DROUARD [Fn. 6], 10).

¹⁰⁶ AYAD (Fn. 7), 543; JÖHRI (Fn. 6), 86 f. und 115 f.; SAGER-GLUR (Fn. 8), 125 f., 181 und 253.

¹⁰⁷ Studie GAUTHRONET/DROUARD (Fn. 6), 4.

¹⁰⁸ Studie GAUTHRONET/DROUARD (Fn. 6), 4 f.

Résumé

De par son acceptabilité réduite déjà, la publicité par E-mail ne paraît pas produire les résultats escomptés. Mis à part ce constat négatif, il existe de nombreux obstacles juridiques qui peuvent constituer d'importantes restrictions à cette nouvelle forme (électronique) de marketing direct (ou qui du moins remettent en question le résultat escompté). Tant sur le plan du droit civil que celui du droit de la concurrence, la publicité par E-mail peut être jugée illicite: les dispositions

du CC sur la protection de la propriété, de la possession et de la personnalité, ainsi que celles de la loi sur la protection des données, constituent des instruments adaptés contre les envois commerciaux indésirables. En outre, on peut se référer aux dispositions en matière de concurrence déloyale, en particulier à l'art. 2 LCD, ainsi qu'aux prescriptions topiques des organismes d'autorégulation. De plus, l'UE s'est penchée sur ce sujet et a édicté dans différentes directives des prescriptions qui formulent des objectifs clairs contre les envois non désirés de nature

commerciale, du moins en ce qui concerne les communications électroniques transfrontalières. Ainsi, dans ce secteur de l'E-Commerce également, l'euphorie devrait notablement décroître. Toutefois, des règles de comportement (comme la signalisation claire de la publicité diffusée par E-mail et l'observation des listes «opt-in») pourraient, tant dans l'intérêt des fournisseurs que de celui des consommateurs, transformer finalement cette forme de communication commerciale en un instrument approprié et accepté.

