

VI. Werbe-Email

A. Gegenstand

Das Versenden von Email mit werbendem Inhalt ist zum populären Mittel für die Bekanntmachung von Gütern, Dienstleistungen oder Anbietern geworden¹. In Internet-Kreisen spricht man von „spamming“ oder „Spam-Email“².

Werbung per Email ist kostengünstig. Selbst das Erreichen eines Millionenpublikums stellt keine erhebliche finanzielle Belastung dar³. Viele rechnen deshalb mit einer steten Zunahme von Werbe-Email, falls eine Regulierung durch den Gesetzgeber oder durch eine klare Rechtsprechung ausbleibt⁴.

Der Werber verschickt die Werbe-Email über ein dafür spezialisiertes Unternehmen, welches über eine umfangreiche Sammlung von Email-Adressen verfügt⁵. Dabei wird die Werbe-Email zumeist an alle verfügbaren Adressen verschickt. Wegen den geringen

¹ Laut Erkenntnissen aus den USA handelt es sich nicht mehr nur um Werbung für Leistungen z.B. aus der Erwachsenenunterhaltung oder für Glücksspiele, sondern zunehmend auch für herkömmliche Produkte. Gleichzeitig wird in den USA ein enormer Zuwachs von Werbe-Email registriert, vgl. Wired News, October 27, 2000, Glasner, Joanna: „Oh Yum: There’s More Spam“; <<http://www.wired.com/news/culture/0,1284,39832,00.html>>, sowie Heels (Spam), 20 ff., der 100 Werbe-Email-Sendungen auf Präsentation, Inhalt und Empfinden beim Empfänger untersuchte.

² Jöhri (Werbung), 74. Ungewiss ist die Herkunft des „Spam“-Begriffs. Weit verbreitet ist die Meinung, er stamme aus einer Folge der Monty Python’s Flying Circus-Serie, in der ein Mann immerzu das Wort „Spam“ wiederholt, bis die übrigen Anwesenden rasend werden, vgl. Freitag/Busemann (elektronische Post), 476, FN 6; Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1018 (S.D. Ohio 1997), Hawley (Spam), 382.

³ Glöckner (Telemarketing), 73.

⁴ So etwa zwei deutsche Gerichte, vgl. LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998 171, 172; LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999 187, 188. Zweifel an der Zunahme von Werbe-Email hegt Jöhri (Werbung), 109, m.H.a. Freitag/Busemann (elektronische Post), 478, weil Werbe-Email einen schlechten Ruf habe, und Anbieter sie deshalb nicht in grossem Ausmass verwenden würden. Ebenfalls zurückhaltend: Busche/Kraft (electronic mail), 1148.

⁵ Aus den USA ist das Unternehmen Cyber Promotions, Inc. bekannt, vgl. Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1017 (S.D. Ohio 1997): „Defendants Cyber Promotions, Inc. and (...) are in the business of sending unsolicited e-mail advertisements on behalf of themselves and their clients to hundreds of thousands of Internet users (...)“.

Versandkosten ist bedeutungslos, ob darunter auch Empfänger sind, die schon zum vornherein nicht als Kunden in Frage kommen. Darin liegt der grosse Unterschied zu anderen Werbeformen, etwa dem Direktmailing mit physischen Postsendungen. Diese werden aufgrund des hohen Preises für eine einzelne Sendung nur an mutmassliche Abnehmer der beworbenen Leistung verschickt.

Aufgrund der tiefen Versandkosten hat Werbe-Email das Potential, weit häufiger als andere Formen der Direktwerbung verwendet zu werden⁶. Als Folge davon würde jeder einzelne Internet-Nutzer viel Werbe-Email erhalten, worin häufig Leistungen angepriesen wären, die weitab von den Bedürfnissen des Empfängers liegen⁷. Unter diesen Umständen wird Werbe-Email zur Belästigung.

Im Zuge der allgemeinen Leistungssteigerung von Soft- und Hardware sowie der Datenübertragungsraten wird Werbe-Email künftig auch als Graphik, Tonübertragung oder als kleinere Filmsequenz in Erscheinung treten⁸. Für Internetnutzer, deren Ausstattung nicht auf dem neuesten Stand ist, werden derart grosse Datenpakete eine Belastung sein.

B. Übersicht

Die Untersuchung beginnt mit einer ökonomischen Betrachtung. Email-Werbung hat einerseits positive Effekte, weil sie die Suchkosten der Nutzer verringert und den Wettbewerb intensiviert. Andererseits wirkt sie sich negativ aus, wenn die Nutzer das Aus-sortieren und Herunterladen von Werbe-Email als Belästigung empfinden.

Die nachfolgende Betrachtung der Rechtslage in den USA liefert hervorragendes Anschauungsmaterial für die Regulierung von Werbe-Email. Nachdem in den USA die Zulässigkeit von Werbe-Email zunächst unter Anwendung von Common Law beurteilt wurde, haben mittlerweile zahlreiche Einzelstaaten sowie der Bund Spezialgesetze erlassen oder vorgeschlagen. Darin werden zahlreiche Regelungsmechanismen ersichtlich.

In der Schweizer Literatur lassen sich verschiedene Rechtsauffassungen über Werbe-Email finden. Jedoch haben weder der Gesetzgeber noch Gerichte bisher gehandelt. Erste

⁶ Weber (E-Commerce), 275.

⁷ Rosenthal (Werbe-E-mail), 203, spricht von „Streuverlusten“.

⁸ So auch die Einschätzung des LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998 171, 172.

Lehrmeinungen vertraten eine strenge Handhabe von Werbe-Email. Im Verlaufe der Zeit setzte sich eine differenzierte Haltung durch. Danach sei Werbe-Email zunächst keine aggressive Werbung im Sinne von Art. 3 lit. h UWG, weil das dazu erforderliche Tatbestandsmerkmal der beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit fehle. Auch lasse sich Werbe-Email nicht deswegen verbieten, weil die Nachahmung durch zahlreiche weitere Versender und eine daraus folgende einschneidende Belästigung zu befürchten sei. Denn dem einzelnen Versender dürfe man nicht das Verhalten anderer Versender anrechnen. Nach der jüngeren Lehre ist Werbe-Email zulässig, wenn sie als solche erkennbar ist, nicht irreführt, sich mühelos beseitigen lässt und korrekte Absenderangaben enthält.

Ein Exkurs, in welchem die deutsche Rechtsprechung zur Werbe-Email-Problematik betrachtet wird, zeigt ebenfalls eine Verschiebung von einer harten Haltung hin zu einer differenzierten Handhabe.

Die Ergebnisse aus den vorausgegangenen Untersuchungen sind vielfältig. Erstens lässt sich trotz der kurzen Zeit, in welcher sich das Recht mit Werbe-Email auseinanderzusetzen hatte, bereits eine Entwicklung beobachten, die an dieser Stelle dargestellt und zu begründen versucht wird. Zweitens werden Überlegungen aus der ökonomischen Betrachtung in die Interpretation des schweizerischen UWG eingebracht. Und drittens werden Regulierungsvorschläge für die Schweiz diskutiert und konkrete Regeln vorgeschlagen. Dabei sind die ökonomischen Erkenntnisse und die Grundprinzipien des Schweizer UWG die Leitlinien. Einige Regelungsinstrumente aus den USA dienen als Vorschläge für die konkrete Umsetzung.

C. Ökonomische Betrachtung insbesondere der Transaktionskosten

Der volle Preis, den der Abnehmer für eine Leistung bezahlt, setzt sich zusammen aus der zumeist in Geld beglichene Gegenleistung und den Transaktionskosten, die hauptsächlich aus Suchkosten bestehen⁹. Suchkosten entstehen, weil der Abnehmer vor dem

⁹ Menke (Werbung), 719, m.H.a. Ehrlich/Fisher, Am. Econ. Rev. 72 (1982), 366 ff. Er nennt die Suchkosten allgemeiner „Informationskosten“. Danach sind „Informationskosten (...) die Kosten der Informationssuche und -verarbeitung. Sie bestehen aus Sach- und vor allem aus Opportunitätskosten im Sinne von Zeitkosten.“ Zu den Suchkosten kommen die Verhandlungs- und Durchsetzungskosten hinzu, vgl. Coase (Social Cost), 15; Cooter/Ulen (Law & Economics), 88. Bei Käufen „von der Stange“ sind sie jedoch bedeutend kleiner als die Suchkosten und werden deshalb an dieser Stelle vernachlässigt.

Kauf unter Aufwand von Zeit die angebotenen Leistungen mit seinen Bedürfnissen vergleicht.

Werbe-Email hat auf Verbraucherseite zwei gegenläufige Effekte. Einerseits trägt Werbe-Email Informationen über Produkte an den Verbraucher heran, wodurch sich für diesen die Suchkosten bei künftigen Käufen verringern. Andererseits verursacht Werbe-Email auch Kosten beim Verbraucher, weil sie Kosten für die Telefonverbindung zum Provider und ein Risiko des Überlaufens der Mailbox verursacht. Grösster Kostenpunkt von Werbe-Email beim Empfänger sind aber wohl der Zeitaufwand zum Aussortieren sowie die allfällige Verärgerung.

Gesamtwirtschaftlich kann Werbe-Email wünschenswerte Effekte haben¹⁰. Zum einen kommuniziert der Anbieter mit Hilfe von Werbe-Email seine Preise günstig an die Abnehmerschaft¹¹. Die Abnehmer informieren sich dadurch leichter über Preise und beachten diese auch aufmerksamer. Die damit erwirkte Preissensitivität der Abnehmer führt zu verstärktem Wettbewerb zwischen den Anbietern und damit tendenziell zu tieferen Preisen. Preise sind im Zusammenhang mit dieser Wirkungsfolge aber nur ein Beispiel. Auch Qualitätsmerkmale lassen sich den Abnehmern günstiger mitteilen. Zum anderen senkt Werbe-Email die Marktzutrittskosten für neue Mitbewerber. Der neue Anbieter kann seine Leistung bei den Abnehmern kostengünstig bekanntmachen und deshalb leichter mit anderen Wettbewerbern in Konkurrenz treten.

Der volle Preis einer Leistung, der sich aus finanzieller Gegenleistung und Suchkosten zusammensetzt, lässt sich folglich dank kostengünstigen Werbeformen wie Email auf zweierlei Weise senken. Einerseits entsteht durch die intensivierete Konkurrenz Druck auf den nominalen Preis. Andererseits sinken die Suchkosten des Abnehmers. Diesen Gewinnen sind die Kosten gegenüberzustellen, welche der Nutzer in Form der Belästigung durch ein mögliches Übermass an Werbe-Email zu tragen hat.

Ökonomisch betrachtet, gibt es damit ein optimales Ausmass von Werbe-Email. Werbe-Email ist solange wünschenswert, als der gesamtwirtschaftliche Gewinn durch die

¹⁰ Vgl. auch die gesamtwirtschaftliche Betrachtung bei Funk (Grenzen), 413: „Durch ein schnelles und kostengünstiges Kommunikationsmedium wird ein wichtiger Beitrag zur Schaffung europa- und weltweit transparenter Märkte geleistet, was im Ergebnis deutliche Wohlfahrtsgewinne zur Folge haben kann. Hierdurch verbessert sich die Vergleichbarkeit von Angeboten, was den Wettbewerb verstärkt und so tendenziell zu sinkenden Preisen führt.“

¹¹ Nach Funk (Grenzen), 412 f., lassen sich Angebote mittels Werbe-Email zu weit geringeren Kosten kommunizieren als mit herkömmlichen Übertragungsmitteln.

letzte Werbe-Email-Nachricht in Form intensivierter Konkurrenz und verbesserter Information der Abnehmer die Kosten der Belästigung noch zu decken vermag. Mit anderen Worten ist Werbe-Email ökonomisch erwünscht, solange ihr Grenznutzen die Grenzkosten übersteigt.

Jeder Nutzer des Internets macht sich hierbei jedoch seine eigene Rechnung. Eine Vielzahl unterschiedlicher Präferenzen ist denkbar. Z.B. werden einige Nutzer jede Werbe-Email als so grosse Belästigung empfinden, dass der damit einhergehende Gewinn immer aufgezehrt wird. Andere halten möglicherweise zehn Werbe-Email-Nachrichten pro Woche für zumutbar. Und Dritten geht es nicht um die Anzahl, sondern um die damit beworbenen Güter. Solange sie Werbe-Email zu interessanten Produkten erhalten, erlangen sie einen Gewinn, der die Belästigung durch die Werbe-Email aufwiegt.

Eine aus ökonomischer Sicht anzustrebende Lösung des Problems der Werbe-Email lässt individuell für jeden Nutzer die optimale Anzahl von Werbe-Email-Nachrichten zu. Ein gänzlich Verbot von Werbe-Email wäre nur sinnvoll, wenn sich alle Nutzer durch jegliche Werbe-Email belästigt fühlen würden. Umfassende Freiheit dagegen wäre nur dann wünschenswert, wenn alle Nutzer aus beliebig viel Werbe-Email stets noch einen Gewinn schöpfen, der die damit verbundene Belästigung übersteigen würde. Beide Szenarien scheinen unwahrscheinlich. Die Lösung liegt dazwischen. Die gesamtwirtschaftlich beste Lösung erlaubt Empfang und Blockierung von Werbe-Email nach persönlicher Präferenz des einzelnen Nutzers.

D. Rechtslage in den USA

1. Übersicht

In den USA haben sich der Gesetzgeber, die Gerichte und die Literatur mit dem Problem der Werbe-Email auseinandergesetzt.

Zwei Common Law-Regeln waren zunächst die rechtliche Grundlage zur Handhabung von Werbe-Email. Die erste nennt sich „trespass to chattels“ und schützt bewegliches Eigentum. Danach ist Werbe-Email unzulässig, weil sie auf die Infrastruktur des Internet Service Providers (ISP) einwirkt. Zweitens ist Werbe-Email in der U.S.-Literatur unter dem Aspekt untersucht worden, ob ihr Versender in widerrechtlicher Weise das Verpflichtungsverhältnis zwischen ISP und Nutzer stört.

Zwischenzeitlich haben in den USA viele Einzelstaaten Gesetze betreffend Werbe-Email erlassen, oder sie stehen kurz davor. Auch auf Bundesebene werden verschiedene Gesetzesentwürfe diskutiert. Diese Gesetze und Gesetzesvorschläge bieten eine reiche Auswahl an möglichen Regelungsinstrumenten.

An dieser Stelle geht es nicht um das geltende U.S.-Recht, sondern um die dort ersichtlichen Regulierungsmöglichkeiten als Hilfestellung und Inspiration bei der rechtlichen Handhabung von Werbe-Email in der Schweiz. Für neueste Informationen über den Stand der U.S.-Gesetzgebung in Bund und Einzelstaaten sei auf Quellen im Internet verwiesen¹².

2. Common Law

2.1 Trespass to Chattels

2.1.1 Rechtsgrundlage für den ISP

„Trespass to chattels“ lässt sich als Missachtung fremden Eigentums an einer beweglichen Sache erklären. Erscheinungsformen sind einerseits Entzug und Aneignung der Sache und andererseits deren Gebrauch und die Einwirkung¹³ darauf¹⁴. Sogar elektrische Signale können eine widerrechtliche Einwirkung darstellen¹⁵. Eine Veränderung des angegriffenen Gegenstandes ist nicht Voraussetzung für den Rechtsschutz¹⁶.

In Zusammenhang mit Werbe-Email wechseln keine beweglichen Sachen den Besitzer. Hingegen wirkt der Versender auf die Infrastruktur des Internet Service Providers (ISP) ein¹⁷. Das Zusenden zahlreicher unerbetener Email absorbiert einen Teil der

¹² Vgl. die ständig aufdatierte Website der Coalition Against Unsolicited Commercial Email (CAUCE) unter <<http://www.cauce.org/>>, mit Links zu regionalen Untergruppen in Europa, Australien und Indien.

¹³ In den USA spricht man von „intermeddling“, vgl. Kosiba (Legal Relief), 194 f., m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 217 (1965).

¹⁴ Restatement (Second) of Torts § 217 (1965) lautet: „A trespass to a chattel may be committed by intentionally (a) dispossessing another of the chattel, or (b) using or intermeddling with a chattel in the possession of another.“

¹⁵ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D. Ohio 1997), m.H.a. *Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek*, 46 Cal.App.4th 1559, 1567; 54 Cal.Rptr.2d 468 (1996).

¹⁶ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D. Ohio 1997), m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 218, comment h.

¹⁷ *Hawley (Spam)*, 394 f.

Leistung der Infrastruktur des ISP¹⁸. Mitunter verlangsamt sich die Zulieferung sämtlicher Email sowie anderer Daten¹⁹.

Damit nach U.S.-amerikanischem Common Law Widerrechtlichkeit wegen „trespass to chattels“ vorliegt, müssen neben der objektiven Einwirkung auf das fremde Eigentum zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Die Einwirkung muss erstens absichtlich²⁰ erfolgen²¹ und zweitens einen Schaden verursachen²².

Wer Werbe-Email versendet, handelt absichtlich, weil er um die damit verursachte Einwirkung auf die Infrastruktur des ISP weiss²³. Zwar kann der Versender den Weg, den seine Werbe-Email im Internet nimmt, nicht voraussehen. Dagegen ist ihm die Enddestination, nämlich der Server des ISP, bekannt²⁴. Darüber hinaus wird der Versender für die Folgen seiner Werbe-Email-Sendungen häufig durch Abmahnungen seitens betroffener ISP oder Nutzer sensibilisiert²⁵.

Beim ISP verursacht Werbe-Email zweierlei Schaden. Einerseits wird das Computersystem des ISP durch die zusätzliche Belastung geschwächt²⁶. Der ISP kann dadurch nicht mehr den bestmöglichen Wert aus seiner Infrastruktur schöpfen, wenn er seine Abonnenten bedient. Obwohl der Infrastruktur kein physischer Schaden widerfährt, wird dennoch ihre Leistungsfähigkeit vermindert.

Andererseits verursachen Kündigungen und Rufschädigung Verluste²⁷. Werbe-Email ist in breiten Nutzer-Kreisen verpönt, wie die zahlreichen Beschwerden von Nutzern bei

¹⁸ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1022 (S.D. Ohio 1997); Hawley (Spam), 392, 397.

¹⁹ Hawley (Spam), 397.

²⁰ Der mutmassliche Verletzer braucht lediglich zu wissen, dass aufgrund seiner Handlung mit einer gewissen („substantial“) Bestimmtheit eine Einwirkung auf fremdes bewegliches Eigentum erfolgt, vgl. Kosiba (Legal Relief), 194 f., m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 217 (1965).

²¹ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D. Ohio 1997); Kosiba (Legal Relief), 194 f., m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 217 (1965); Hawley (Spam), 392.

²² Kosiba (Legal Relief), 197, m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 218 (1965); Hawley (Spam), 392 f.

²³ Hawley (Spam), 393 f.

²⁴ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1021 (S.D. Ohio 1997).

²⁵ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1024 (S.D. Ohio 1997). Eine Abmahnung empfiehlt sich gemäss diesem Entscheid auch aus Beweisgründen.

²⁶ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1022 (S.D. Ohio 1997); Hawley (Spam), 400 f.; Amaditz (Spam), Rz. 3.

²⁷ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1023 (S.D. Ohio 1997).

ihren ISPs zeigen²⁸. Aufgebrachte Nutzer wechseln bisweilen sogar zu einem anderen ISP. Weiter leidet auch der Ruf eines ISP, der als Zieldestination für Werbe-Email bekannt ist, womit der Verkauf künftiger Abonnemente sinkt.

Gegen eine Verurteilung wegen „trespass to chattels“ kann der Versender von Werbe-Email zunächst vorbringen, die Einwirkung sei mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt²⁹. Wenn ein ISP seinen Server mit dem Internet verbindet und seinen Kunden darauf das Senden und Empfangen von Email ermöglicht, lädt er stillschweigend zur Zusendung von Email und damit zur Benutzung seiner Infrastruktur ein³⁰. Durch eine direkt an den Versender gerichtete Abmahnung wird diese Einladung jedoch zurückgezogen³¹. Offen bleibt, ob eine allgemeine Bekanntgabe auf der Website des ISP dieselbe Wirkung hat³².

Gemäss U.S.-amerikanischer Rechtsprechung können sich damit ISPs, gestützt auf den Common Law-Grundsatz des „trespass to chattels“, gegen Versender von unerwünschter Werbe-Email wehren³³. Als nächstes ist zu prüfen, ob sich auch der einzelne Nutzer auf diese Rechtsgrundlage berufen kann.

2.1.2 Rechtsgrundlage für den einzelnen Nutzer

Der Nutzer hat aufgrund des Vertrages mit dem ISP ein Interesse an der Funktionstüchtigkeit des betroffenen Servers, selbst wenn er nicht Eigentümer der beeinträchtigten Sache ist³⁴. Wird dieses Interesse durch die Zusendung von Werbe-Email beeinträchtigt,

²⁸ In *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1023 (S.D. Ohio 1997), erhielt der Kläger im November 1996 9'970 Beschwerden wegen Werbe-Email. Die Bearbeitung solcher Beschwerden verursacht ebenfalls Kosten beim ISP, vgl. Amaditz (Spam), Rz. 12.

²⁹ Kosiba (Legal Relief), 198.

³⁰ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1023 f. (S.D. Ohio 1997).

³¹ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1024 (S.D. Ohio 1997); Hawley (Spam), 399.

³² *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015, 1024 (S.D. Ohio 1997): „It is arguable that CompuServe's policy statement, insofar as it may serve as a limitation upon the scope of its consent to the use of its computer equipment, may be insufficiently communicated to potential thirdparty users when it is merely posted at some location on the network.“

³³ *Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc.*, 962 F.Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).

³⁴ Kosiba (Legal Relief), 196, m.H.a. *People v. Barela*, 286 Cal.Rptr. 458, 460 (Cal. App. 1989).

tigt³⁵, verleihen die Regeln betreffend „trespass to chattels“ dem einzelnen Nutzer grundsätzlich Schutz³⁶.

Weiter handelt der Versender absichtlich. Er weiss um die Beeinträchtigung der Interessen des Nutzers an der reibungslos funktionierenden Kommunikationsinfrastruktur durch seine Werbe-Email. Durch Abmahnung seitens des Nutzers wird dieses Wissen bestärkt. Darüber hinaus kann der Versender nach erhaltener Abmahnung nicht mehr vorbringen, der Nutzer lade ihn stillschweigend zur Zusendung von Werbe-Email ein³⁷.

Der Nutzer, welcher sich gegen Entgelt Zugang zum Internet verschaffte, erleidet einen Schaden. Das Herunterladen und Aussortieren der Werbe-Email benötigt Zeit und verursacht damit eine direkte finanzielle Belastung, wenn entweder die Telefonverbindung zum Provider oder der Internetzugang nach Dauer abgerechnet wird³⁸. Der Wert, den der Nutzer einst der entgeltlich erlangten Internetverbindung zumass, verringert sich.

Keinen Schaden dürften hingegen nach U.S.-amerikanischem Recht jene Nutzer erleiden, die das Internet umsonst benutzen³⁹. Ein klar messbarer finanzieller Schaden liegt nicht vor. Allenfalls lässt sich der Verlust anhand der erforderlichen Zeit zum Aussortieren der unerwünschten Email quantifizieren.

Demnach kann sich auch ein Nutzer, gestützt auf „trespass to chattels“, gegen Werbe-Email wehren⁴⁰, zumindest wenn er den Versender abgemahnt hat und er einen klar quantifizierbaren finanziellen Schaden nachweisen kann⁴¹. In den USA ist jedoch noch kein

³⁵ Hawley (Spam), 396.

³⁶ Kosiba (Legal Relief), 196.

³⁷ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015, 1024 (S.D. Ohio 1997).

³⁸ Kosiba (Legal Relief), 197; Mika (Unsolicited Electronic Mail), Rz. 13; Amaditz (Spam), Rz. 11.

³⁹ Kosiba (Legal Relief), 197. Vgl. auch Amaditz (Spam), Rz. 23, wonach selbst Nutzer, die dem ISP eine fixe monatliche Gebühr entrichten, keinen greifbaren Schaden erleiden. In der Schweiz ist die Leistung des ISP zumeist umsonst, jedoch muss der Nutzer stets die variablen Kosten der Telefonverbindung tragen. Ausschliesslich fixe Gebühren entrichtet ein Schweizer Nutzer aber an den ISP, wenn sein Internet-Zugang über das Fernsehkabel oder über DSL (Digital Subscriber Lines) erfolgt. Immer mehr Nutzer verwenden diese jüngeren Technologien.

⁴⁰ Kosiba (Legal Relief), 197. Dagegen findet Amaditz (Spam), Rz. 33, FN 155, eine Qualifizierung der Einwirkung auf ein Email Konto als „trespass to chattels“ weit hergeholt.

⁴¹ Nach Hawley (Spam), 403, ist es schwierig, den Verlust an eigener Zeit sowie die Einwirkung in die Privatsphäre als monetären Schaden zu beziffern. Nichtsdestotrotz liege das Potential für einen Schaden vor. Vgl. auch Kosiba (Legal Relief), 198.

Entscheid ergangen, welcher das Verhältnis zwischen Nutzer und Versender von Werbe-Email unter Anwendung von „trespass to chattels“ klärt⁴².

2.2 Unerlaubte Einwirkung auf eine Geschäftsbeziehung

In der U.S.-Lehre wird das Versenden unerwünschter Werbe-Email darauf geprüft, ob es eine unerlaubte Einwirkung auf eine Geschäftsbeziehung darstellt⁴³. Die Rechtsgrundlage dazu entstammt ebenfalls dem Common Law. Das Delikt kennt drei Erscheinungsformen: (1) Störung bei der Vertragserfüllung, (2) Verleitung zum Vertragsbruch und (3) Verminderung künftiger wirtschaftlicher Vorteile⁴⁴. Voraussetzung ist stets, dass der mutmassliche Verletzer sowohl absichtlich als auch unter Anwendung unredlicher Mittel handelt⁴⁵.

Zwei der drei Erscheinungsformen sind als Rechtsgrundlage zur Beurteilung von Werbe-Email ungeeignet⁴⁶. Eine *Verleitung zum Vertragsbruch* liegt nicht vor, weil von Werbe-Email gepeinigter Nutzer den Vertrag mit ihrem ISP nämlich nicht verletzen, sondern diesen nach Ablauf der Abonnementsperiode schlicht nicht mehr erneuern werden⁴⁷. Auf der Gegenseite begeht auch der ISP keinen Vertragsbruch, wenn er aufgrund der Belastung durch die Werbe-Email den Nutzer bisweilen weniger schnell und zuverlässig mit den gewünschten Daten versorgt. Zumeist behält er sich nämlich technische Unzulänglichkeiten im Vertrag mit dem Nutzer vor⁴⁸. Hinsichtlich der *Verminderung künftiger wirtschaftlicher Vorteile* fehlt dem Versender der Werbe-Email wohl der vom Common Law verlangte Vorsatz⁴⁹. Darüber hinaus ist bei dieser Deliktsform die Bezifferung des Schadens schwierig.

⁴² Kosiba (Legal Relief), 197.

⁴³ Hawley (Spam), 404; Kosiba (Legal Relief), 200.

⁴⁴ Hawley (Spam), 405, m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 766A (1979). Vgl. auch Restatement (Second) of Torts § 766B (1979).

⁴⁵ Hawley (Spam), 405, m.H.a. Restatement (Second) of Torts, Division 9, Chapter 37, Introduction Note (1979). Nach Restatement (Second) of Torts § 766C (1979) genügt Fahrlässigkeit ausdrücklich nicht.

⁴⁶ Hawley (Spam), 411.

⁴⁷ Hawley (Spam), 410; Kosiba (Legal Relief), 201.

⁴⁸ Kosiba (Legal Relief), 201.

⁴⁹ Hawley (Spam), 410.

Hingegen ist zu prüfen, ob eine *Störung bei der Vertragserfüllung* vorliegt. Wie bereits aufgezeigt, belastet Werbe-Email die Infrastruktur des ISP⁵⁰. Entsprechend stört Werbe-Email den ISP bei der Erbringung seiner Leistung, weil sie die Belieferung der Abonnenten des ISP mit den gewünschten Daten beeinträchtigt⁵¹. Beseitigt der ISP die Störung durch den Erwerb leistungsfähigerer Infrastruktur, steigen die Kosten und mit diesen die Abonnementsgebühren. Folglich müssen die Nutzer höhere Gebühren entrichten und werden dadurch ihrerseits bei der Vertragserfüllung gestört⁵².

Weiter muss der Versender von Werbe-Email absichtlich handeln, damit er wegen Störung bei der Vertragserfüllung für einen Schaden verantwortlich gemacht werden kann. Er muss die Folgen seines Handelns bezwecken⁵³. Hierzu genügt das Wissen um die Folgen⁵⁴. Der Versender von Werbe-Email ist sich kaum bewusst, dass sein Tun ISP und Nutzer bei der Vertragserfüllung stört⁵⁵. Mit Bestimmtheit aber fehlt ihm die Absicht dazu, denn er hat im Gegenteil ein reges Interesse an einem ungestörten Leistungsaustausch zwischen ISP und Nutzer. Denn nur aufgrund dieser Vertragsbeziehung ist der Nutzer für den Versender von Werbe-Email überhaupt erreichbar.

Ein Hinweis des ISP über die Belastung der Infrastruktur vermittelt dem Versender Wissen über die Folgen seines Tuns⁵⁶. Nach einer Abmahnung verursachte Belastungen der Infrastruktur geschehen in Absicht.

Wer jemanden bei der Erfüllung eines Vertrages mit einem Dritten stört, ist nur haftbar, wenn er dabei unredlich vorgeht⁵⁷. U.S.-amerikanische Gerichte überprüfen bestimmte Faktoren, um über die Redlichkeit eines Verhaltens zu entscheiden⁵⁸. Im

⁵⁰ VI.D.2.1 (S. 214 f.).

⁵¹ Hawley (Spam), 406.

⁵² Hawley (Spam), 406.

⁵³ Hawley (Spam), 405, m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 766, comment j (1979).

⁵⁴ Hawley (Spam), 405, m.H.a. Restatement (Second) of Torts § 767, comment d (1979).

⁵⁵ Hawley (Spam), 405.

⁵⁶ Hawley (Spam), 406.

⁵⁷ Restatement (Second) of Torts § 766A und 766B (1979).

⁵⁸ Restatement (Second) of Torts § 767 (1979). Die Faktoren sind (a) die Natur des Verhaltens des Täters, (b) das Motiv des Täters, (c) die Interessen des Belasteten, (d) die Interessen, die der Täter verfolgt, (e) das soziale Interesse am Schutz der freien Betätigung des Täters sowie am Schutz des vertraglichen Interesses des Belasteten, (f) die Distanz des Verhaltens des Täters zur Einwirkung sowie (g) das Verhältnis zwischen Täter und Belastetem.

Zusammenhang mit Werbe-Email sind (1) die Natur des Verhaltens des Versenders sowie (2) die Abwägung aller beteiligten Interessen von Bedeutung⁵⁹.

Die Rechtmässigkeit des Versendens von Werbe-Email dahingestellt, mag dieses Verhalten dennoch als illegitim gelten, weil dadurch Nutzer und ISP belastet werden⁶⁰. Seiner Natur nach ist das massenweise Versenden von Werbe-Email verwerflich und damit unredlich.

Bei der Interessenabwägung sind die Interessen des Werbenden gegen jene von Nutzern und ISP abzuwägen. Der Versender hat das legitime ökonomische Interesse, mittels Werbe-Email sein Geschäft voranzutreiben⁶¹. Ihm stehen aber neben Werbe-Email weitere Formen gewerblicher Kommunikation zur Verfügung. Nutzer und ISPs sind daran interessiert, die fortlaufenden Zusendungen von unerwünschter Werbe-Email zurückweisen zu können, v.a. wenn Werbe-Email den Datentransfer verlangsamt, oder wenn das Herunterladen der Werbe-Email beim Nutzer zusätzliche Kosten entstehen lässt⁶². Die Interessen von Nutzern und ISP scheinen deshalb jene des Versenders von Werbe-Email zu überwiegen.

Eine Regulierung von Werbe-Email, gestützt auf das Common Law-Verbot der Störung bei der Vertragserfüllung, ist damit denkbar. Gerichte in den Vereinigten Staaten haben sich dazu, soweit ersichtlich, nicht geäussert.

3. Gesetzgebung in den USA

3.1 Quellen

In den USA haben über ein Dutzend Einzelstaaten Gesetze betreffend das Versenden von Werbe-Email erlassen. In zahlreichen weiteren Einzelstaaten liegen Gesetzesentwürfe vor. Auch auf Bundesebene wurden bereits zahlreiche Gesetzesvorschläge diskutiert. Damit präsentiert sich in den USA ein vielseitiges gesetzgeberisches Instrumentarium zur rechtlichen Handhabung von Werbe-Email⁶³. Im folgenden werden einzelne Elemente vorgestellt.

⁵⁹ Hawley (Spam), 408.

⁶⁰ Hawley (Spam), 408.

⁶¹ Hawley (Spam), 408.

⁶² Hawley (Spam), 408 f.

⁶³ Simmons (Spam), 389 ff., hat die rechtskräftigen und vorgeschlagenen Regelungsmechanismen in den Einzelstaaten und auf Bundesebene aufgearbeitet.

3.2 Regelungsmechanismen

3.2.1 Opt-in

Die sog. „opt-in“-Lösung erlaubt die Zusendung von Werbe-Email erst nach Zustimmung des Nutzers⁶⁴. Sie entspricht einem generellen Verbot von Werbe-Email mit Erlaubnisvorbehalt.

3.2.2 Opt-out

Die sog. „opt-out“-Lösung gibt jedem einzelnen Nutzer die Wahl, Werbe-Email zu empfangen oder darauf zu verzichten. Diese Regelungsweise kennt sowohl eine spezifische als auch eine generelle Erscheinungsform⁶⁵.

a) *Spezifisches Opt-out*

Spezifisches Opt-out ermöglicht dem Nutzer, einem bestimmten Versender das Zusenden weiterer Werbe-Email zu verbieten. Dazu muss einerseits der Versender eine Anlaufstelle bieten und andererseits der Nutzer in einer bestimmten Form das Verbot erklären.

Vom Versender wird je nach betrachtetem Erlass die Kundgabe einer Emailadresse am Anfang oder an einem beliebigen Ort in der Werbe-Email verlangt⁶⁶. An diese Adresse sendet der Nutzer eine Email mit dem Wunsch um Einstellung der Zusendung von Werbe-Email. Bisweilen kann der Versender alternativ eine gebührenfreie Telefonnummer angeben, und der Nutzer erklärt das Verbot mündlich⁶⁷. Wenn der Versender vom

⁶⁴ Nach Simmons (Spam), 408, wurde eine solche Lösung in den Staaten Massachusetts und New Jersey diskutiert. Opt-in zeichnet sich auch als Lösung für Europa ab, vgl. Art. 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation; KOM (2000) 385 vom 12.7.2000. Vgl. dagegen die jüngere Berichterstattung über die Regulierung von Werbe-Email in der EU bei Richardson, Tim: Europe bottles spam ban, The Register, 22 July 2001; <<http://www.theregister.co.uk/content/archive/20316.html>>. Danach findet in der EU wieder eine Abkehr vom Vorschlag des grundsätzlichen Verbots von Werbe-Email mit Erlaubnisvorbehalt statt.

⁶⁵ Vgl. Simmons (Spam), 420, m.H.a. den Bundesgesetzvorschlag mit der Bezeichnung „The Unsolicited Electronic Mail Act of 1999“. Dieser Erlass sieht eine Kombination von spezifischem und generellem Opt-out vor.

⁶⁶ Simmons (Spam), 400, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien (Anlaufstelle am Anfang), Nevada, Delaware und Iowa; Simmons (Spam), 416 ff., m.H.a. zwei Bundesgesetzentwürfe, den Inbox Privacy Act von 1999 und den Unsolicited Electronic Mail Act von 1999.

⁶⁷ Simmons (Spam), 400, m.H.a. die kalifornische Gesetzgebung.

Gesetzgeber betreffend das Festlegen einer Anlaufstelle zuviel Spielraum bekommt, kann er die Bedingungen für die Verbotsklärung wenig einladend gestalten und damit manchen Nutzer entgegen dessen eigentlichem Willen vom spezifischen Verbot abhalten⁶⁸.

Auch dem Nutzer sollten nicht allzuvielen Freiheiten bei der Gestaltung seiner Verbotsklärung zugestanden werden, weil sonst die automatische Verarbeitung auf Versenderseite verhindert und damit unnötiger Verwaltungsaufwand erzeugt wird⁶⁹.

b) Generelles Opt-out

Mit der Möglichkeit des generellen Opt-out kann der Nutzer jegliche Zusendung von Werbe-Email an ihn untersagen. Dazu ist ein zentrales Register erforderlich, worin sich Nutzer, die keine Werbe-Email wünschen, eintragen können⁷⁰. Das Register ist öffentlich zugänglich, weil Versender von Werbe-Email ihre Datenbank mit der potentiellen Empfängerschaft von Werbe-Email regelmässig bereinigen müssen.

3.2.3 Verrechtlichung der ISP-Regeln

Einige Erlasse in den USA verleihen den Regeln des jeweiligen ISP Rechtskraft⁷¹. Der ISP legt fest, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen seinen Abonnenten Werbe-Email zugesendet werden darf. Voraussetzung ist, dass sich alle Versender gleichermaßen daran zu halten haben⁷². Die Regeln des ISP müssen der Öffentlichkeit und v.a. dem mutmasslichen Versender genügend klar zur Kenntnis gebracht werden⁷³.

⁶⁸ Simmons (Spam), 400.

⁶⁹ Simmons (Spam), 401, 415 ff. Nach den Entwürfen zum Anti-Slaming Amendments Act von 1998 und dem Inbox Privacy Act von 1999 (beides Bundeserlasse), muss der Empfänger dem Versender ein Email mit dem Titel „remove“ zusenden. Nach dem Entwurf zum E-Mail User Protection Act von 1999 (Bundeseerlass) scheint der Nutzer in der Form seiner Opt-out-Erklärung frei zu sein.

⁷⁰ Simmons (Spam), 420, m.H.a. den Entwurf über den Unsolicited Electronic Mail Act of 1999 (Bundeseerlass). Vgl. für die EU Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. L 178 vom 17/07/2000 S. 1).

⁷¹ Simmons (Spam), 402, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien und Louisiana und Entwürfen aus Indiana, Maine und Texas. Auch Entwürfe zum Internet Growth and Development Act von 1999 und dem Can Spam Act von 1999 (beides Bundeserlasse) sehen diese Regelungsweise vor, vgl. Simmons (Spam), 417 ff.

⁷² Simmons (Spam), 403.

⁷³ Simmons (Spam), 420, m.H.a. den Entwurf zum Can Spam Act von 1999 (Bundeseerlass). Dieser Erlass stellt besonders hohe Ansprüche an die Bekanntmachung der Regeln durch den ISP. Danach ist sogar denk-

Einige ISP werden Werbe-Email gänzlich unterbinden und damit Kunden mit wenig Toleranz dafür anlocken, während andere ISP Werbe-Email gestatten und damit Nutzer mit einer Präferenz dafür anziehen⁷⁴. Da der Markt damit das Problem der Werbe-Email regelt, sind normative Vorschriften des Gesetzgebers unnötig⁷⁵.

3.2.4 Vorgaben an die Überschrift der Werbe-Email

Einige Erlasse verlangen einen Hinweis auf die Werbeeigenschaft in der Betreffzeile der Werbe-Email⁷⁶. Im Staat Kalifornien beispielsweise ist eine Werbe-Email mit „ADV:“ in der Betreffzeile zu bezeichnen⁷⁷. Dadurch kann der Nutzer leichter die Werbe-Email aus den übrigen erhaltenen E-Mail-Nachrichten ausfiltern⁷⁸. Die Flut von Werbe-Email, welche das Internet als Ganzes und die ISPs im besonderen belastet, wird aber durch die geforderte Titelbezeichnung nur teilweise vermindert⁷⁹, je nachdem, an welcher Stelle der Übertragung man den Filter ansetzt.

Weitere Erlasse verbieten falsche oder irreführende Angaben in der Betreffzeile der Werbe-Email⁸⁰.

bar, dass der Versender von Werbe-Email auf die konkreten Regeln aufmerksam gemacht werden muss, bevor man ihn erfolgreich verklagen kann. Nach Amaditz (Spam), Rz. 83, m.H.a. die kalifornische Gesetzgebung, muss der ISP beweisen, dass der Versender die jeweiligen Regeln kannte.

⁷⁴ Simmons (Spam), 402 f.

⁷⁵ Mika (Unsolicited Electronic Mail), Rz. 24.

⁷⁶ Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien und Tennessee und die Gesetzesentwürfe in North Carolina und New York. Im Europa-Recht ist dieses Regelungsinstrument niedergelegt in Art. 7 Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. L 178 vom 17/07/2000, S. 1).

⁷⁷ Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien. „ADV“ steht für „Advertisement“.

⁷⁸ Simmons (Spam), 401.

⁷⁹ Amaditz (Spam), Rz. 80.

⁸⁰ Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Washington und West Virginia; Simmons (Spam), 419, m.H.a. den Entwurf zum Netizen Protection Act von 1999 (Bundeserlass). Vgl. auch Amaditz (Spam), Rz. 81.

3.2.5 Absenderangaben

Im U.S.-Recht findet sich auch die Vorschrift, wonach der Versender in der Werbe-Email bestimmte Angaben zu seiner Person machen muss⁸¹. Erforderlich sind Name, Adresse und Email-Adresse⁸². Dadurch erfährt der belästigte Empfänger, bei wem er sich beschweren kann. Weil die Versender nicht mehr anonym handeln dürfen, wird der Umgang mit Werbe-Email insgesamt verantwortungsvoller⁸³.

Viele Versender von Werbe-Mail machen falsche Absenderangaben, um nicht den Zorn von Nutzern auf sich zu ziehen. Zahlreiche Nutzer rächen sich nämlich am Versender, indem sie die unerwünschte Email zurücksenden, die Absenderadresse in zahlreiche Email-Listen⁸⁴ eintragen, oder indem sie den Versender mit Tausenden von Email-Nachrichten eindecken und damit dessen Infrastruktur belasten⁸⁵. Machen die Versender falsche Absenderangaben⁸⁶, so lenken sie den Zorn der erbosten Empfänger auf beliebige Dritte, die damit ungerechtfertigt den Racheakten ausgesetzt sind. Um Dritte zu schützen, verbieten einige Erlasse in den USA falsche Absenderangaben in Werbe-Email⁸⁷.

3.3 Rechtsfolgen

Der Schaden durch Werbe-Email ist schwer zu beziffern. Die meisten Erlasse legen deshalb fest, was ISP oder Nutzer vom widerrechtlich handelnden Versender fordern können. Weit verbreitet in den betrachteten Erlassen ist ein Anspruch des einzelnen Nutzers

⁸¹ Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Nevada; Simmons (Spam), 415 ff., m.H.a. die Entwürfe zum Anti-Slaming Amendments Act von 1998 und den Netizen Protection Act von 1999 (beides Bundeserlasse). Vgl. auch in der EU Art. 6 lit. b Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. L 178 vom 17/07/2000, S. 1).

⁸² Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Nevada.

⁸³ Simmons (Spam), 402.

⁸⁴ Sog. „Listservs“ oder „mailing lists“. Trägt man seine Email-Adresse darin ein, erhält man sporadisch Email zum betreffenden Thema. Ist man in drei, vier solcher Listen eingetragen, kann es Tage geben, an denen man über 10 zusätzliche Email-Nachrichten erhält.

⁸⁵ Hawley (Spam), 413.

⁸⁶ Man spricht vom sog. „Spoofing“, vgl. Simmons (Spam), 401, und Hawley (Spam), 391.

⁸⁷ Simmons (Spam), 402, m.H.a. die Gesetzgebung in Washington und weiteren Einzelstaaten. Viele Staaten haben überhaupt nur diesen Aspekt der Werbe-Email geregelt. Verschiedene Entwürfe zu Bundeserlassen befassten sich ebenfalls mit diesem Aspekt, z.B. der Anti-Slaming Amendments Act von 1998, der Inbox Privacy Act von 1999, der Internet Freedom Act von 1999, der E-Mail User Protection Act von 1999 und der Can Spam Act von 1999, vgl. Simmons (Spam), 415 ff.

von zehn Dollar gegenüber dem Versender pro inkriminierende Email⁸⁸. Diese geringe Summe bietet Nutzern kaum genügend Anreiz zur Durchsetzung ihrer Rechte⁸⁹. Dagegen können betroffene ISP, wenn sie von sehr vielen Werbe-Email-Nachrichten heimgesucht werden, um die 25'000 Dollar verlangen⁹⁰.

Weiter erhalten die Kläger vom Versender im Erfolgsfall die Anwaltskosten erstattet⁹¹. Ohne diese Vorkehrung müssten obsiegende Kläger oftmals finanzielle Verluste hinnehmen⁹².

3.4 Zustimmung und vorausgegangene Geschäftsbeziehungen

Die meisten Erlasse in den USA enthalten implizite oder ausdrückliche Regeln, wonach der Versender nicht widerrechtlich handelt, wenn der Empfänger der Werbe-Email einer Zusendung zugestimmt hat⁹³. Weiter ist Werbe-Email im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung zulässig.

⁸⁸ Simmons (Spam), 404, m.H.a. die Rechtslage in zahlreichen Einzelstaaten. Vorschläge zu Erlassen auf Bundesebene sehen Beträge von bis zu 500 Dollar pro inkriminierende Werbe-Mail vor, vgl. Simmons (Spam), 419 f., m.H.a. die Entwürfe zum Netizen Protection Act von 1999 und dem Unsolicited Electronic Mail Act von 1999 (beides Bundeserlasse).

⁸⁹ Simmons (Spam), 405.

⁹⁰ Simmons (Spam), 404, m.H.a. die Rechtslage in zahlreichen Einzelstaaten; Simmons (Spam), 415 ff., m.H.a. Entwürfe zu einer bundesweiten Regelung. Danach bewegt sich der Rahmen der maximal forderbaren Beträge zwischen 15'000 Dollar (Anti-Slamming Amendments Act of 1998; Entwurf) und 50'000 Dollar (Inbox Privacy Act of 1999; Entwurf).

⁹¹ Simmons (Spam), 405, m.H.a. die Rechtslage in den Einzelstaaten. Nur der Staat Washington enthält keine entsprechende Bestimmung. Auch die Vorschläge für eine bundesweite Regelung sehen vor, dass die obsiegende Partei die Anwaltskosten erstattet bekommt, vgl. Simmons (Spam), 416 ff., m.H.a. mehrere Entwürfe.

⁹² Simmons (Spam), 405.

⁹³ Simmons (Spam), 406, m.H.a. die Rechtslage in den Einzelstaaten; Simmons (Spam), 418, m.H.a. den Entwurf zum E-Mail User Protection Act von 1999 (Bundeserlass).

E. Rechtslage in der Schweiz

1. Übersicht

In der Schweiz gibt es im gegebenen Zeitpunkt weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung speziell zur Werbe-Email-Problematik⁹⁴. Die Lehre hält verschiedene Regeln für anwendbar. Aus dem Strafrecht werden die Nötigung sowie das Verbot der Datenbeschädigung vorgeschlagen und aus dem allgemeinen Deliktsrecht der Schutz absoluter Rechte, z.B. des Eigentums. Lauterkeitsrechtlich ist der Verstoss gegen diese Regeln von Bedeutung, wenn sich ein Mitbewerber damit einen Wettbewerbsvorsprung verschafft. Weiter schlägt die Lehre aus dem Lauterkeitsrecht das Verbot aggressiver Verkaufsmethoden (Art. 3 lit. h UWG) oder das analoge Verbot aggressiver Werbemethoden (Generalklausel) zur Beurteilung von Werbe-Email vor. Schliesslich kann auch eine Belästigung als solche widerrechtlich sein. In der Schweizer Lehre ist eine Entwicklung von einer restriktiven Haltung gegenüber Werbe-Email hin zu einer differenzierten Betrachtung erkennbar

2. Erste Rechtsansichten

2.1 Straf- und Deliktsrecht

In den anfänglichen Literaturmeinungen wurde eine restriktive Haltung vertreten. Rechtliche Grundlagen waren Strafrecht, allgemeines Deliktsrecht sowie Lauterkeitsrecht. Erstere beide haben im Rahmen dieser Arbeit insofern Bedeutung, als Unlauterkeit auch in der Form des Wettbewerbsvorsprungs durch Rechtsbruch auftreten kann⁹⁵.

Strafrechtlich betrachtet, lässt sich der Versand einer Werbe-Email laut älterer Literaturmeinung zum einen als Nötigung⁹⁶, zum anderen als Datenbeschädigung⁹⁷ qualifizieren⁹⁸.

⁹⁴ Vgl. jedoch die Motion betreffend Elektronische Massenwerbesendungen „Spamming“ von NR Sommaruga vom 23.6.2000, entgegengenommen durch den BR am 2.10.2000, angenommen im NR am 6.10.2000, im SR am 15.3.2001; <http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d_gesch_20003393.htm>.

⁹⁵ Zum Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch, vgl. SIWR-Müller, 76; Weber (Subventionsnetz), 206, 208; Glöckner (Telemarketing), 77 ff.; Jöhri (Werbung), 111; BezGer Zürich, 13.6.1989; SJZ 1990, 288, 291.

⁹⁶ Art. 181 StGB.

⁹⁷ Art. 144^{bis} StGB.

⁹⁸ Rosenthal (Projekt), 107 f.

Der Tatbestand der Nötigung lautet:

„Wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.“⁹⁹

Weil weder Gewalt noch Drohung einer Werbe-Email innewohnen, kommt nur eine „andere Beschränkung“ als einschlägiges Tatbestandselement in Frage.

Der Empfänger muss die Werbe-Email trotz unbekanntem Inhalt zunächst entgegennehmen. Dabei wird er nach Auffassung in der früheren Literatur genötigt, einen Datenfluss herzustellen, Speicherplatz bereitzustellen und die empfangene Information zu sondieren¹⁰⁰. Der einmalige Versand einer Werbe-Email liege jedoch im erträglichen Rahmen, d.h. habe nicht die vom Gesetz geforderte Intensität und sei damit zulässig. Erst wenn der Empfänger trotz Widerspruch weitere Werbe-Email erhalte, sei der Tatbestand der Nötigung erfüllt¹⁰¹.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist bei der Anwendung des Nötigungstatbestandes auf Werbe-Email Zurückhaltung geboten. Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass der Begriff der „andere[n] Beschränkung“ im Nötigungstatbestand¹⁰² eng zu verstehen ist¹⁰³. Zwar handelt es sich gewissermassen um eine Generalklausel¹⁰⁴. Eine solche ist im Strafrecht aus rechtsstaatlichen Gründen jedoch eng auszulegen¹⁰⁵. Darüber hinaus muss die „andere Beschränkung“ ein gewisses Mass an Intensität haben, steht sie doch in einer Reihe mit Gewalt und Androhung¹⁰⁶. Mancherlei Arten von Eingriffen sind demnach als sozialkonform zu dulden. An dieser Stelle wird deshalb bezweifelt, dass das Versenden von Werbe-Email eine Nötigung sein kann.

Datenbeschädigung begeht,

„Wer unbefugt elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten verändert, löscht oder unbrauchbar macht (...)“¹⁰⁷.

⁹⁹ Art. 181 StGB.

¹⁰⁰ Rosenthal (Projekt), 108.

¹⁰¹ Rosenthal (Projekt), 108.

¹⁰² Art. 181 StGB.

¹⁰³ Stratenwerth (Strafrecht BT I), § 5 Rz. 11, m.w.H.

¹⁰⁴ BGE 116 IV 301, 305; Stratenwerth (Strafrecht BT I), § 5 Rz. 11.

¹⁰⁵ BGE 107 IV 113, 116.

¹⁰⁶ BGE 101 IV 167, 169; 107 IV 113, 116; 119 IV 301, 305.

¹⁰⁷ Art. 144^{bis} Ziff. 1 StGB, 1. Halbsatz.

Der Empfang einer Werbe-Email endet üblicherweise mit der Speicherung auf der Festplatte. Laut früherer Lehrmeinung werden dadurch Daten verändert, sei es durch Änderung von internen Verzeichnissen oder einfach durch die Belegung von Speicherkapazität durch die Werbe-Email selber¹⁰⁸. Das zusätzliche Tatbestandselement der Unbefugtheit sei jedoch nur erfüllt, wenn der Versender zuvor ausdrücklich abgemahnt worden sei. Nicht jeder Empfänger missbillige Werbe-Email generell¹⁰⁹.

Die Unzulässigkeit von Werbe-Email könne auch auf Deliktsrecht gründen¹¹⁰. Dazu ist Rechtswidrigkeit erforderlich. Diese liegt vor, wenn Gebote und Verbote missachtet werden, welche dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen¹¹¹ oder wenn absolute Rechte beeinträchtigt werden¹¹². Laut älteren Lehrmeinungen stammen die im Zusammenhang mit Werbe-Email zu prüfenden Schutznormen, wie eben aufgezeigt, aus dem Strafrecht¹¹³ oder, wie noch zu untersuchen ist, aus dem Lauterkeitsrecht¹¹⁴.

Darüber hinaus kann Werbe-Email laut früherer Lehre auch das absolute Recht am Eigentum der Empfänger-Hardware beeinträchtigen¹¹⁵. Betroffen sei das Eigentum des Mailboxbetreibers (i.d.R. der ISP), welcher die Email empfangen und zur Verfügung halte. Der klagende Nutzer müsse demnach die Rechte des ISP geltend machen¹¹⁶. Rechtsgutsverletzungen seien aber nur rechtswidrig, wenn der Verletzte dazu nicht eingewilligt habe. Weil eine Einwilligung zum Empfang von Email grundsätzlich zu vermuten sei, könne die Zusendung von Werbe-Email erst nach Abmahnung des Versenders wegen Verletzung von allgemeinem Deliktsrecht widerrechtlich sein¹¹⁷.

¹⁰⁸ Rosenthal (Projekt), 108.

¹⁰⁹ Rosenthal (Projekt), 108.

¹¹⁰ Rosenthal (Projekt), 109.

¹¹¹ BGE 102 II 85, 88; 94 I 628, 642 f.

¹¹² Guhl/Koller, § 24 Rz. 4.

¹¹³ Rosenthal (Projekt), 107 f.

¹¹⁴ Widmer/Bähler, 205 ff.

¹¹⁵ Rosenthal (Projekt), 109. A.M.: Jöhri (Werbung), 113, m.H.a. die deutsche Rechtsprechung in LG Berlin, 14.5.1998; CR 1998, 499, mit Anm. Schmittmann, sowie LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187.

¹¹⁶ Rosenthal (Projekt), 109.

¹¹⁷ Rosenthal (Projekt), 109.

2.2 Lauterkeitsrecht

Sämtlichen zuvor betrachteten Schweizer Verbotsnormen ist gemeinsam, dass sie erst bei Widerspruch durch den Email-Empfänger zuverlässig greifen. Demgegenüber wird in der älteren Schweizer Literatur aus lauterkeitsrechtlicher Sicht bereits die erste unaufgeforderte Werbe-Email als widerrechtlich erachtet¹¹⁸. Die UWG-Generalklausel erfasse die damit einhergehende Belästigung oder gar Schädigung, nachdem die aggressive Werbung im Gegensatz zur aggressiven Verkaufsmethode nicht Gegenstand eines Spezialtatbestands sei.

Bei der Argumentation für ein lauterkeitsrechtliches Verbot von Werbe-Email werden in der früheren Lehre die Regeln betreffend die Werbung mit anderen Mitteln der Individualkommunikation hinzugezogen. Eine Analogie zur zulässigen Werbung mit der normalen Post sei nicht stichhaltig, weil der Empfänger diese mühelos entsorge¹¹⁹. Die Email-Werbung sei rechtlich gleich zu handhaben wie die Telefax-Werbung¹²⁰.

Telefax-Werbung ist unlauter, weil der Versender ohne vertragliche Grundlage die Einrichtungen des Empfängers benutzt und damit Kosten verursacht¹²¹. Darüber hinaus verhindert oder verzögert sie die erwünschte Kommunikation mit Geschäftspartnern. Ebenso verhält es sich mit der gleichfalls unlauteren Werbung per Telex¹²².

Zu den Beeinträchtigungen, welche die Email-Werbung gemäss der früheren Lehre unlauter machen, gehören (1) der eigene Aufwand des Sortierens der erwünschten aus der unerwünschten Email, (2) das Besetzen von Speicherkapazität mit dem Risiko, erwünschte Email nicht mehr empfangen zu können und (3) die anfallenden Telefongebühren während des Herunterladens der Werbe-Email vom Provider-Server auf den Rechner des Nutzers¹²³.

Daneben erhöhe Werbe-Email den Datenfluss im Internet und belaste damit die gesamte Infrastruktur, insbesondere jene der Provider¹²⁴.

¹¹⁸ Widmer/Bähler, 205. Vgl. auch den Übungsfall bei Widmer/Bähler, 381 f.

¹¹⁹ Widmer/Bähler, 207.

¹²⁰ Widmer/Bähler, 207.

¹²¹ Pedrazzini (UWG), 151.

¹²² David (Wettbewerbsrecht), Rz. 311.

¹²³ Widmer/Bähler, 208. Vgl. die Stellungnahme des Verfassers zur Frage der Belästigung durch Email weiter hinten, VI.G.2. (S. 243 ff.).

¹²⁴ Widmer/Bähler, 208.

3. Jüngere Rechtsansicht

3.1 Verbot aggressiver Verkaufs- und Werbemethoden

Die jüngere Literatur verneint die Anwendbarkeit des Art. 3 lit. h UWG gegen aggressive Verkaufsmethoden sowie der Generalklausel zur analogen Bekämpfung von aggressiven Werbemethoden¹²⁵. Werbe-Email führe beim Abnehmer nicht zur lauterkeitsrechtlich verpönten Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, welche die Nachfrage in falsche Bahnen lenke und deshalb wettbewerbsverfälschend wirke.

3.2 Belästigung

Die Unlauterkeit einzelner Werbe-Email-Nachrichten wegen deren Belästigungswirkung wird in der jüngeren Literatur verneint¹²⁶. Eine einzelne Werbe-Email belästige den Empfänger nur geringfügig und überschreite die Schwelle zur Unlauterkeit damit nicht. Erst die Nachahmung dieser Werbeform durch zahlreiche Werber führe zu einer unerwünschten Belästigung. Bei der Beurteilung seines Verhaltens dürfe dem einzelnen Versender jedoch nicht das Handeln anderer Versender angerechnet werden¹²⁷. Andernfalls werde der Versender für etwas zur Verantwortung gezogen, worauf er keinen Einfluss habe.

Die Argumentation mit der Nachahmungsgefahr ist laut jüngerer Lehrmeinung nicht nur deswegen heikel. Sie stütze sich im Zusammenhang mit Werbe-Email darüber hinaus auf eine keineswegs gefestigte Prognose¹²⁸. Werbe-Email genieße hierzulande einen schlechten Ruf¹²⁹. Ob sie bei rechtlicher Zulässigkeit künftig zahlreich verschickt werde, sei nicht voraussehbar. Die Prognose einer steigenden Anzahl von Werbe-Email sei deshalb ein untaugliches Argument bei der rechtlichen Beurteilung dieser Werbeform.

Werbe-Email ist laut jüngerer Lehre zulässig, wenn sie keine irreführenden Aussagen enthält, als Werbung gekennzeichnet ist, eine korrekte Absenderangabe enthält und sich mühlos beseitigen lässt¹³⁰.

¹²⁵ Jöhri (Werbung), 90 ff., 103; Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 70; Glöckner (Telemarketing), 75; Weber (E-Commerce), 276 f. Dagegen erachtet Spahr (Internet), 117, FN 178, das Versenden von Werbe-Email als aggressive Verkaufsmethode, wenn es nach Widerspruch des Empfängers erfolgt.

¹²⁶ Jöhri (Werbung), 108.

¹²⁷ Jöhri (Werbung), 110, m.H.a. Berger (Konkretisierung), 253 f. A.M.: Glöckner (Telemarketing), 64.

¹²⁸ Jöhri (Werbung), 109, m.H.a. Freitag/Busemann (elektronische Post), 478.

¹²⁹ Jöhri (Werbung), 109.

¹³⁰ Weber (E-Commerce), 278.

3.3 Weitere Rechtsgrundlagen

Laut jüngerer Lehre sind weitere Rechtsgrundlagen unter dem Aspekt der Unlauterkeit durch Rechtsbruch bei der Beurteilung von Werbe-Email zu überprüfen¹³¹. Beachtenswert seien die Regeln betreffend den Persönlichkeits-, den Eigentums- oder den Besitzschutz¹³².

Nach JÖHRI beeinträchtigt Werbe-Email die persönlichen Verhältnisse des Empfängers nur geringfügig und bewirkt daher keine Persönlichkeitsverletzung¹³³. Ebenso wenig verletzt der Versender die Eigentumsrechte des Empfängers, weil Werbe-Email das Eigentum nicht im sachenrechtlichen Sinn beeinträchtigt¹³⁴.

Hingegen führt nach GLÖCKNER die Gefahr des Überlaufens der Mailbox durch Werbe-Email zur Widerrechtlichkeit derselben¹³⁵. Gestattet sei dennoch das einmalige unaufgeforderte Zusenden einer Werbe-Email mit der Bitte um Eintrag in eine Mailing-Liste, sofern die Nachricht so kurz wie möglich gehalten sei¹³⁶.

4. Stellungnahme zur Qualifikation als aggressive Verkaufs- oder Werbemethode

4.1 Einleitung

Art. 3 lit. h UWG verbietet besonders aggressive Verkaufsmethoden. Ob die Bestimmung auf Werbe-Email Anwendung findet, hängt von der Grenzziehung zwischen Verkauf und Werbung ab. Besonders aggressive *Werbung* ist indessen in Anlehnung an den Sonderatbestand für die Verkaufsmethoden und auf rechtlicher Grundlage der Generalklausel

¹³¹ Nicht jeder Rechtsverstoss begründet dabei eine Unlauterkeit. Voraussetzung ist zum einen die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Verstosses, indem dieser den Wettbewerb beeinflusst. Zum anderen muss die Handlung nach lauterkeitsrechtlichen Grundsätzen in einer Gesamtschau einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Wettbewerb darstellen. Vgl. zu diesen Voraussetzungen: Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 75 ff.; Glöckner (Telemarketing), 78 ff.

¹³² Glöckner (Telemarketing), 78, betreffend das Telemarketing im allgemeinen.

¹³³ Jöhri (Werbung), 112.

¹³⁴ Nach Jöhri (Werbung), 113, wird im Zusammenhang mit Werbe-Email lediglich Zeit, Arbeitsaufwand und Speicherplatz benötigt. Vgl. dagegen in der jüngeren Literatur Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 75, wonach unaufgefordertes Zusenden von Werbung über elektronische Medien und die damit einhergehende Benutzung fremder Empfangseinrichtungen widerrechtlich ist, wenn der Empfänger weder zugestimmt hat noch mutmasslich an der betreffenden Werbemitteilung interessiert ist.

¹³⁵ Glöckner (Telemarketing), 81 f. Vgl. auch Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 85.

¹³⁶ Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 85; Glöckner (Telemarketing), 82.

unlauter¹³⁷. Unabhängig von der Einteilung der Werbe-Email als Werbung oder Verkaufsmethode ist das Tatbestandselement der Aggressivität in Art. 3 lit. h UWG im Zusammenhang mit Werbe-Email näher zu untersuchen.

4.2 Werbe-Email als Werbe- oder Verkaufsmethode?

Unter Werbung versteht man ein generell-abstraktes Auftreten des Werbetreibenden im Marktumfeld¹³⁸. Angesprochen ist die Allgemeinheit möglicher Interessenten¹³⁹. Es geht darum, Informationen zu verbreiten, Erinnerung zu verstärken oder Bedürfnisse zu wecken. Ab diesem Punkt ergeht die Initiative zum Vertragsabschluss vom Umworbene¹⁴⁰.

Demgegenüber liegt eine Verkaufshandlung vor, wenn der Angesprochene direkt die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses erhält. Schuldrechtlich betrachtet, trifft dies für eine Offerte wie auch für eine genügend ausdrückliche Einladung zur Offertstellung zu¹⁴¹. Der potentielle Abnehmer muss jedenfalls direkt und konkret angesprochen werden.

Automatisiert hergestellte individuelle Gestaltung von Mitteilungen an den Verbraucher erschweren die Grenzziehung¹⁴³. So werden z.B. in der Literatur Kataloge, die mit einem auf den Empfänger bezogenen Schriftzug den Gewinner eines bereits durchgeführten Wettbewerbs bekanntgeben, sowohl als Verkaufs- wie auch als Werbemethode aufgefasst¹⁴⁴.

Weil sie ebenfalls der automatisierten individuellen Kommunikation mit Nutzern dient, lässt sich Werbe-Email schwierig entweder den Verkaufs- oder den Werbemethoden zuordnen¹⁴⁵. Die Zuteilung hängt nach der hier vertretenen Ansicht vom Einzelfall

¹³⁷ Pedrazzini (UWG), 152; SIWR-Streuli-Youssef, 100; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 81.

¹³⁸ Friedrich (Werbemethoden), 46 f.

¹³⁹ Pedrazzini (UWG), 146.

¹⁴⁰ Glöckner (Telemarketing), 57.

¹⁴¹ Pedrazzini (UWG), 147.

¹⁴² Pedrazzini (UWG), 147; Friedrich (Werbemethoden), 47, 96; Brunner (Konsumentenschutzrecht), 42.

¹⁴³ Friedrich (Werbemethoden), 47; Glöckner (Telemarketing), 57.

¹⁴⁴ Verkaufsmethode: Brunner (Konsumentenschutz), 42. Werbemethode: David (Reformauswirkungen), 102.

¹⁴⁵ Jöhri (Werbung), 93, tendiert wohl zur Annahme einer Verkaufsmethode. Eine solche liege vor, wenn der Umworbene direkt, individuell und mit der Möglichkeit zum Abschluss eines konkreten Vertrages angesprochen bzw. -geschrieben werde. Instrumente des Direktmarketings würden diese Anforderungen regel-

ab. Die Frage kann an dieser Stelle offengelassen werden, weil die Anwendbarkeit von Art. 3 lit. h UWG bzw. der Generalklausel am Tatbestandselement der Aggressivität scheitert.

4.3 Aggressivität

Das Verbot besonders aggressiver *Werbemethoden* wurde entgegen dem bundesrätlichen Vorschlag bei der parlamentarischen Beratung aus dem Spezialtatbestand gestrichen¹⁴⁶. Es ist aber nach einhelliger Lehrmeinung in der Generalklausel enthalten¹⁴⁷.

Unabhängig von der Qualifikation als Werbe- oder Verkaufsmethode ist zu prüfen, ob Werbe-Email aggressiv im Sinne des Lauterkeitsrechts ist. Aggressiv ist die Einwirkung auf den Umworbenen, wenn sie von einer Intensität oder Qualität ist, dass sie die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Vertragsabschlusses beeinträchtigt¹⁴⁸. Beispiele dafür sind etwa Überrumpelungen durch direkte Ansprache oder mittels Fernkommunikationsmitteln ausserhalb von Verkaufsräumen, Zusendung unbestellter Waren mit entsprechender Fakturierung, Inaussichtstellen weiterer Vorteile wie Geschenke oder Prämien, Ausnutzung des Spieltriebs, Verkaufsbemühungen Bekannter oder Verwandter, Autoritätsmissbrauch, Ausnutzen von sozialer Verantwortung, Unerfahrenheit, Dankbarkeit, Vaterlandsliebe oder Trauer¹⁴⁹.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann Werbe-Email nicht aggressiv im Sinne des UWG sein, weil sie die Entscheidungsfreiheit des Adressaten nicht beeinträchtigt. Der

mässig erfüllen, m.H.a. Friedrich (Werbemethoden), 96. Gleiche Ansicht: Weber (E-Commerce), 276. Das LG Kiel, 20.6.2000, hatte sich unabhängig vom UWG mit der Frage der Einteilung von Werbe-Email als Werbe- oder Verkaufsmethode zu befassen. Zutreffend nach der hier vertretenen Auffassung erwägt es differenziert: „Es ist im Einzelfall zu ermitteln, ob die jeweilige Erklärung nur den Sinn hat, den potentiellen Vertragspartner über das eigene Leistungsangebot werbend zu informieren oder ob seine Äusserung vom Empfängerhorizont her einen Rechtsbindungswillen enthält.“ Vgl. LG Kiel, 20.6.2000, Geschäftsnummer: 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, am Schluss.

¹⁴⁶ Friedrich (Werbemethoden), 94, m.H.a. die betreffenden Textstellen in den Protokollen beider Räte.

¹⁴⁷ Pedrazzini (UWG), 152; Schlupe (Werbung), 86 f.; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 81; David (Reformauswirkungen), 102; SIWR-Streuli-Youssef, 100; Baudenbacher (Schwerpunkte), 35.

¹⁴⁸ Das Tatbestandselement der Aggressivität ist im Zusammenhang mit dem Tatbestandselement der beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit zu verstehen, vgl. Botschaft UWG, 59; Glöckner (Telemarketing), 58 f.; SIWR-Streuli-Youssef, 102.

¹⁴⁹ Die Beispiele stammen aus Schlupe (Werbung), 87 ff.; SIWR-Streuli-Youssef, 102; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 81 ff.; Friedrich (Werbemethoden), 102 ff.; Knaak/Ritscher (Werbung), Rz. 143.

Empfänger kann ohne Druck und Beeinflussung entscheiden, ob er die darin angepriesenen Leistungen erwerben will. Der Wettbewerb wird nicht verfälscht.

Hingegen wird die diesbezüglich ähnliche Telefaxwerbung in der Literatur häufig der aggressiven Werbung oder Verkaufsmethode zugerechnet¹⁵⁰. FRIEDRICH stellt indessen zutreffend fest, dass deren Unzumutbarkeit nicht in der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, sondern in der Belastung des Empfangsgeräts liegt¹⁵¹.

Schlussfolgernd ist festzuhalten, dass das Verbot aggressiver Verkaufsmethoden bzw. Werbung das Versenden von Werbe-Email nicht untersagt. Das Tatbestandselement der Aggressivität ist nicht erfüllt.

5. Einwilligung

Selbstverständlich ist Werbe-Email zulässig, wenn der Empfänger zuvor eingewilligt hat¹⁵². Das kann beispielsweise im Rahmen einer Softwareregistrierung, beim Hinterlassen der Email-Adresse auf der Homepage eines Unternehmens oder durch den Eintrag in eine Mailing-List für die Bewerbung einer bestimmten Produktkategorie geschehen. Bisweilen entschädigen Nutzer mit der Hinterlegung persönlicher Angaben und mit dem Empfang darauf abgestimmter Werbe-Email den Konsum einer „Gratis“-Dienstleistung im Internet¹⁵³.

¹⁵⁰ Schluep (Werbung), 87; Friedrich (Werbemethoden), 111. Nach SIWR-Müller, 62, können unlautere Belästigungen zum Teil unter Art. 3 lit. h UWG subsumiert werden.

¹⁵¹ Friedrich (Werbemethoden), 111.

¹⁵² Widmer/Bähler, 208.

¹⁵³ Jöhri (Werbung), 110.

F. Exkurs: Rechtsprechung in Deutschland

1. Erste Entscheide

Im Gegensatz zur Schweiz sind in Deutschland zur Frage der Zulässigkeit von Werbe-Email bereits Urteile ergangen. Eine höchstinstanzliche Entscheidung liegt indes nicht vor.

In den ersten Urteilen haben die Gerichte durchwegs die Widerrechtlichkeit massenweise versandter unverlangter Email zu Werbezwecken festgestellt¹⁵⁴. Rechtliche Grundlage ist einerseits § 1 des deutschen UWG¹⁵⁵, den die Schweizer Lehre bisweilen als Pendant zu Art. 2 UWG betrachtet¹⁵⁶. Andererseits ist § 823 Abs. 1 dBGB einschlägig¹⁵⁷, dessen Regelungsmechanismus jedoch dem § 1 dUWG sehr ähnlich ist¹⁵⁸. Er bietet eine Anspruchsgrundlage bei einem Eingriff in den Geschäftsbetrieb, die Persönlichkeit, die Ehre etc.¹⁵⁹

Die Gerichte haben zunächst untersucht, ob Werbe-Email für den Empfänger eine unlautere Belästigung darstellt. Dazu wurden die Urteile zur Werbung mit anderen Medien der Individualkommunikation hinzugezogen¹⁶⁰. Der Vergleich ist jedoch mit allen vorgebrachten Medien misslungen, weshalb die Richter ihre Entscheide nicht auf den entsprechenden Präjudizien abstützten. Verglichen mit Werbe-Email dringt die Telefonwerbung ungleich weiter in die Privatsphäre vor. Mitteilungen durch den Telefax

¹⁵⁴ LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171; LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187. Freitag/Busemann (elektronische Post), 479, sprechen von engen juristischen Grenzen für Werbe-Email.

¹⁵⁵ LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171.

¹⁵⁶ Weber (Subventionsnetz), 205.

¹⁵⁷ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187.

¹⁵⁸ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 188.

¹⁵⁹ Thomas (in Palandt), § 823 Rz. 3 ff., 175 ff. § 823 dBGB unter dem Randtitel „Schadenersatzpflicht“ lautet:

„1 Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die 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 Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

¹⁶⁰ Ausführlich: LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171 f.

blockieren das System des Empfängers weit intensiver. Die Entscheidung zum Bildschirmtext ist in einem anderen technischen und gesellschaftlichen Umfeld ergangen. Und auch der Vergleich mit der Briefwerbung taugt nicht, weil diese um vieles kostenintensiver ist, so dass der Versender am allzu intensiven Gebrauch dieser Werbemethode kein Interesse hat.

Doch auch ohne Analogieschluss haben deutsche Gerichte im Versenden von Werbe-Email eine unzulässige Belästigung erkannt. Das Landgericht Berlin hat ausgeführt: „Der Abruf der eMail-Nachrichten erfolgt ‚online‘. Jede – auch erwünschte – Nachricht, die übertragen wird, verlängert die Übertragungszeit. Der Empfänger muss Arbeitszeit aufwenden, um die Werbe-Email auszusondern. Zudem muss er die darauf entfallenden Telekommunikationsgebühren zahlen. Schliesslich ist zu befürchten, dass eine grosse Anzahl von Werbesendungen die Speicherkapazität der Empfänger-Mailbox überschreiten. In diesem Fall kann es sogar zu Datenverlusten kommen oder zu Rücksendungen (mit Fehlermeldung) der eingehenden Nachrichten an den Absender“¹⁶¹. Zudem dringt laut dem Landgericht Traunstein eine Email stärker in den Betriebsablauf ein als z.B. die mit der herkömmlichen Post überbrachte Werbung¹⁶². Diese Argumente werden nach Feststellung des Landgerichts Ellwangen/Jagst allenfalls abgeschwächt, wenn der Nutzer bereits vor dem Herunterladen die Werbeeigenschaft der einzelnen Email in der Betreffzeile erkennen kann¹⁶³.

Daneben hat ein deutsches Gericht in der Zusendung von unverlangter Werbe-Email einen Eingriff ins allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers erkannt¹⁶⁴. Anspruchsgrundlage bietet § 823 Abs. 1 dBGB.

Weiter haben sich die deutschen Gerichte mit der Frage befasst, welche Folgen die Zulässigkeit von Werbe-Email hätte. Man rechnete mit einer Zunahme der Werbe-Email¹⁶⁵. Von „Ausuferungsgefahr“, „Sog- und Nachahmungseffekt“ war die Rede¹⁶⁶. Für den einzelnen Empfänger wäre die steigende Zahl der Werbe-Email-Nachrichten eine unerträgliche Belästigung.

¹⁶¹ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 188. Vgl. auch LG Ellwangen/Jagst, 27.8.1999; CR 2000, 188, 189.

¹⁶² LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171, 172.

¹⁶³ LG Ellwangen/Jagst, 27.8.1999; CR 2000, 188, 189. Im beurteilten Sachverhalt traf der Versender jedoch keine entsprechenden Vorkehrungen, weshalb diesbezüglich keine endgültige Beurteilung erging.

¹⁶⁴ AG Brakel, 11.2.1998; MMR 1998, 492.

¹⁶⁵ LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171, 172.

¹⁶⁶ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 188.

Deutsche Gerichte haben auch die Frage geprüft, ob Werbe-Email zuzulassen ist, wo sich doch der einzelne Empfänger mit Filterprogrammen behelfen kann¹⁶⁷. Diese sind aber nach Feststellung der Gerichte zu wenig verlässlich. Zu gross sei die Gefahr, dass wichtige Mitteilungen ebenfalls ausgefiltert würden. Einzig die Verpflichtung des Werbenden, wonach dieser seine Email in der Betreffzeile als Werbung zu kennzeichnen habe, lasse eine zuverlässige Filterung zu¹⁶⁸. Diese Pflicht müsse allenfalls vom Gesetzgeber statuiert werden¹⁶⁹.

Die EU-Fernabsatzrichtlinie¹⁷⁰ legt fest, dass bestimmte Techniken der Individualkommunikation, zu denen auch die Email-Werbung gehört, ausgeübt werden dürfen, solange sie der Verbraucher nicht offenkundig ablehnt¹⁷¹. Deutsche Gerichte haben unterschiedliche Erwägungen vorgebracht, nach denen ihre Urteile im Einklang mit der Fernabsatzrichtlinie stehen¹⁷². Nach Feststellung des Landgerichts Berlin ist die von der Richtlinie verlangte offenkundige Ablehnung zu vermuten, wenn man die derzeit grosse Einwirkung der Werbe-Email auf den Nutzer bedenkt¹⁷³. Weiter war laut Landgericht Berlin die Umsetzungsfrist der Richtlinie im Zeitpunkt der Beurteilung ohnehin noch nicht abgelaufen, weshalb die Richtlinie in Ermangelung einer darauf basierenden innerstaatlichen Gesetzgebung noch gar keine Wirkung entfaltete. Das Landgericht Traunstein hat auf den Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie verwiesen, der den Einzelstaaten strengeres Regelwerk gestattet. Das Verbot unerwünschter Email stelle eine solche Verschärfung dar¹⁷⁴.

¹⁶⁷ LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171, 172. LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 189.

¹⁶⁸ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 189.

¹⁶⁹ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 189, m.H. zur deutschen Literatur. Zwischenzeitlich hat der europäische Gesetzgeber diese Pflicht statuiert in Art. 7 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. L 178 vom 17.7.2000, S. 1.).

¹⁷⁰ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144 vom 4.6.1997, S. 19).

¹⁷¹ Art. 10 Abs. 2 Fernabsatzrichtlinie. Vgl. auch die ausführliche Betrachtung bei Funk (Grenzen), 414 ff. Für die Rechtssetzung zu Werbe-Email in der EU, vgl. Weber (E-Commerce), 279 ff.

¹⁷² Vgl. dazu auch Weber (E-Commerce), 281 f.

¹⁷³ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 189.

¹⁷⁴ LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171, 172. Zustimmend: Möschel (Aspekte), 382. Das LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 189, steht dieser Schlussfolgerung skeptisch gegenüber.

Das im Ergebnis grundsätzliche Verbot von Werbe-Email gilt selbstverständlich nicht bei vorausgegangener Zustimmung des Empfängers. Eine solche darf laut deutscher Rechtsprechung aber nicht ohne Hinweis vermutet werden. Auch eine Registrierung der Email Adresse in einem öffentlich zugänglichen Register sei keine Einladung zur Zusendung von Werbe-Email¹⁷⁵. Nicht einmal wenn der künftige Empfänger seine Adresse auf der Internet-Seite des Versenders eintrage, liege ein genügend starker Hinweis für Zustimmung vor¹⁷⁶.

2. Jüngere Rechtsprechung

Zwei jüngere Entscheide – beide betreffen dieselbe Streitigkeit – lockern die bis zu jenem Zeitpunkt restriktive Haltung deutscher Gerichte gegenüber Werbe-Email¹⁷⁷. Mit unterschiedlicher Begründung haben beide Gerichte das Versenden der beanstandeten Email als zulässig erachtet. Die Gerichte stellen in ihren Erwägungen einige Fragen klar und klammern andere Fragen explizit aus.

Weil zwischen den Parteien kein Konkurrenzverhältnis besteht, fand das dUWG bei der Beurteilung keine Anwendung¹⁷⁸. Als Anspruchsgrundlage blieb § 823 dBGB, welcher ähnlich dem Art. 41 OR dem Schutz gesetzlich genannter Vermögensrechte oder absoluter Rechte dient¹⁷⁹. Die Gerichte überprüften eine Reihe derartiger Rechte: das Persönlichkeitsrecht, die negative sowie die positive Informationsfreiheit und den Eingriff in den Geschäftsbetrieb oder in das Eigentum.

Das unterinstanzliche Amtsgericht erkannte im erstmaligen unaufgeforderten Zusenden einer Werbe-Email keine Persönlichkeitsverletzung¹⁸⁰. Mutmassliches künftiges Verhalten anderer Versender (Nachahmung, Sogeffekt) hat es dem Beklagten nicht anrechnen wollen¹⁸¹. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt dagegen nach Feststellung des Land-

¹⁷⁵ AG Brakel, 11.2.1998; MMR 1998, 492.

¹⁷⁶ LG Ellwangen/Jagst, 27.8.1999; CR 2000, 188, 189.

¹⁷⁷ Es handelt sich dabei um denselben Sachverhalt. Dieser wurde zunächst vom AG Kiel und später vom LG Kiel beurteilt, AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>; LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>.

¹⁷⁸ LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 2.

¹⁷⁹ Für die Schweiz: Guhl/Koller, § 24 Rz. 2 ff.; für Deutschland: Thomas (in Palandt), § 823 Rz. 1 ff.

¹⁸⁰ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, II 3.

¹⁸¹ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, III. So auch in der deutschen Literatur: Busche/Kraft (electronic mail), 1148.

gerichts vor, wenn Werbe-Email noch versendet wird, nachdem der Adressat seinen Missmut gegenüber dem Absender oder in einem dafür bereitgestellten öffentlichen Register erklärt hat¹⁸². Weiter hat das Landgericht erwogen, ob eine Persönlichkeitsverletzung bereits schon durch das Zusenden einer einzelnen Werbe-Email stattfindet, weil diese möglicherweise im Konzert mit zahlreichen anderen Werbe-Email-Nachrichten einen rechtserheblichen Eingriff darstellt¹⁸³. Diese Frage hat das Gericht allerdings ausdrücklich offengelassen. Es hat in der streitbaren Email nämlich gar keine Werbung erkannt, sondern ein verpflichtendes Angebot¹⁸⁴. Darauf seien nicht dieselben Überlegungen anwendbar wie bei der Werbung. Angebote über Email würden weit seltener erfolgen als Email-Werbung und belasteten deshalb den Empfänger selbst im Konzert mit anderen Angeboten nur beschränkt. Eine Überhäufung der Nutzer mit als Angebot getarnter Werbe-Email sei unwahrscheinlich, weil die meisten Versender die damit verbundene Verpflichtung scheuen würden.

Die negative Informationsfreiheit beinhaltet das Recht, sich nach Wunsch Informationen fernzuhalten¹⁸⁵. In der Literatur wird darin eine rechtliche Grundlage für ein Verbot von Werbe-Email erkannt¹⁸⁶. Das Amtsgericht hat sich ausführlich mit diesem Gedankengang auseinandergesetzt, ist ihm aber schliesslich nicht gefolgt¹⁸⁷. Die negative Informationsfreiheit sei in erster Linie Abwehrrecht gegen staatliche Propaganda und richte sich nicht gegen jeden Kommunikationsversuch eines Privaten¹⁸⁸.

Weiter hat der Kläger vorgebracht, seine positive Informationsfreiheit werde durch Werbe-Email beeinträchtigt¹⁸⁹. Der Empfang erwünschter Information werde wegen der Belastung durch die Werbe-Email erschwert. Das erkennende Gericht hat dieses

¹⁸² LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 4.

¹⁸³ LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 4.

¹⁸⁴ LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 5.

¹⁸⁵ Rechtsgrundlage ist Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes.

¹⁸⁶ Fikentscher/Möllers (Grenze), 1337 ff.

¹⁸⁷ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, II 2. a.

¹⁸⁸ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, II 2. a. In LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 3, wird die Drittwirkung der negativen Informationsfreiheit bezweifelt. Darüber hinaus könne der Empfänger der Email sich die Information durch einfaches Löschen fernhalten.

¹⁸⁹ Rechtsgrundlage für die positive Informationsfreiheit ist Art. 5 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes.

Vorbringen jedoch nicht als genügend substantiiert erachtet, weshalb es sich mit der Rechtsfrage nicht auseinandersetzt¹⁹⁰.

Einen Eingriff in den Geschäftsbetrieb haben die Gerichte verneint, weil der Empfänger gar keinen Geschäftsbetrieb unterhält, der durch die Email hätte beeinträchtigt werden können¹⁹¹.

Schliesslich beeinträchtigt Werbe-Email laut Amtsgericht auch nicht das absolute Eigentumsrecht. Eine Analogie zum Verbot der unverlangten Werbung mit Telefax, wo durch den Verbrauch von Papier und Toner des Empfängers in fremdes Eigentum eingegriffen werde, biete sich nicht an¹⁹².

G. Ergebnis

1. Entwicklung in den untersuchten Rechtsordnungen

Die Rechtslage in den USA, in Deutschland und in der Schweiz sah zunächst eine harte Haltung gegenüber Werbe-Email vor. Diese Haltung hat sich zwischenzeitlich etwas gelockert.

Der Präzedenzfall in den USA vom 3. Februar 1997 gab dem Internet Service Provider (ISP) das Recht, das Zusenden von Werbe-Email auf dessen Infrastruktur zu untersagen¹⁹³. Nach dieser Regel kann der ISP ungeachtet der Präferenzen seiner Nutzer entscheiden, ob er unaufgeforderte Werbe-Email zulassen will oder nicht. Der Nutzer kann lediglich mit der Wahl des ISP darauf reagieren. In später ergangenen Gesetzen und Gesetzesentwürfen hat die Regel, wonach die Zulässigkeit von Werbe-Email im Ermessen des ISP steht, teilweise eine Lockerung erfahren. Einige Regelungsmechanismen ermöglichen dem einzelnen Nutzer, selber über den Empfang oder die Ablehnung von Werbe-Email zu entscheiden. Andere Gesetzesregeln widerspiegeln dagegen den erwähnten Präzedenzentscheid, wenn sie den Regeln des jeweiligen ISP Gesetzeskraft verleihen.

¹⁹⁰ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, II 2. b.

¹⁹¹ LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>, 3.

¹⁹² AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>, II 3.

¹⁹³ Compuserve, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F.Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997).

Erste Entscheide in Deutschland haben Werbe-Email verboten¹⁹⁴. Die Belästigung in Form von Sortieraufwand, kostenpflichtiger Online-Zeit und Risiko des Überlaufens der Mailbox sei zu gross, denn zu erwarten sei die Nachahmung dieser Methode durch zahlreiche Werber. In jüngeren Entscheiden wird die Belästigung durch Werbe-Email als erträglich beurteilt¹⁹⁵. Die Gefahr der Nachahmung dürfe dem einzelnen Versender nicht angerechnet werden. Erst wenn der Empfänger entgegen seinem ausdrücklichen Willen Werbe-Email erhalte, liege ein widerrechtliches Versenden vor.

In der Schweiz sind, soweit ersichtlich, noch keine Entscheide zu Werbe-Email ergangen. Die Ansichten in der Literatur entwickelten sich jedoch ähnlich wie die Regelungen in den anderen betrachteten Rechtsgebieten von einer harten Haltung gegenüber Werbe-Email zu einer Lockerung. Zunächst erachtete man in der Schweizer Literatur Werbe-Email analog zur unlauteren Telefaxwerbung als rechtswidrig¹⁹⁶. Die Beeinträchtigung des Empfängers in Form von kostenpflichtiger Online-Zeit, Sortieraufwand und Risiko des Datenverlusts sei nicht tragbar. Demgegenüber wird in der jüngeren Literatur die Belästigungswirkung einer einzelnen Werbe-Email als geringfügig erachtet¹⁹⁷. Zudem sei eine weit verbreitete Nachahmung von Werbe-Email-Sendungen eine fragwürdige Prognose und dürfe dem Verhalten des einzelnen Versenders bei der Beurteilung ohnehin nicht angerechnet werden¹⁹⁸. Die einzelne Werbe-Email sei aber nur zulässig, sofern sie als Werbung gekennzeichnet und mit korrekter Absenderangabe versehen sei¹⁹⁹.

Woran liegt diese in verschiedenen Rechtsräumen erkennbare historische Entwicklung hin zu einer Lockerung? Nach der hier vertretenen Ansicht sind zumindest drei Gründe erkennbar: die schnellere und preisgünstigere Datenübertragung, die breitere Nutzerschaft des Internets sowie aufgeklärtere Gerichte.

¹⁹⁴ LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187; LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998, 171.

¹⁹⁵ AG Kiel, 30.9.1999; 110 C 243/99; <http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm>; LG Kiel, 20.6.2000; 8 S 263/99; <http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm>.

¹⁹⁶ Widmer/Bähler, 207 f. Jedoch macht bereits in der früheren Literatur Rosenthal (Projekt), 108 f., die Widerrechtlichkeit von Werbe-Email von der ausdrücklichen Ablehnung durch den Empfänger abhängig.

¹⁹⁷ Jöhri (Werbung), 108. Vgl. jedoch in der jüngeren Literatur die eher restriktive Haltung bei Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. h, Rz. 75 ff., 85.

¹⁹⁸ Jöhri (Werbung), 109 f.

¹⁹⁹ Weber (E-Commerce), 278.

Können Daten schneller und günstiger übermittelt werden, stellt auch die Übermittlung von Werbe-Email eine finanziell geringere Belastung dar. Tatsächlich fällt die finanzielle Aufwendung zum Empfang einer einzelnen Werbe-Email durchschnittlicher Grösse heute nicht mehr ins Gewicht. Damit verbundene Ausgaben liegen kaum über den Kosten, die dem Empfänger einer physischen Werbe-Botschaft entstehen.

Die nunmehr breitere Nutzerschaft des Internets hat eine andere Einstellung zur kommerziellen Nutzung des Internets als die Nutzer der frühen neunziger Jahre. Diese kannten das Internet ausschliesslich als offene Plattform zum Austausch von Informationen und Meinungen. Gewinnstreben war der frühen Internet-Kultur fremd. Für die Nutzer der ersten Stunde bedeutet jede Kommerzialisierung des Internets einen Eingriff in die gewohnte Umgebung. Verständlich deshalb, dass diese Nutzer Werbe-Email nach wie vor ablehnen, weil damit das zu Bytes und Bits gewordene Gewinnstreben im Internet bis zu ihren Mailboxen vordringt²⁰⁰. Jüngere Nutzer dagegen kennen das Internet auch als Marktplatz und sind deshalb gegenüber Marktaktivitäten wie Werbung offener²⁰¹. Diese veränderte Einstellung des durchschnittlichen Nutzers gegenüber Geschäftstätigkeit im Internet hat nach der hier vertretenen Auffassung Gesetzgeber, Gerichte und Lehre beeinflusst.

Schliesslich darf nicht vergessen werden, dass die erkennenden Gerichte, falls sie überhaupt über Werbe-Email zu entscheiden hatten²⁰², mit der neuen Internet-Materie anfänglich etwas überfordert waren²⁰³. Digitale Daten auf den eigenen Rechner aufzuzwingen zu bekommen, mutete nach einem verwerflichen Eingriff in die Sphäre des Betroffenen an. Zwischenzeitlich haben breite Bevölkerungsschichten und mit ihnen die Gerichte erkannt, dass unaufgeforderte digitale Datenströme in geringem Umfang eine Selbstverständlichkeit sind und keiner vorausgehenden Erlaubnis bedürfen²⁰⁴. Heikel

²⁰⁰ Nach Busche/Kraft (electronic mail), 1146, wären die Nutzer der ersten Stunde über eine Zulässigkeit von Werbe-Email brüskiert.

²⁰¹ Wired News, October 27, 2000, Glasner, Joanna: „Oh Yum: There’s More Spam“; <<http://www.wired.com/news/culture/0,1284,39832,00.html>>: „(...) more people are viewing spam as a good form of cheap advertisement.“

²⁰² In der Schweiz gibt es, soweit ersichtlich, keine gerichtliche Entscheidung über Werbe-Email.

²⁰³ Vgl. z.B. Wired News, Jan. 21, 2000, Howe, Jeff: DVD Hackers Take a Hit in NY; <<http://www.wired.com/news/politics/0,1283,33816,00.html>>: „(...) said the judge, who pronounced Linux with a long ‚i‘ (the correct pronunciation is LIH-nix), and required a short briefing on the concept of linking.“

²⁰⁴ Nutzer wissen – selbst wenn sie gezielt Informationen von einem Server herunterladen – nicht, welche für den erwünschten Transfer unnötigen Daten zusätzlich den Weg zum eigenen Rechner finden.

wird es erst, wenn die unaufgefordert zugestellten Daten beim Nutzer einen Schaden anrichten oder ein Eigenleben entwickeln, z.B. indem sie Informationen über den Nutzer an ihren Ausgangspunkt zurücksenden.

2. Ökonomische Betrachtung und UWG

Aus ökonomischer Sicht hat Werbe Email drei sich teilweise entgegenstehende Effekte²⁰⁵. Werbe-Email senkt erstens die Suchkosten der Abnehmer nach geeigneten Gütern und Dienstleistungen. Zweitens intensiviert sie den Wettbewerb, weil sich Informationen über Qualität und Preis von Leistungen preisgünstig an den Abnehmer herantragen lassen, worauf dieser seine Funktion als Schiedsrichter im Markt besser wahrnehmen kann. Diesen zwei positiven Effekten steht drittens der negative Belästigungseffekt von Werbe-Email entgegen. In grosser Menge stellt Werbe-Email eine Belästigung für den Empfänger dar, weil dieser die Kosten für das Herunterladen der Email und das Risiko einer überlaufenden Mailbox zu tragen hat. Zudem ist auch das Aussortieren der Werbe-Email ein Ärgernis.

Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist demnach ein Interesse an Email-Werbung vorhanden, weil sie den Wettbewerb intensiviert. Ein individuelles Interesse an Werbe-Email besteht, weil der Empfänger dadurch Suchkosten einsparen kann. Jedoch hat der Einzelne auch ein Interesse am Ausbleiben von Werbe-Email, nämlich wenn er diese in grossem Ausmass als Belästigung empfindet.

Diese gesamtwirtschaftlichen und individuellen Interessen müssen bei der Anwendung des UWG auf Werbe-Email aus den folgenden Gründen Beachtung finden.

Erstens zielt das UWG unter anderem auf die Schaffung grösstmöglichen Wohlstands ab²⁰⁶. Deshalb ist es gerade bei der Anwendung des UWG auf Konflikte im Internet empfehlenswert, eine Lösung zu suchen, die auf geringstmögliche Transaktionskosten, insbesondere Suchkosten, im Markt abzielt. Denn bei geringen Transaktionskosten gelangen Leistungen leichter an den Ort ihrer höchsten Wertschätzung und vermögen dadurch den grösstmöglichen Beitrag zur Wohlstandsmehrung beizutragen.

Zweitens schützt das UWG direkt das Interesse der Abnehmer, ihre Bedürfnisse mit geringem Aufwand mit den unterschiedlichen Angeboten zu vergleichen. Zahlreiche

²⁰⁵ Vgl. die ökonomische Betrachtung weiter vorne, VI.C. (S. 211 ff.).

²⁰⁶ Für eine Analyse der Parallelen zwischen Ökonomischer Analyse und Zielsetzung des UWG, vgl. weiter vorne, IV.D. (S. 82 ff., insb. 96 ff.).

Einzelatbestände zielen auf Wahrheit und Klarheit im Geschäftsverkehr ab. Wissen des Abnehmers über das Angebot ist Voraussetzung für den wirtschaftlichen Wettbewerb, den das UWG bezweckt²⁰⁷.

Drittens entspricht das gesamtwirtschaftliche Interesse an einem intensivierten Wettbewerb einem Ziel des UWG. Das UWG bezweckt den funktionierenden Wettbewerb. Von diesem „(...) erwartet man gesamtwirtschaftlich die günstigsten Ergebnisse, eine ständige Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und einen optimalen Schutz der Konsumenten, die (...) sowohl in preislicher als auch in angebotsmässiger Hinsicht profitieren.“²⁰⁸ Nur ein intensiver Wettbewerb kann diese Resultate erbringen.

Und viertens wird auch das individuelle Interesse des Abnehmers, nicht belästigt zu werden, vom UWG geschützt, zumindest wenn mit der Belästigung die Entscheidungsfreiheit des Abnehmers beeinträchtigt wird²⁰⁹. Unklar ist in der Lehre, ob eine Belästigung des Abnehmers ohne Beeinflussung seines freien Willens auch unter das UWG zu subsumieren ist oder ob dabei andere Regeln zum Zuge kommen²¹⁰. Zu denken ist etwa an Persönlichkeitsrechte, Eigentums- und Besitzschutz sowie Tatbestände aus dem Strafrecht. Wird eines dieser Rechte verletzt, kann unter Umständen Unlauterkeit durch Rechtsbruch vorliegen. So kann z.B. die Verletzung der Persönlichkeit des Konsumenten unlauter sein²¹¹. Das Bundesgericht hat die Frage, ob eine Belästigung ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit unlauter sein kann, soweit ersichtlich, nicht geklärt²¹².

²⁰⁷ Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 183.

²⁰⁸ Botschaft UWG, 30.

²⁰⁹ Knaack/Ritscher (Werbung), Rz. 148 ff.

²¹⁰ So nennen z.B. SIWR-Müller, 62, David (Wettbewerbsrecht), Rz. 59, und Knaack/Ritscher (Werbung), Rz. 143 ff., die Belästigung als Form unlauteren Verhaltens. Die drei Autoren relativieren jedoch insoweit, als sie immer auch die Einwirkung auf den Entscheidungswillen des Umworbenen zumindest mit ins Spiel bringen. David (Wettbewerbsrecht), Rz. 311, erachtet die Telexwerbung als unlauter, und zwar nicht wegen einer Beeinflussung des Kaufwillens, sondern wegen der Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit des Empfängers durch das Besetzen des entsprechenden Geräts. Gleichwohl erkennt David (Wettbewerbsrecht), Rz. 309, die Telefonwerbung aufgrund der dabei unbeeinflussten Entscheidungsfreiheit als lauter. Jöhri (Werbung), 107 f., m.H.a. Knaack/Ritscher, Rz. 150, unterstützt die Anwendung des UWG auf Belästigungen ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit. Ebenso Schlupe (Werbung), 94, Friedrich (Werbemethoden), 111, und Widmer/Bähler, 205, welche die Belästigung trotz fehlender Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in ihre lauterkeitsrechtlichen Überlegungen einbeziehen.

²¹¹ Pedrazzini (UWG), 68, m.H.a. BezGer Zürich, 13.6.1989; SJZ 1990, 288, 291 f. (Porno-Mailing).

²¹² Zwar befasst sich das Bundesgericht in BGE 125 I 369 (Scientology) im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle mit einem kantonalen Erlass, welcher die Rechtsfolge beim Vorliegen von Unlauterkeit, Täuschung oder Belästigung vorsieht. Dabei ging es jedoch um die Zulässigkeit der Beschränkung der

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Belästigung ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit unter das UWG subsumierbar, weil die Belästigung ein marktgerichtetes Verhalten ist. Der Unwert der Belästigung liegt dabei aber nicht in der Wettbewerbsverfälschung, denn eine solche liegt aufgrund der unbeeinflussten Entscheidungsfreiheit des Abnehmers nicht vor. Unzumutbare Belästigungen sind nach der hier vertretenen Ansicht vielmehr zu ahnden, weil sie zu einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigung des betroffenen Abnehmers führen. Solche Beeinträchtigungen vermögen zwar die Kaufentscheidung nicht zu beeinflussen, sie erschweren diese jedoch, weil die Auswahl der wesentlichen Information aufwendiger und mühseliger wird. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, wird dadurch der Gütertausch beeinträchtigt.

Die drei aufgezeigten Interessen – Schutz vor Belästigung, geringer Informationsaufwand, Intensivierung des Wettbewerbs – stehen teils im Einklang, teils in einem Spannungsverhältnis zueinander. Bei der Beurteilung von Werbe-Email, gestützt auf das UWG, muss dieses Spannungsverhältnis zwischen der Belästigung und den wirtschaftlichen Vorteilen aufgelöst werden.

Wettbewerbshandlungen sind unlauter, wenn sie gegen Treu und Glauben verstossen. Das Unrecht liegt entweder in der Verletzung der Geschäftsmoral oder in der Missachtung der Funktionsregeln des Wettbewerbs²¹³. Der Wettbewerb, als erwünschte Form der Wirtschaftssteuerung, ist bei jeder Beurteilung eines lauterkeitsrechtlich relevanten Vorfalles im Auge zu behalten²¹⁴ und nach Möglichkeit zu fördern²¹⁵. Streng ökonomisch

Religionsfreiheit, weshalb „(...) das UWG keine hinreichenden Anhaltspunkte zum Verständnis des Begriffs ‚unlauter‘ in der angefochtenen Bestimmung enthält, weil es auf den grundsätzlich andersartigen wirtschaftlichen Wettbewerb zugeschnitten ist“ (E. 6b). Die im Entscheid festgestellten unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Unlauterkeit bzw. Belästigung vermögen deshalb keinen Hinweis darüber zu geben, ob eine Belästigung ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit unlauter sein kann. In BGE 102 II 286 werden unangemeldete Vertreterbesuche grundsätzlich als zulässig erachtet. Unlauterkeit könne aber im Verhalten des jeweiligen Vertreters liegen.

²¹³ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 58; SIWR-Müller, 23. Daneben existiert als dritter Ansatz das sog. „Leistungsprinzip“, welches das Bundesgericht jedoch in BGE 107 II 277, 283 verwarf. Vgl. weiter vorne, IV.B.3.5 (S. 61 ff.).

²¹⁴ Botschaft UWG, 30 f.; Baudenbacher (Schwerpunkte), 16 ff.; SIWR-Müller, 23 ff.; Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 24; Fiechter (Leistungsschutz), 19. Vgl. auch die Ausführungen zur funktionalen Auslegung des UWG weiter vorne, IV.B.3.3 (S. 58 f.).

²¹⁵ Nach Baudenbacher (Schwerpunkte), 17, erhält und fördert jede wirtschaftsrechtliche Norm das System. Letzteres ist in diesem Fall der Wettbewerb.

betrachtet, ist eine lästige Wettbewerbshandlung solange erlaubt, wie ihr zusätzlicher Funktionalitätsgewinn in Form von verbessertem Wettbewerb die Störung durch den Belästigungseffekt aufzuwiegen vermag²¹⁶. Mit anderen Worten wird der Grenzertrag der untersuchten Wettbewerbshandlung mit den Grenzkosten der Belästigung verglichen. Diese ausschliesslich wirtschaftliche Betrachtungsweise ist aber dann aufzugeben, wenn es die Achtung der Persönlichkeit des Abnehmers erfordert. Belästigungen sind ab einer bestimmten Intensität unzulässig²¹⁷.

Werbe-Email ist dem Wettbewerb förderlich, wie bereits weiter vorne dargelegt wurde²¹⁸. Sie stellt jedoch in grossem Ausmass eine nicht hinzunehmende Belästigung dar.

Eine optimale Regelung lässt Werbe-Email in jenem Ausmass zu, in welchem wirtschaftlicher Nutzen abzüglich Kosten durch die Belästigung am grössten ist. Danach ist Werbe-Email solange erwünscht, als ihr Grenznutzen die Grenzkosten deckt. Eine starre Regelung, z.B. die Zulässigkeit der Zusendung einer bestimmten Anzahl von Werbe-Email, wird nicht die beste Lösung darstellen, weil jeder Nutzer des Internets eine eigene persönliche Nutzen- und Kostenfunktion hat. Die Regelung von Werbe-Email muss vielmehr so gestaltet sein, dass jeder Nutzer nach eigenem Belieben Werbe-Email empfangen und ablehnen kann.

Gegen diesen Ansatz mag man einwenden, die Belästigung durch die einzelne Werbe-Email bewege sich stets in einem erträglichen Rahmen. Und weiter lässt sich argumentieren, dem einen Versender von Werbe-Email könne das Verhalten eines anderen Versenders nicht angerechnet werden²¹⁹. Danach kann der einzelne Versender von Werbe-Email ungeachtet der Präferenzen des Empfängers gar nicht unlauter handeln, weil er allein nur eine geringe Belästigung verursacht und ihm das Verhalten gleichhandelnder nicht angerechnet werden darf.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann auch die minimale Belästigung lauterkeitsrechtlich relevant sein, wenn sie Teil einer einschneidenden Belästigung ist. Bezieht man Folgenerwägungen in diese Überlegung mit ein, lassen sich minimale Belästigungen

²¹⁶ Schluep (Werbung), 94, hinsichtlich Direktwerbung mit der normalen Post.

²¹⁷ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 59: „Der Käufer soll weder gebeutelnt noch belästigt werden.“ Nach Friedrich (Werbemethoden), 107, sowie SIWR-Müller, 62, ist ein gewisses Mass an Belästigung hinzunehmen.

²¹⁸ Am Anfang dieses Untertitels, S. 243.

²¹⁹ Jöhri (Werbung), 109 f., m.H.a. Berger (Konkretisierung), 253.

bereits vor einem mutmasslichen Umsichgreifen des angeprangerten Marktverhaltens verbieten. Voraussetzung für ein vorausseilendes Verbot einer geringfügigen Belästigung ist jedoch, dass im Rahmen einer Folgenanalyse die Wahrscheinlichkeit der Nachahmung als praktisch sicher eingestuft wird.

Werbe-Email ist im Einzelfall erträglich und wird erst im Konzert zur Plage. Im gegebenen Zeitpunkt ist die Belästigung wegen der geringen Anzahl von Werbe-Email-Nachrichten jedoch erträglich. Ein vorausseilendes Verbot setzt nach der hier vertretenen Ansicht voraus, dass diese Werbeform dereinst häufig verwendet wird und Nutzer demnach mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine entsprechende Belästigung erleiden werden²²⁰. Ob Werbe-Email eine derartige Verbreitung erleben wird, ist derzeit offen²²¹.

Nach der hier vertretenen Meinung ist ein Verbot von Werbe-Email wegen der Unsicherheit über das künftige Ausmass der Verwendung von Werbe-Email nicht tunlich. Zeichnet sich jedoch eine entsprechende Entwicklung ab, wäre ein Verbot gestützt auf die Generalklausel des UWG rein dogmatisch möglich. Von einem Totalverbot sollte aber zugunsten einer differenzierten Lösung abgesehen werden. Denn im richtigen Ausmass kann Werbe-Email durchaus positive wirtschaftliche Effekte in Form sinkender Transaktionskosten und intensivierten Wettbewerbs haben.

3. Regelungsvorschlag

3.1 Einleitung

Die Gesetzgebung in den USA, die jüngere Rechtsprechung in Deutschland sowie die jüngere Ansicht in der Schweizer Literatur lehnen alle ein generelles Verbot von Werbe-Email ab. Damit bewegt sich das Recht in die von ökonomischen Überlegungen vorgezeichnete Richtung²²². Denn Werbe-Email ermöglicht einen gesamtwirtschaftlichen Gewinn, solange sie nicht in grossem Ausmass zur Belästigung wird.

²²⁰ Solche Folgenüberlegungen wurden in den ersten Entscheiden in Deutschland gemacht, vgl. LG Traunstein, 18.12.1997; CR 1998 171, 172; LG Berlin, 13.10.1998; CR 1999, 187, 188.

²²¹ Am exorbitanten Zuwachs zweifeln Jöhri (Werbung), 109, und für Deutschland Freitag/Busemann (elektronische Post), 478, sowie Busche/Kraft (electronic mail), 1148.

²²² Nach der sog. Identitätsthese setzt sich im Verlaufe der Zeit jenes Recht durch, welches nach ökonomischen Gesichtspunkten effizient ist. Zur Identitätsthese: Eidenmüller (Effizienz), 466 ff.; Ott (Allokationseffizienz), 25 ff.

Nach der hier vertretenen Ansicht soll das Versenden von Werbe-Email in begrenztem Umfang erlaubt sein. Jeder Nutzer muss soviel Werbe-Email empfangen können, wie er will. Damit profitieren gleichsam der einzelne Nutzer wie auch die Gesamtwirtschaft im grösstmöglichen Ausmass.

Der vorgeschlagene Regelungsmechanismus besteht deshalb aus fünf Elementen, die dem einzelnen Nutzer den Empfang von Werbe-Email nach seinen individuellen Präferenzen ermöglichen²²³. Indirekt nimmt damit der vorgeschlagene Regelungsmechanismus das gesamtwirtschaftliche Interesse an der Intensivierung des Wettbewerbs wahr. Geregelt werden die Betreffzeile, der Umfang, Aspekte betreffend die Empfängerschaft sowie die Ablehnung von Werbe-Email. Einige der einbezogenen Regelungselemente sind in den USA auf einzelstaatlicher Ebene bereits Gesetz.

3.2 Kennzeichnung von Werbe-Email

Zunächst wird eine Pflicht zur Kennzeichnung von Werbe-Email in der Betreffzeile vorgeschlagen. Die Verpflichtung des Versenders zur Kennzeichnung der Werbe-Email eröffnet verschiedene Möglichkeiten für den Umgang mit Werbe-Email²²⁴. (1) Der Nutzer kann Werbe-Email von den anderen Email aussondern und nach Wunsch umgehend löschen. Wählt er eine Löschung bereits beim Provider, gelangt Werbe-Email gar nicht bis zum Nutzer, dem damit zusätzliche Online-Kosten erspart bleiben. Gleichsam vermeidet die automatische Löschung Zeitaufwand zum Aussortieren sowie das Risiko der überlaufenden Mailbox. Dieses Risiko lässt sich auch ohne automatische Löschung der Werbe-Email vermeiden, für den Fall, dass ein Nutzer einige Werbe-Email aufgrund ihres Informationsgehalts empfangen will. (2) Technisch betrachtet, lassen sich beim Provider nämlich problemlos zwei Mailboxen unter derselben Adresse einrichten. Die eine dient dem persönlichen Verkehr und wird regelmässig unterhalten. In der anderen wird die Werbe-Email abgelegt. Bei aufgebrauchter Speicherkapazität der möglicherweise selten konsultierten Mailbox für Werbung droht lediglich der Verlust weiterer Werbe-Email. (3) Und selbst wer alle Email in derselben Mailbox lagert und Werbe-Email wünscht, erkennt diese durch deren Bezeichnung schneller und verkleinert damit den Zeitaufwand beim Sortieren.

²²³ Ein ebenfalls auf einzelnen Elementen gestützter wettbewerbsrechtlicher Regelungsmechanismus für Werbe-Email findet man für Deutschland bei Busche/Kraft (electronic mail), 1145 ff.

²²⁴ In Deutschland unterstützen Busche/Kraft (electronic mail), 1146, die Kennzeichnungspflicht für Werbe-Email.

Einige U.S.-Staaten verlangen heute die Kennzeichnung von Werbe-Email²²⁵.

Die Pflicht zur Kennzeichnung der Werbe-Email ist nach der hier vertretenen Auffassung ein lauterkeitsrechtliches Erfordernis. Ein Verhalten des Versenders nach dem Grundsatz von Treu und Glauben erlaubt dem Empfänger einen haushälterischen Umgang mit Werbe-Email. Dem Empfänger soll ein einfaches Erkennen und ein automatisierter Umgang von bzw. mit Werbe-Email ermöglicht werden. Die Kennzeichnung von Werbe-Email dient diesem Anliegen. Aus der Vereinfachung der Informationsfilterung und damit der Informationssuche resultieren aber auch gesamtwirtschaftliche Vorteile. Abnehmer können sich leichter über Angebote informieren und damit ihre Funktion als Schiedsrichter im Wettbewerb besser wahrnehmen.

3.3 Umfang

Weiter wird an dieser Stelle verlangt, dass Werbe-Email einen möglichst geringen Umfang hat. Weil das Herunterladen von Werbe-Email Online-Zeit benötigt und damit Kosten verursacht, liegt der knappe Umfang von Werbe-Email im Interesse des Empfängers²²⁶. Die freie wirtschaftliche Betätigung des Anbieters wird nur schwach tangiert, denn für umfangreiche Verbraucherinformation kann die Email mit einer Internet-Seite verbunden werden. Bei Gebrauch eines gängigen Email-Programms kann der Nutzer mit einem einzigen Mausklick dorthin gelangen. Knapp gefasste Email vermindern schliesslich auch das Risiko der überlaufenden Mailbox .

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet dem Werber, die Interessen des Abnehmers zu berücksichtigen. Der Versender von Werbe-Email verhält sich gegenüber dem Abnehmer rücksichtsvoll, wenn er den Umfang seiner Mitteilungen so gering wie möglich hält²²⁷. Der zulässige Umfang darf im Zuge der wachsenden Übertragungskapazitäten leicht zunehmen²²⁸. Von Zulässigkeit unerbetener Zusendung von Graphiken, Musik oder gar Filmsequenzen im Rahmen von Werbe-Email ist man aber beim derzeitigen Stand der Technik noch weit entfernt.

²²⁵ Simmons (Spam), 401, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien und Tennessee und die Gesetzesentwürfe in North Carolina und New York.

²²⁶ So auch für Deutschland: Busche/Kraft (electronic mail), 1146.

²²⁷ Auch Weber (Information Highway), 139, erkennt im geltenden UWG das Gebot, Werbe-Email kurz zu fassen.

²²⁸ Dabei ist aber mit Busche/Kraft (electronic mail), 1146, nicht von der Infrastruktur des durchschnittlichen Nutzers, sondern von einer leistungsschwachen Empfängeranlage auszugehen.

3.4 Spezifische Ablehnung

Der Nutzer soll Zusendungen von bestimmten Absendern mit einfachen Mitteln verbieten können. Damit kann der Nutzer ohne Verzicht auf nützliche Werbe-Email jene Versender blockieren, die ihm chronisch uninteressante Werbe-Email schicken. Der Versender muss dem Nutzer eine entsprechende Erklärung möglichst leicht machen, etwa indem er die Betätigung eines einzigen Links im Werbe-Email dafür voraussetzt²²⁹. Einzelne Gesetze in den USA verlangen die Angabe einer Emailadresse oder einer Gratistelefonnummer, an die man seine Aufforderung zum Einhalt richten kann²³⁰. Auch für die Schweiz ist zumindest ein klar ersichtlicher Absender zu fordern²³¹.

Verlangt ein Nutzer Einhalt, so ist das weitere Zusenden von Werbe-Email unzulässig. Das gilt auch, wenn ein anderer Absender vorgetäuscht wird. Weitere Werbe-Email vom gleichen Versender ist jedoch trotz Ablehnung erlaubt, wenn sie eine sachlich stark abweichende Leistung bewirbt, denn über diese neu beworbene Produktgattung hat sich der Empfänger gegenüber dem Versender nicht geäußert. Will der betroffene Nutzer überhaupt keine Werbe-Email, kann er unter dem dargestellten Regelungsmechanismus entsprechende Vorkehrungen treffen. Unterlässt er diese, darf der Versender annehmen, der Nutzer sei an einer Werbung für eine bis anhin nicht beworbene Leistung interessiert.

Ein Versender folgt dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn er die Interessen des Abnehmers wahrnimmt. Dazu ermöglicht der Versender dem Empfänger von Werbe-

²²⁹ So z.B. die Handhabe bei der Werbe-Email von FreeRealTime.com, Inc., einem Dienstleister im Internet, der dem Empfänger im Gegenzug Echtzeit-Börsenkurse zur Verfügung stellt.

²³⁰ Simmons (Spam), 400, m.H.a. die Gesetzgebung in Kalifornien (Anlaufstelle am Anfang), Nevada, Delaware und Iowa; Simmons (Spam), 416 ff., m.H.a. zwei Bundesgesetzesentwürfe, den Inbox Privacy Act von 1999 und den Unsolicited Electronic Mail Act von 1999. Vgl. zum spezifischen Opt-out weiter vorne, VI.D.3.2.2 a) (S. 221 f.).

²³¹ In diese Richtung geht die Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, zu finden unter <<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ve-b-d.pdf>>, mit Begleitbericht unter <<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ber-b-d.pdf>>. Wer im Fernabsatz, einschliesslich elektronischer Geschäftsverkehr, Leistungen anbietet, hat nach Art. 3 lit b^{bis} UWG (neu) die Pflicht, „(...) klare und vollständige Angaben über seine Identität, seinen Sitz oder Wohnsitz, seine Adresse, (...)“ usw. zu machen. Art. 6a UWG (neu) klingt ähnlich: „Unlauter handelt insbesondere, wer (...) Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet und es dabei unterlässt: a. klare und vollständige Angaben über eine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post zu machen; b. (...)“. Offen bleibt, unter welchen Umständen Werbe-Email nach diesen zwei Bestimmungen beurteilt wird. Die vorgeschlagenen Regeln nennen als Regelungsgegenstand ausschliesslich das Leistungsangebot. Mit Werbe-Email werden jedoch Leistungen nicht stets angeboten, sondern auch ohne direkte Kaufgelegenheit lediglich beworben.

Email eine einfache Erklärung, aufgrund welcher er auf die Zustellung weiterer Werbe-Email verzichtet. Überhaupt entspricht die Angabe eines Absenders auf einer Werbesendung dem lauterkeitsrechtlichen Postulat nach Wahrheit und Klarheit im Geschäftsverkehr²³². Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wird der Wettbewerb durch das selektive Verbot intensiviert. Die Empfänger haben ein klareres Bild von den für sie interessanten Angeboten, wenn sie die uninteressanten mit einfachen Mitteln ausschliessen können.

3.5 Inhaltsangabe in der Betreffzeile

Werbe-Email belastet den Empfänger, u.a. weil die Sortierung der erwünschten von den unerwünschten Email einen grossen Zeitaufwand verursacht. Die Pflicht zur Kennzeichnung der Werbe-Email ermöglicht deren einfache Abspaltung von der übrigen elektronischen Post. Bei grossem Aufkommen von Werbe-Email wird aber selbst innerhalb dieser Gruppe das Sondieren zeitaufwendig. Deshalb wird an dieser Stelle eine Pflicht zur wahrheitsgetreuen Angabe zum Inhalt der Werbe-Email in der Betreffzeile, nebst der Angabe über die Eigenschaft als Werbung, vorgeschlagen²³³. Dadurch kann der Empfänger bereits anhand der Betreffzeile eine grosse Anzahl von Email ausschliessen. Mitunter erkennt er uninteressante Werbe-Email schon vor dem Herunterladen. Wird die Durchsicht der Werbe-Email erleichtert, vermindert sich die Belästigung durch diese Werbemethode.

Gegenüber dem Empfänger handelt der Versender nach Treu und Glauben, wenn er die Durchsicht der Werbe-Email so einfach wie möglich gestaltet. Dadurch spart der Empfänger Suchkosten. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, wird damit allgemein die Suche nach Angeboten erleichtert, die mit den jeweiligen Bedürfnissen der Abnehmer in Einklang stehen.

3.6 Gezielte Werbung

Nach der hier vertretenen Ansicht darf Werbe-Email nur an mutmassliche Interessenten für die beworbene Leistung geschickt werden. Eine solche Pflicht hat zumindest zwei wünschenswerte Effekte. Erstens sinkt der Anteil an uninteressanter Werbe-Email; auch die weiter vorne²³⁴ vorgeschlagene spezifische Ablehnung von Werbe-Email bestimmter Versender wird nämlich bei einer grossen Anzahl von Versendern zur Tortur. Zweitens

²³² Betreffend briefliche Direktwerbung: David (Wettbewerbsrecht), Rz. 83.

²³³ So in Deutschland auch Freitag/Busemann (elektronische Post), 477.

²³⁴ VI.G.3.4 (S. 250 f.).

steigen die Kosten von Werbe-Email, weil die Zusatzinformation über die mutmassliche Präferenz der Person hinter der Emailadresse einen Preis hat. Steigende Kosten von Werbe-Email führen zu einem Rückgang und damit zu einem gezielteren Einsatz dieser Werbeform²³⁵. Die Ansprüche an das Wissen um die Empfänger-Interessen dürfen jedoch nicht zu hoch gesteckt werden, weil sonst Email-Adressen im Adressen-Handel zu teuer werden. Teure Email-Adressen vermindern die Wirtschaftlichkeit der Email-Werbung und deren positiven Auswirkungen.

Der Versender erhält die Informationen über die Präferenzen vom Empfänger z.B. bei der Registrierung für einen Newsletter, einen Wettbewerb oder eine kostenlose Email-Adresse, wenn dabei weitere Daten des Registrierenden erfragt werden oder wenn die Eintragung in einem themenbezogenen Umfeld erfolgt. Oder er findet die Email-Adresse z.B. auf einer themenbezogenen Website oder in einer Newsgroup. Schliesslich wird sich auch ein Markt für Email-Adressen mit Angaben über die Präferenzen der Empfänger entwickeln.

Unzulässig ist nach diesem Regelungsvorschlag das Absuchen des Internets nach allen erhältlichen Emailadressen, um hernach Werbung an beliebige Nutzer zu senden.

Die gezielte Zusendung von Werbe-Email anhand der mutmasslichen Präferenzen des Empfängers entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben²³⁶. Dadurch nimmt der Versender das Interesse der Nutzer wahr, nicht mit uninteressanter Werbung überschüttet zu werden. Gesamtwirtschaftlich betrachtet, sparen alle Nutzer des Internets Suchkosten, weil die Werbung gewissermassen vorselektioniert ist. Die zusätzlichen Kosten auf der Versenderseite sind geringer als der Gewinn bei den Nutzern.

4. Generalklausel als Rechtsgrundlage

Die fünf vorgestellten Regeln sind nicht die einzigen denkbaren Regelungsmechanismen zur sinnvollen Nutzung von Werbe-Email, wie der Blick auf die mannigfaltigen Regeln in den USA gezeigt hat²³⁷. Sie haben aber den Vorteil, dass sie sich in die Generalklausel des UWG hineininterpretieren lassen. Denn einerseits sind die fünf Regeln Ausfluss

²³⁵ Heels (Spam), 24.

²³⁶ Vgl. z.B. Friedrich (Werbemethoden), 111, wonach Faxwerbung im geschäftlichen Verkehr zulässig ist, wenn sie die eigentliche Tätigkeit des Anschlussinhabers betrifft und weitere Voraussetzungen erfüllt.

²³⁷ Vgl. weiter vorne, VI.D. (S. 213 ff., insb. 221 ff.).

des Grundsatzes von Treu und Glauben des Versenders gegenüber dem Empfänger, und andererseits fördern sie Gesamtwirtschaft und Wettbewerb.

Die Klärung von Rechtsfragen im Internet über die Generalklausel und damit auf dem Wege der Rechtsprechung ergeht schneller als durch gesetzgeberisches Handeln²³⁸. Zudem kann der Richter flexibel auf neue Phänomene eingehen und, falls erforderlich, zuvor ergangenes Richterrecht korrigieren oder verfeinern²³⁹. Zwar steht auch Richterrecht unter dem Gebot der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes und darf deshalb nicht bei jedem Windstoss geändert werden²⁴⁰. Ein Gericht gibt jedoch eine bisherige Praxis auf, wenn bessere Argumente dazu den Weg weisen.

Im Vergleich zum Richterrecht erscheint Gesetzesrecht starr. Das Gericht darf sich nur über das Gesetz hinwegsetzen, wenn der Gesetzgeber offenkundig in einer irrigen Vorstellung über gewisse Tatsachen legiferierte, oder wenn sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes so stark geändert haben, dass eine Anwendung unter den geänderten Verhältnissen rechtsmissbräuchlich wäre²⁴¹. Lediglich unbefriedigende Rechtszustände hat der Richter jedoch hinzunehmen²⁴². Insbesondere im sich rasch ändernden Internet-Bereich besteht das Risiko, dass ein vorschnell erlassenes Gesetz in einem späteren Zeitpunkt zu einem unvorhergesehenen Hindernis bei der Entwicklung oder der kommerziellen Anwendung neuer technischer Errungenschaften wird.

5. Diskussion weiterer Regelungsmechanismen für die Schweiz

5.1 Überblick

Im folgenden werden weitere Regelungsinstrumente für die rechtliche Handhabung von Werbe-Email untersucht. Nicht alle lassen sich unter die Generalklausel subsumieren, wie dies bei der Regulierung sich ständig verändernder Lebensbereiche wie dem Internet wünschenswert ist. Während sich das vollständige Verbot von Werbe-Email mit

²³⁸ Nach Kramer (Methodenlehre), 173, wird Richterrecht in der „rasant beschleunigten Gesellschaft“ zu einem immer wichtigeren Element der Rechtsordnung.

²³⁹ Nach Kramer (Methodenlehre), 177, muss eine Rechtsordnung Stabilität mit Flexibilität verbinden.

²⁴⁰ Kramer (Methodenlehre), 177.

²⁴¹ BGE 99 V 19, 23; 105 V 209, 213. Vgl. zu den sog. „unechten Lücken“ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 275 ff., 293 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid, 43 f.; Hausheer/Jaun, Rz. 2.174 ff. Kritik dazu bei ZK-Dürr, Art. 1, Rz. 322 ff., mit Erwähnung anderer Methoden zur Überwindung von stossendem Gesetzesrecht (verdeckte Lücken; teleologische Reduktion).

²⁴² BGE 99 V 19, 23.

Erlaubnisvorbehalt möglicherweise der Generalklausel entnehmen lässt²⁴³, erfordern sog. Robinson-Listen, die Verrechtlichung der ISP-Regeln sowie Strafandrohungen eine gesetzliche Grundlage, sei es aus rechtsstaatlichen oder aus organisatorischen Gründen.

5.2 Vorausgehende Zustimmung (Opt-in)

Das Erfordernis der vorausgehenden Zustimmung zur Zusendung von Werbe-Email entspricht dem grundsätzlichen Verbot dieser Werbeform. In der Literatur trifft man diesen Regelungsmechanismus auch in einer abgeschwächten Form an, wonach der Versender nach einem zulässigen ersten Versuch weitere Werbe-Email nur bei ausdrücklicher Zustimmung durch den Empfänger zustellen darf²⁴⁴. Als Rechtsgrundlage für ein Verbot ist die Generalklausel geeignet²⁴⁵.

Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hat einen grossen Vorteil gegenüber anderen Regeln: Es ist klar. Der Nutzer, dessen Mailbox zunächst frei von Werbe-Email ist, kann nach seinem Belieben bestimmten Versendern die Zustellung von Werbe-Email erlauben. Er wird eine Erlaubnis nur erteilen, wenn er sich davon Vorteile verspricht. Mindestens zwei Arten von Gegenleistungen für das Dulden von Werbe-Email sind denkbar.

Erstens spart der Empfänger Suchkosten, wenn die Werbe-Email sich mit seinen Konsuminteressen deckt. Interessante Produkteinformationen, die an ihn herangetragen werden, braucht der Nutzer nicht selber suchen gehen.

Die zweite Form der Abgeltung für den Empfang von Werbe-Email hat stärker den Charakter der Gegenleistung als die Einsparung von Suchkosten. Das Dulden von Werbe-Email ist aus Sicht des Empfängers gewissermassen eine Gegenleistung für eine zumeist mit dem Internet zusammenhängende Leistung des Versenders. So verschafft der Versender dem Empfänger im Gegenzug Zugang z.B. zu Echtzeitaktienkursen²⁴⁶, zu einem Internet-basierten Emailkonto²⁴⁷ usw.²⁴⁸

²⁴³ In dieser Strenge für die Schweiz: Widmer/Bähler, 205.

²⁴⁴ Glöckner (Telemarketing), 82.

²⁴⁵ Widmer/Bähler, 205.

²⁴⁶ Z.B. FreeRealTime.com, Inc., unter <<http://www.freerealtime.com>>.

²⁴⁷ Z.B. Microsofts Hotmail unter <<http://www.hotmail.com>> oder Global Message Exchange unter <<http://www.gmx.ch>>.

²⁴⁸ Unter <<http://www.grab.com>> wurde sogar eine Milliarde Dollar verlost, um an Email-Adressen von Wettbewerbsteilnehmern zu gelangen, vgl. Wired News, Oct. 9, 2000, Bicknell, Craig: The Net's \$1 Billion Giveaway; <<http://www.wired.com/news/business/0,1367,39319,00.html>>.

Das Verbot von Werbe-Email mit Erlaubnisvorbehalt verleiht dem Nutzer ein handelbares Recht, nämlich das Recht, frei von Belästigung durch Email zu sein. Der Nutzer gibt dieses Recht zugunsten eines Versenders auf, wenn er die mutmasslich daraus folgende Belästigung geringer schätzt als die Vorteile in Form von tieferen Suchkosten oder von Dienstleistungen. Damit führt das Verbot von Werbe-Email zu einem wirkungsvollen Gebrauch derselben unter Berücksichtigung gleichsam der Interessen des einzelnen Nutzers als auch der gesamtwirtschaftlichen Effekte.

Im Gegensatz zum vorgeschlagenen Fünfpunkte-Regelwerk werden bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt keine Verbotserklärungen gegen bestimmte Absender notwendig. Ebenso wenig erhält der Nutzer unerwünschte Werbe-Email, die beim Herunterladen und Aussortieren Kosten verursacht.

Der Nachteil dieser Lösung liegt in der Unsicherheit des Empfängers über den Preis, den er für seine Vorteile bezahlen muss. Der Empfänger weiss im voraus nicht, wieviel Werbe-Email er dereinst zugestellt bekommt, ob seine Email-Adresse weitergegeben wird²⁴⁹, oder ob er den Empfang von Email jederzeit unterbrechen kann. Auch die Form der Zustimmung zum Empfang von Werbe-Email ist konkretisierungsbedürftig. Impliziert der alleinige Eintrag der Adresse auf einer Website die Zustimmung, oder muss der Empfänger auf künftige Werbesendungen hingewiesen werden?

Weiter erhöht ein Verbot von Werbe-Email mit Erlaubnisvorbehalt die Transaktionskosten im Markt. Erhält der Nutzer keine spontane Werbe-Email, entgehen ihm möglicherweise nützliche Produkteinformationen, welche die Suchkosten beim Erwerb von Leistungen senken.

5.3 Generelles Opt-out

Generelles Opt-out ermöglicht dem Nutzer, auf den Empfang sämtlicher Werbe-Email zu verzichten²⁵⁰. Dazu trägt er sich in eine öffentlich einsehbare Liste ein, welche der Versender von Werbe-Email zu beachten hat. Gemeint sind die sog. „Robinson-Listen“²⁵¹.

Das generelle Opt-out schützt effektiv vor dem Erhalt von Werbe-Email, sofern sich die Versender daran halten. Gibt es daneben aber keine flankierenden Regeln, hat der

²⁴⁹ Zu prüfen wäre, ob eine Email-Adresse ein persönliches Datum über den jeweiligen Empfänger ist, und folglich die Weitergabe gewissen Restriktionen des Datenschutzgesetzes unterliegt.

²⁵⁰ Zum generellen Opt-out im U.S.-Recht, vgl. weiter vorne, VI.D.3.2.2 b) (S. 222).

²⁵¹ Jöhri (Werbung), 115 f.

Nutzer nur die Wahl zwischen einem generellen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und der Duldung sämtlicher Werbe-Email. Eine Feinabstimmung, z.B. durch die Kennzeichnung von Werbe-Email oder durch Vorschriften betreffend den Datenumfang, ist nicht möglich.

Denkbar ist das generelle Opt-out als Zusatzmassnahme zu den fünf vorgeschlagenen Verhaltensregeln. Jene fünf Regeln ermöglichen dem Nutzer das Ausfiltern von Werbung, jedoch verhindern sie nicht den Datenstrom und die damit verbundene Belastung der Infrastruktur insbesondere zwischen Versender und Provider. Die Möglichkeit zum generellen Opt-out dagegen kann unerwünschte Werbe-Email schon vor der Datenübertragung verhindern.

Ins geltende UWG lässt sich dieses Regelungsinstrument nach der hier vertretenen Ansicht nicht hinein interpretieren. Notwendig wird die Schaffung einer zentralen Stelle, die das geltende UWG nicht vorsieht. Schafft der Gesetzgeber eine oder mehrere zentrale Verwaltungen solcher Robinson-Listen, entstehen daraus zwei Risiken. Erstens gefährdet jede zentrale Stelle die dezentrale Struktur und den damit verbundenen innovativen Geist des Internets. Dabei kann ihr Aufgabenbereich noch so klein sein. Zweitens birgt jeder gesetzgeberische Eingriff ins Internet das Risiko, dass die im Zeitpunkt der Gesetzgebung sinnvoll erscheinende Regel in einem späteren Zeitpunkt zum Hindernis für technische wie auch weltanschauliche Entwicklungen wird. Wegen diesen Gefahren sollte nach der hier vertretenen Ansicht kein Gesetz zur Schaffung von Robinson-Listen erlassen werden.

5.4 Verrechtlichung der ISP-Regeln

Aus den USA stammt die Regelungstechnik, nach welcher jeder einzelne Internet Service Provider (ISP) hinsichtlich des Zusendens von Werbe-Email an seine Abonnenten ein eigenes Regelwerk verfasst, welches Gesetzeskraft erlangt²⁵². Das Regelwerk muss für Versender leicht einsehbar sein.

Diese Form der Regulierung von Werbe-Email unterwirft sich praktisch gänzlich den Kräften des Marktes. Bei der Wahl des ISP wird sich der Nutzer nicht mehr nur Gedanken über Preis und Leistungsfähigkeit machen, sondern auch über die Regeln betreffend Werbe-Email. Die Regelwerke der ISP stehen untereinander im Wettbewerb. Der Nutzer wird sich abhängig von seiner Präferenz hinsichtlich Werbe-Email den einen oder

²⁵² Vgl. weiter vorne, VI.D.3.2.3 (S. 222 f.).

anderen ISP aussuchen. ISP mit unbeliebten Regelwerken werden keine Kunden mehr finden und ihre Regeln ändern oder vom Markt verschwinden. Der Marktmechanismus wird letztlich den beliebtesten Regelwerken zum Durchbruch verhelfen.

Diese Regelungsweise hat praktische Mängel. Ein ISP muss sich für eine Haltung gegenüber Werbe-Email entscheiden und damit im Wettbewerb bestehen. Probleme erwachsen damit einem grossen ISP, der unterschiedliche Regeln anbieten will, um eine breitere Kundschaft zu bedienen. Zumeist ist der Domain Name des ISP Bestandteil der Email-Adresse aller Abonnenten und gibt damit dem Versender den Hinweis, welches Regelwerk zu beachten ist. Bietet ein ISP mehrere Regelwerke an, ist für den Versender nicht mehr ersichtlich, woran er sich bei welchem Empfänger zu halten hat. Der ISP könnte dieses Zuordnungsproblem lösen, indem er seinen Abonnenten je nach gewählter Regelung unterschiedliche Second Level Domain Namen in den Email-Adressen zuteilt. Das heisst aber auch, dass der ISP unter verschiedenen Domain Namen am Markt aufzutreten hätte. Dadurch entgehen dem ISP Skalenerträge bei der Werbung.

Auch der Nutzer steht praktischen Problemen gegenüber. Er muss seine Email-Adresse bei jedem Wechsel des ISP ändern, was, wie die Änderung einer Telefonnummer, umständlich ist. Solche Wechsel nehmen zu, wenn neben Preis und Leistung ein weiteres Kriterium bei der Wahl des ISP hinzutritt. Wenn ein ISP wettbewerbsbedingt sein Regelwerk ändert, sehen sich zahlreiche nunmehr unzufriedene Abonnenten dazu veranlasst, den Provider zu wechseln.

Ein weiterer Aspekt der Problematik betrifft den Persönlichkeitsschutz. Mit Bekanntgabe seiner Email-Adresse gibt jeder Nutzer gleichzeitig Auskunft über seine Präferenz hinsichtlich Werbe-Email. Damit wird er faktisch zur Bekanntgabe persönlicher Angelegenheiten gezwungen.

Offen ist zudem die Frage, wer als ISP gilt und damit Regelungsgewalt hat. Klarerweise haben die grossen und bekannten ISP Regelungsgewalt. Sie ermöglichen Privaten den Zugang zum Internet und stellen Email-Adressen zur Verfügung, die üblicherweise mit dem Namen des ISP teilweise identisch sind. Unter diesen Umständen ist für den Versender von Werbe-Email einfach ersichtlich, welche Regeln gelten. Hingegen sind aus Sicht des Versenders alle Unternehmen mit eigenem Domain Namen und daraus abgeleiteten Email-Adressen für die Belegschaft gewissermassen ihre eigenen Provider. Wenn darunter selbständige ISP zu verstehen sind, steht der Versender Tausenden von unterschiedlichen Regelwerken gegenüber, wodurch seine Tätigkeit faktisch verunmöglicht wird.

Schliesslich lässt sich die Verrechtlichung der ISP-Regeln nicht als Konkretisierung der UWG-Generalklausel verstehen. Die Einführung dieses Regelungsmechanismus würde deshalb gesetzgeberisches Handeln erfordern.

5.5 Strafandrohung

Strafandrohungen – zu denken ist ausschliesslich an Bussen – können den Versand von Werbe-Email nicht regulieren. Sie verhelfen aber einer geltenden Regel zur Durchsetzung. In ihrer Eigenschaft als Strafe müssen Bussen in einem generell-abstrakten Rechtsatz vorgesehen sein.

Das UWG ist Quelle von Strafrecht²⁵³. Jedoch stellt es nur Verhaltensweisen unter Strafe, welche im UWG genügend konkret formuliert sind. Ist ein Verhalten nur durch die Generalklausel verboten, und erfährt es in den Spezialtatbeständen keine Regelung, so ist das erforderliche Mass an Konkretisierung nicht gegeben.

Da Werbe-Email keine aggressive Verkaufsmethode im Sinne von Art. 3 lit. h UWG darstellt, wird sie im UWG ausschliesslich unter dem Aspekt der Generalklausel beurteilt²⁵⁴. Verstösse allein gegen die Generalklausel kennen keine Strafandrohung. Das Verhängen einer Busse wegen regelwidrigen Versendens von Werbe-Email ist somit, gestützt auf lauterkeitsrechtliche Erwägungen, nicht möglich.

In den USA existieren Regeln, wonach der einzelne Nutzer bei Erhalt einer rechtswidrigen Werbe-Email vom Versender einen gesetzlich festgelegten Betrag fordern kann²⁵⁵. Dadurch entfällt die streitbare Berechnung der Schadenssumme. Je nach Höhe bildet ein festgesetzter Betrag Anreiz zur Rechtsdurchsetzung. Der tatsächliche Schaden durch ein einzelnes Werbe-Email ist dagegen derart gering, dass sich die Rechtsdurchsetzung nicht lohnt.

²⁵³ Art. 23 ff. UWG.

²⁵⁴ Vgl. jedoch die Vorschläge für die neu zu schaffenden Art. 3b^{bis} und 6b UWG, die Anbieter im elektronischen Geschäftsverkehr zur klaren Identitätsangabe verpflichten. Diese Bestimmungen sind auch als UWG-Straftatbestände vorgesehen. Die Vorschläge lagen im Januar 2001 als Vernehmlassungsentwurf vor zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb). Die vorgeschlagenen Bestimmungen findet man unter <<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ve-b-d.pdf>>, den Begleitbericht unter <<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ber-b-d.pdf>>.

²⁵⁵ Vgl. weiter vorne, VI.D.3.3 (S. 224 f.).

Der Schweizer Rechtskultur ist jedoch die Regulierungsweise fremd, wonach zu Abschreckungszwecken eine hohe klagbare Schadenssumme fingert wird. Der Kläger kann lediglich Schadenersatz und Genugtuung fordern. Der Abschreckung dient das Strafrecht.

Für eine konsequente Durchsetzung von Regeln betreffend Werbe-Email kann eine Strafandrohung hilfreich sein. Der übereilte Erlass einer entsprechenden Regel birgt jedoch Gefahren. Regeln für das Internet, die in der von Veränderungen geprägten Aufbauphase des weltweiten Netzes erlassen werden, können sich in einem späteren Zeitpunkt als Hemmnis für an sich wünschenswerte technische, ökonomische und weltanschauliche Entwicklungen herausstellen. Eine Strafbestimmung betreffend Werbe-Email muss nach der hier vertretenen Auffassung ultima ratio sein und sollte deshalb erst erwogen werden, wenn Werbe-Email tatsächlich eine Plage für breite Kreise von Internet-Nutzern ist.

6. Schlussfolgerung

Die Regulierung von Werbe-Email in der Schweiz hat nach der hier vertretenen Auffassung zwei Bedingungen zu erfüllen. Sie soll erstens auf dem Weg der Rechtsprechung eingeführt werden und zweitens den positiven ökonomischen Effekten von Werbe-Email gerecht werden²⁵⁶.

Richterrecht hat gegenüber gesetztem Recht den Vorteil der höheren Flexibilität. Zwar gilt auch für das Richterrecht der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Doch kann das Gericht bei neuen und besseren Argumenten oder bei veränderten Verhältnissen von einer vorausgegangenen Entscheidung abweichen. Dagegen übergeht das Gericht Gesetzesrecht nur, wenn die gesetzestreue Entscheidung rechtsmissbräuchlich wäre. Einst in guter Absicht erlassene Gesetze können bei veränderten Verhältnissen gerade im sich rasch verändernden Internet-Bereich zum Hindernis für technische und damit zusammenhängende weltanschauliche und wirtschaftliche Entwicklungen werden. Eine gesetzliche Regelung von Werbe-Email birgt diese Gefahr. Über die Generalklausel eingeführte Regeln betreffend Werbe-Email können dagegen bei verändertem technischem, wirtschaftlichem oder sozialem Umfeld angepasst oder aufgegeben werden. Überhaupt ist bei der derzeitigen Verbreitung von Werbe-Email gesetzgeberisches Handeln nicht geboten.

²⁵⁶ Für eine Regelung durch den Gesetzgeber: Rosenthal (Werbe-E-Mail), 294; Jöhri (Werbung), 129.