

# DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades eines  
Magisters der Rechtswissenschaften

## *Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Spam in der EU und in Österreich*

eingereicht im Februar 2002

am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

der Karl – Franzens - Universität Graz

bei o.Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger

von Thomas Fraiss

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
Einführung.....	5
Das Internet .....	5
Die elektronische Post.....	7
Das Problem Spam.....	9
Interessenskonflikt und Lösungsansätze .....	14
Technische Lösungen gegen Spam .....	16
Regelungen des Gemeinschaftsrechts .....	19
Grünbuch kommerzielle Kommunikationen.....	19
Allgemeine Datenschutzrichtlinie .....	21
Telekomm Datenschutz Richtlinie .....	26
Fernabsatzrichtlinie .....	27
Fernabsatzrichtlinie von Finanzdienstleistungen .....	34
Electronic Commerce Richtlinie .....	35
Zusammenfassung und Ausblick.....	42
ISDN RL Neu.....	42
Österreichische Regelungen .....	47
Meinungsstand vor Einführung des § 101 TKG .....	47
§ 101 TKG.....	49
§ 12 Abs 3 WAG.....	59
E-Commerce Gesetz.....	60
Zusammenfassung .....	66
Literaturverzeichnis.....	68
Abkürzungsverzeichnis .....	74

## Vorwort

Seitdem ich zum ersten Mal mit dem Internet in Berührung gekommen bin, sind nun doch schon einige Jahre vergangen. Als Kind meiner Zeit habe ich von Anfang an die rasante Entwicklung dieses neuen Mediums mit verfolgt, und man könnte ohne Übertreibung behaupten, daß in mir ein gewisses Suchtpotential hinsichtlich des Internets vorhanden ist.

Nach jahrelanger Übung bin ich zu so etwas wie einem „Experten“, was die Verwendung des Internets betrifft, mutiert. Es gibt kaum eine Information, die nicht auffindbar ist, und auch für das juristische Arbeiten und Forschen bietet das Internet mittlerweile sehr brauchbare Voraussetzungen, da immer mehr Datenbanken „online“ gehen, und da viele von ihnen nun auch kostenlos zur Verfügung stehen<sup>1</sup>.

Dennoch gibt es trotz dieser jahrelangen Erfahrung und dem damit verbundenen Umgang mit dem Internet noch immer einen Bereich, bei dem auch der beste „Durchschnitts-user“ hilflos zur Verzweiflung getrieben wird. Kaum öffne ich nämlich – wie ich es jeden Morgen noch vor allem anderen tue – eine meiner unzähligen E-mail Accounts, werde ich auch schon von unzähligen Nachrichten unbekannter Absender und zweifelhaften Inhalts „beglückt“. Manchmal machen diese Nachrichten bis zu 50% meiner eingegangenen E-mail Nachrichten aus.

Es war mir daher ein Anliegen, die Frage der Zulässigkeit dieses Phänomens, das gemeinhin als „Spam“ bezeichnet wird, näher zu untersuchen. Wie sich im Zuge der Arbeit zeigen wird, handelt es sich dabei um ein äußerst vielschichtiges Problem, so daß es mir nicht möglich war, alle Rechtsfragen, die es zu untersuchen gäbe, im Rahmen dieser Arbeit zu behandeln. Insbesondere die rein zivil- und wettbewerbsrechtlichen Fragen, die Kernbereiche des Zivil- und des Prozeßrechts tangieren würden, mußten ausgeklammert bleiben, da diese aufgrund ihrer Komplexität den Rahmen einer Diplomarbeit sprengen müßten, und daher eher im Rahmen einer Dissertation aufgearbeitet werden sollten.

---

<sup>1</sup> Ein Beispiel dafür wäre das seit 1. 1. 2002 zugängliche EUR-Lex Portal der Europäischen Union, das Zugang zu sämtlichen amtlichen Dokumenten der EU verschafft, <http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>, und das es mittels PRELEX ermöglicht, den Werdegang eines jeden Rechtsakts der EU auf einfachste Weise nachzuvollziehen, <http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=de>.

Daneben sind Zeit und Raum weitere einschränkende Faktoren für diese Arbeit. Zeit, da sich die Technik insbesondere im Bereich des Internets mit unvorstellbarer Geschwindigkeit entwickelt, und die verschiedenen Gesetzgeber dieser Tatsache „Tribut zollen“ müssen, kann es sich hierbei nur um eine Momentaufnahme handeln, die bereits in weniger als einem halben Jahr wieder beinahe zur Gänze obsolet sein wird; ein Schicksal, das auch einem großen Teil der vorgefundenen Literatur widerfahren ist. Andererseits sind die vorhandenen Regelungen bezüglich Spam auch noch so jung, daß sich weder in Österreich noch in Deutschland Rechtsprechung der Höchstgerichte finden läßt.

Raum, da es sich beim Internet und seinen Diensten um eine globale „Einrichtung“ handelt, so daß es keine rechtlichen „Inseln der Seligen“ in Bezug auf Spam gibt. Insbesondere die unterschiedlichen Lösungsansätze in den USA und in der EU beinhalten Potential für zukünftige Konflikte.

Die vorliegende Arbeit ist daher – genau wie ihr Verfasser – ein Kind ihrer Zeit. Sie gibt den Stand der rechtlichen Regelungen von Spam vom 20. 2. 2002 wider.

## Einführung

### *Das Internet*

Das Internet hat die Kommunikationswelt revolutioniert wie kein anderes Medium zuvor. Die Erfindungen des Telegraphen, des Telephons, des Radios und des Computers haben schrittweise den Weg für diese beispiellose Integration von Möglichkeiten bereitet. Heute ist das Internet gleichzeitig ein weltumspannendes Unterhaltungsmedium, ein Medium für die Verbreitung von Informationen und ein Medium für die Interaktion und Kooperation von Individuen ohne geographische Beschränkungen<sup>2</sup>.

Die Anfänge des Internets lassen sich bis in die frühen 60er Jahre des 20. Jahrhunderts zurückverfolgen. Zum ersten Mal wurde soziale Interaktion durch „networking“ in einer Reihe von Memos im August 1962 von *J.C.R. Licklider* erwähnt. In seinem Konzept eines „Galaktischen Netzwerks“ sah er ein globales Netzwerk von Computern voraus, mit dessen Hilfe jeder schnellen Zugriff auf Daten und Programme von überall haben kann, und kam damit dem heutigen Konzept des Internets bereits erstaunlich nahe<sup>3</sup>.

Bereits im Juli 1961 hatte *Leonard Kleinrock* sein Arbeitspapier über „packet switching“<sup>4</sup> als Kommunikationsform zwischen Rechnern verschiedener Standorte veröffentlicht, und bereitete damit die technischen Voraussetzungen für das Internet als globales Netzwerk von lokalen Netzwerken vor. Basierend auf Lickliders Memos und unter Einsatz der packet switching Technologie wurden 1965 erstmals zwei Computer verschiedener Standorte durch eine Telefonverbindung miteinander verbunden<sup>5</sup>.

Im Auftrag des US Verteidigungsministeriums kam es 1969 durch Einbinden von 4 Rechenzentren in den USA zur Entwicklung des ARPAnet<sup>6</sup> (ARPA = Advanced

---

<sup>2</sup> *Leiner und andere*, A Brief History of the Internet, <http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>.

<sup>3</sup> *Leiner und andere*, <http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>.

<sup>4</sup> *Kleinrock*, Information Flow in Large Communication Nets, <http://www.lk.cs.ucla.edu/LK/Bib/REPORT/PhD/>.

<sup>5</sup> *Leiner und andere*, <http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>.

<sup>6</sup> *Hartley*, History of the Internet, <http://www.securenet.net/members/shartley/history/arpamet.htm>.

Research Projects Agency). Die offene Netzwerkarchitektur war geboren. Die wichtigste (militärische) Eigenschaft des ARPAnet bestand darin, daß der Datentransfer trotz partieller Zerstörung der Kommunikationswege im Fall eines Nuklearkriegs aufrecht erhalten hätte werden können.

Die technische Umsetzung erfolgte durch die Normierung des „Transmission Control Protocol / Internet Protocol“ (TCP/IP), das so konzipiert ist, daß es sehr einfach eingerichtet werden kann und unabhängig von den einzelnen Computer- und Betriebssystemen arbeitet<sup>7</sup>. Aufgrund seiner Multifunktionalität bildet das TCP/IP auch heute noch das grundlegende Protokoll für alle Internet-Applikationen<sup>8</sup>.

1972 kam es zum ersten öffentlichen Auftritt des ARPAnet auf der International Computer Communication Conference, im selben Jahr wurde der Vorläufer der elektronischen Post (electronic mail) entwickelt<sup>9</sup>. 1982 wurde das Internet erstmals als die Menge verbundener lokaler Netzwerke definiert, die mittels TCP/IP kommunizieren, eine Definition, die bis heute beibehalten wurde<sup>10</sup>.

Der nächste große Entwicklungssprung gelang *Tim Berners-Lee* mit der Entwicklung des „World Wide Web“<sup>11</sup> (WWW) im Jahr 1991. Das Meta-strukturelle Konzept des WWW ist die Basis für die heutige Verbreitung des Internets. Mittlerweile benötigt man nicht mehr als einen Computer und eine Internetverbindung<sup>12</sup> mittels Modem, ADSL oder TV - Videokabel, um Zugang zum Internet zu erhalten.

Die für den Zugang zum Internet notwendige Software ist bei Computern mit einem Windows Betriebssystem bereits installiert, andere Browser können gratis aus dem

---

<sup>7</sup> Gruppe für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (in der Folge: Datenschutzgruppe), Privatsphäre im Internet – Ein integrierter EU-Ansatz zum Online-Datenschutz, 4, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/wpdocs/wp37de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp37de.pdf).

<sup>8</sup> *Griffiths*, History of the Internet, Internet for Historians, [http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The Creation of ARPANET](http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The%20Creation%20of%20ARPANET).

<sup>9</sup> *Griffiths*, [http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The Creation of ARPANET](http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The%20Creation%20of%20ARPANET).

<sup>10</sup> FNC Resolution, Definition of “Internet“, [http://www.itrd.gov/fnc/Internet\\_res.html](http://www.itrd.gov/fnc/Internet_res.html).

<sup>11</sup> *Segal*, A Short History of Internet Protocols at CERN, <http://ben.home.cern.ch/ben/TCPHIST.html>.

<sup>12</sup> Um eine Internetverbindung zu erhalten, muß der Nutzer zunächst einen Vertrag mit einem Internet Zugangs Anbieter (IAP) abschließen. Dabei muß er auch seinen Namen, seine Adresse und andere personenbezogene Daten angeben und erhält dafür eine Nutzerkennung und ein Paßwort. Siehe *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 7.

Internet bezogen werden<sup>13</sup>. Auch mittels Handy ist der Zugang ins Internets mittlerweile möglich<sup>14</sup>.

Da der Zugang zum Internet durch die technische Entwicklung also immer einfacher und durch die gesteigerte Nachfrage immer erschwinglicher wurde, konnten mehr und mehr Nutzer die Vorteile des Internets nutzen. Bei Wachstumsraten von über 30 % jährlich benutzen heute mehr als 380 Millionen Menschen weltweit das Internet<sup>15</sup>, mehr als 3,5 Millionen davon in Österreich<sup>16</sup>.

### **Die elektronische Post**

Electronic mail (kurz: E-mail) ist der am häufigsten genutzte Dienst im Internet<sup>17</sup>, 56% aller Internet Dienste bestehen in der Verwendung von E-mail<sup>18</sup>. Die prognostizierten Steigerungsraten gehen daher mit dem erwähnten Wachstum des Internets einher. Während es im Jahr 2001 weltweit 569 Millionen E-mail Adressen gab – davon 153 Millionen in Europa<sup>19</sup> – sind für das Jahr 2005 1,2 Milliarden E-mail Adressen prognostiziert, die 36 Milliarden elektronische Nachrichten täglich verschicken werden<sup>20</sup>.

E-mail erlaubt es, auf einfachste Art und Weise Daten schnell und vergleichsweise günstig von einem Nutzer zu einem anderen zu übertragen. Um eine E-mail zu versenden, benötigt man dazu nur einen sogenannten „E-mail-Client“, eine E-mail Adresse und eine Verbindung zum Internet<sup>21</sup>.

Man gibt zunächst den Text der Nachricht in seinen E-mail-Client ein, fügt die E-mail Adresse des Empfängers ein, der sich irgendwo auf der Welt befinden kann, und versendet danach die E-mail Nachricht. Diese wird dann von verschiedenen Servern

---

<sup>13</sup> Zum Beispiel unter <http://www.tucows.com>, <http://www.opera.com> oder <http://www.netscape.com>.

<sup>14</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 8.

<sup>15</sup> Futurezone ORF.at, Weltweit nun 379 Millionen aktive Surfer, <http://futurezone.orf.at/futurezone.orf?read=detail&id=65368&tmp=6082>.

<sup>16</sup> <http://www.internet4jurists.at/intern12a.htm>.

<sup>17</sup> Für andere Dienste des Internets siehe *Pankart*, Das Internet als Summe seiner Dienste, Datagraph 1998, 13.

<sup>18</sup> <http://www.internet4jurists.at/intern12a.htm>.

<sup>19</sup> *Gauthronet/Drouard*, Unsolicited Commercial Communications and Data Protection 5, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/studies/spamstudyen.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamstudyen.pdf).

<sup>20</sup> Der Standard, Immer mehr Post in unseren Boxen,

<http://derstandard.at/standard.asp?channel=webstandard&ressort=ueberwachung&id=735514>.

<sup>21</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 28.

weitergeleitet, bis sie in der Mailbox des Empfängers landet, die sich auf einem Mailserver befindet<sup>22</sup>. Im Gegensatz zur herkömmlichen Briefpost wird der „Brief“ dem Empfänger also nicht direkt zugestellt, sondern er bleibt am „Postamt“ zur Abholung bereit. Direkte Kommunikation mit dem Computer des Empfängers ist mit Hilfe der elektronischen Post also nicht möglich<sup>23</sup>.

Der Empfänger kann die E-mail Nachricht lesen und beantworten, nachdem er sie von seiner Mailbox abgerufen hat. Um Zugriff auf die Mailbox und somit Zugang zu seinen eingegangenen E-mail Nachrichten (E-mails) zu erhalten, muß der Benutzer seinen Benutzernamen und sein Paßwort zur Identifikation eingeben, nachdem er eine Verbindung zwischen dem eigenen Computer und dem Mailserver hergestellt hat, auf dem sich die Mailbox befindet<sup>24</sup>.

Beim Abrufen der E-mails erscheint üblicherweise nur das Inhaltsverzeichnis der empfangenen E-mail Nachrichten, geladen wird aber immer der gesamte Inhalt aller E-mails. Eine E-mail besteht nämlich aus mehreren Teilen: (a) dem Umschlag (SMTP-envelope), der die für die Zusendung relevanten Informationen enthält, (b) der Kopfzeile (header) und (c) dem eigentlichen Text oder Inhalt der E-mail (body)<sup>25</sup>.

Mit Hilfe der elektronischen Post ist es aber nicht nur möglich, selbst eingegebene Texte zu übertragen, sondern auch jede andere digital vorliegende Information wie zum Beispiel Bilder, Sprachaufnahmen oder Manuskripte. Dies geschieht durch sogenannte „Attachments“, also an Anhänge zur E-mail Nachricht<sup>26</sup>.

Um die elektronische Post verwenden zu können, benötigt man eine entsprechende Adresse. Analog zur herkömmlichen Postanschrift erhalten die Teilnehmer einer Mailbox eine Adresse, an die man E-mails schicken kann. Jede E-mail Adresse wird als sogenannte „Domain“ weltweit nur einmal vergeben<sup>27</sup>, so daß jede E-mail Adresse eindeutig einer Person zuordenbar ist. Umgekehrt bedeutet dies aber nicht, daß jede Person nur eine E-mail Adresse haben kann.

---

<sup>22</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 28.

<sup>23</sup> *Sykora*, e-mail – Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr? *AnwBl* 1999, 540.

<sup>24</sup> *Sykora*, *AnwBl* 1999, 540.

<sup>25</sup> *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 129.

<sup>26</sup> All about E-mail, <http://www.microsoft.com/insider/internet/articles/email.htm>.

<sup>27</sup> *Thiele*, E-mail-Werbung zulässig? *RdW* 1999, 386.

Eine E-mail Adresse besteht aus zwei Bestandteilen: (a) der Benutzerkennung (meist der Name oder eine Matrikelnummer) ist der Name, mit dem der Empfänger beim E-mail Service bekannt ist, wobei keine technische Notwendigkeit besteht, daß dies auch der echte Name des Empfängers sein muß, und (b) dem Namen des benutzten Internetrechners, dem sogenannten Host. Diese beiden Teile werden durch den sogenannten Klammeraffen („@“), auch „at“ genannt, miteinander verbunden<sup>28</sup>.

Eine E-mail Adresse des Verfassers wäre zum Beispiel [tfraiss@yahoo.de](mailto:tfraiss@yahoo.de)

### **Das Problem Spam**

Da mittels der elektronischen Post jede Information mit geringstem finanziellen Aufwand und in kürzester Zeit an eine unbegrenzte Zahl von Empfängern geschickt werden kann, eignet sich dieser Dienst des Internets wie kein anderer für Zwecke des Direktmarketings<sup>29</sup>.

Dabei beschränkt sich der Aufwand des Versenders auf das Verfassen einer einzigen E-mail, die dann an alle E-mail Adressen geschickt wird, die dem Versender zur Verfügung stehen. Erst der Mailserver seines Internet Service Providers<sup>30</sup> (ISP) vervielfältigt den Inhalt der E-mail für jeden Empfänger und erzeugt so eine Flut identischer Nachrichten. Für den Versender fallen dadurch keine spürbaren Kosten an<sup>31</sup>.

Für diese lästige Form von Nachrichten mittels der elektronischen Post hat sich der Begriff „Spam“ eingebürgert. Jeder, der eine E-mail Adresse besitzt, wird früher oder später damit konfrontiert. Die am häufigsten vorkommenden Inhalte dieser

---

<sup>28</sup> Hoeren, Internetrecht, <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/skriptir.pdf>.

<sup>29</sup> Direktmarketing ist eine gezielte Marketing-Methode, die sich der persönlichen und individuellen Kundenansprache bedient und dabei bewußt die Empfängeradressierung verwendet, Siehe *Stolze*, Möglichkeiten und Grenzen des Direkt-Marketing für Kreditinstitute, ÖBA 1988, 1085.

<sup>30</sup> ISPs bieten Einzelpersonen und Unternehmen Netzleistungen. Sie besitzen oder mieten ständige Netzwerkverbindungen und benutzen Server, die ständig mit dem Internet verbunden sind. Ihre typischen Angebote sind „Webhosting“, Zugang zu Newsgroups und elektronische Post, Datenschutzgruppe, Privatsphäre 8.

<sup>31</sup> *Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243.

Nachrichten sind unter anderem Kettenbriefe, Pyramidenspiele und Werbung für Pornographie<sup>32</sup>.

Spam ist an und für sich ein Dosenfleisch<sup>33</sup> („spiced ham<sup>34</sup>“ oder „spiced pork and ham<sup>35</sup>“), das durch einen Sketch des Monty Python Flying Circus mit dieser lästigen Begleiterscheinung des Internets in Verbindung gebracht worden ist<sup>36</sup>. In diesem Sketch ist es den Gästen eines Wirtshauses nicht möglich, sich zu unterhalten, weil eine Horde Wikinger ständig das Wort „Spam“ wiederholt<sup>37</sup>.

Diese aufdringliche Störung – in Verbindung mit der legendär schlechten Qualität des Fleisches und dem damit verbundenen negativen Beigeschmack<sup>38</sup>, hat dazu geführt, daß die Bedeutung des Wortes in „Send Phenomenal Amounts of Mail“ umgeändert und mit der Belästigung durch E-mails assoziiert worden ist<sup>39</sup>.

Eine einheitliche Definition des Begriffs zu finden, ist aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen von Spam leider nicht möglich<sup>40</sup>, auch die gefundenen Gesetzesmaterialien gehen von keinem einheitlichen Spam-Begriff aus.

Die Definitionsversuche schwanken zwischen „unaufgeforderte Zusendung von Werbe-E-mails“<sup>41</sup>, „das Versenden einer E-mail an eine Vielzahl von Adressaten, ohne daß diese je Kontakt zum Absender gehabt oder Interesse an dem Erhalt der Email bekundet haben“<sup>42</sup> oder „Massenmails von meist kommerzieller Natur, die wiederholt und unverlangt an Personen versendet werden, mit denen der Absender vorher keinen Kontakt hatte, und deren E-mail Adressen aus den öffentlichen Bereichen des Internets, aus Newsgroups, Mailing Lists oder Websites gesammelt worden sind.“<sup>43</sup> Eine dem Internet entnommene Definition sieht in Spam „eine

---

<sup>32</sup> Lechner, Unerwünschte Direktwerbung per E-Mail, in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government: aktuelle Fragestellungen der Rechtsinformatik (2000) 21.

<sup>33</sup> Siehe <http://www.spam.com>.

<sup>34</sup> Loacker, E-mail-Spamming nach Änderung des § 101 TKG, *Datagraph* 2000, 82.

<sup>35</sup> Schönherr, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, *ÖBl* 1999, 267.

<sup>36</sup> Gruber in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 129.

<sup>37</sup> Im Internet kann der Sketch unter anderem unter folgender Adresse gefunden werden: <http://www.stone-dead.asn.au/tv-series/sketches/fc-25/spam-sketch.html>.

<sup>38</sup> Loacker, *Datagraph* 2000, 82.

<sup>39</sup> Gruber in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 129.

<sup>40</sup> Loacker, *Datagraph* 2000, 82.

<sup>41</sup> Schönherr, *ÖBl* 1999, 267 (269).

<sup>42</sup> Laga, *ÖBl* 2000, 243.

<sup>43</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 14.

massive Flut von Geschwätz, die dazu dient, einen Kommunikationskanal zu überfluten und eine große Anzahl von Leuten übermäßig zu verärgern.“<sup>44</sup>

Alle diese Definitionen treffen mehr oder weniger den Kern des Problems, sie beschreiben es aber entweder nicht zur Gänze, da sie häufige Erscheinungsformen von Spam wie Kettenbriefe, Spendenaufrufe religiöser oder politischer Verbände oder „Hoaxes“<sup>45</sup> (fingierte Virenwarnungen) nicht erfassen, oder fassen es zu weit, da durch sie auch eine „virtuelle“ Geburtstagsfeier oder eine Stellenbewerbung via E-mail vom Begriff „Spam“ erfaßt wäre<sup>46</sup>. Ein anderer Aspekt des Problems, nämlich die Frage, wie der Versender überhaupt in den Besitz der E-mail Adressen gelangt ist, die er für das Versenden von Spam verwendet, wird unverständlicherweise meist überhaupt ausgeklammert.

Inhaltlich lassen sich 2 Arten von Spam unterscheiden, die zwar dieselben Auswirkungen für den Nutzer mit sich bringen, die aber aufgrund ihrer unterschiedlichen Zielsetzung unterschiedliche technische und rechtliche Lösungsansätze erfordern<sup>47</sup>.

- Unsolicited Commercial E-mail (UCE) – unverlangte kommerzielle Werbung per E-mail und
- Unsolicited Bulk E-mail (UBE) – unverlangte Massenmails

Die vorliegende Arbeit untersucht das Phänomen Spam vorrangig unter dem Gesichtspunkt von UCE und geht auf UBE nur dort ein, wo die gesetzlichen Bestimmungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

In der Folge sollen einige konkrete Probleme von Spam dargestellt werden, die jeweils nicht unabhängig voneinander gesehen werden können, da sie meist gemeinsam auftreten und ineinander greifen.

---

<sup>44</sup> Spam Glossary, <http://www.rahul.net/falk/glossary.html#spam>.

<sup>45</sup> [http://searchsecurity.techtarget.com/sDefinition/0,,sid14\\_gci213307,00.html](http://searchsecurity.techtarget.com/sDefinition/0,,sid14_gci213307,00.html).

<sup>46</sup> Loacker, Datagraph 2000, 82.

<sup>47</sup> [http://www.vibe.at/begriffe/spam\\_def.html](http://www.vibe.at/begriffe/spam_def.html).

### Kostenprobleme

Wie bereits erwähnt fallen beim Versenden einer großen Anzahl von E-mails beim Versender keine nennenswerten Kosten an. Diese entstehen vielmehr erst beim Empfänger, wenn er seine E-mails von seiner Mailbox abholt. Je mehr E-mails nämlich in dieser Mailbox darauf warten, vom Empfänger abgeholt zu werden, und je länger die damit verschickten Nachrichten oder Anhänge sind, desto länger und dementsprechend teurer wird die Verwaltung der eingegangenen E-mails, da das Herunterladen dementsprechend längere Zeit in Anspruch nimmt, wodurch es zu einer Kostenüberwälzung vom Werbenden auf den Beworbenen kommt<sup>48</sup>.

### Probleme in Zusammenhang mit der Mailbox des Nutzers

Spam ist allerdings nicht nur lästig und teuer. Es kann auch vorkommen, daß der Empfänger einer besonders großen Anzahl von E-mails wichtige Nachrichten auf seiner Mailbox verliert, wenn seine Mailbox die vom E-mail Provider vorgesehene Speicherkapazität<sup>49</sup> überschreitet, und er seine Mailbox nicht in regelmäßigen Abständen aufsucht, um diese Nachrichten zu löschen. Das kann sogar soweit gehen, daß er aufgrund von Stabilitätsproblemen des Mailservers gar nicht mehr auf seine Mailbox zugreifen kann, da dieser mit zu vielen Fehlermeldungen konfrontiert ist<sup>50</sup>. Dauert dieser Zustand länger an, riskiert er sogar die Sperre seiner Mailbox durch den E-mail Provider.

### Problem der falschen oder gefälschten Absender-Adressen

Nicht existente E-mail Adressen und falsche Absender sind ein zusätzliches Problem, das mit dem Problem Spam eng verbunden ist<sup>51</sup>. Sogenannte „Remailer“ erlauben es dabei dem Absender, seine Identität zu verschleiern. Dies geschieht dadurch, daß er seine E-mail Adresse online angeben kann, und der Remailer bei den weiter zu versendenden E-mails seine Identität entfernt<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Loacker, Datagraph 2000, 82 (83).

<sup>49</sup> Die Speicherkapazität von Hotmail beträgt zB 2 MB, die von Yahoo 6 MB.

<sup>50</sup> Loacker, Datagraph 2000, 82 (83).

<sup>51</sup> Loacker, Datagraph 2000, 82.

<sup>52</sup> Wessely, Privatsphäre im Internet, MuR 2001, 135 (138).

## Problem der mangelnden Erkennbarkeit von Spam

Zudem ist es in vielen Fällen auch nicht möglich, allein durch den Absender oder den Titel zu sehen, ob es sich um Spam handelt oder nicht. Das Aussortieren der Nachrichten erfordert daher zusätzliche Mühe, da die betreffenden Nachrichten zuerst geöffnet werden müssen, um erkennen zu können, ob es sich um eine erwünschte E-mail Nachricht handelt oder nicht. Dadurch verlängert sich ebenfalls die Verbindungszeit, wodurch wiederum die Kosten steigen<sup>53</sup>.

Spam ist angesichts seiner Quantitätskomponente jedoch nicht nur ein Problem des einzelnen Nutzers sondern ein Problem des Internets an sich. Laut einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie sind die weltweiten Kosten auf Seiten der Nutzer im Jahr 2000 mit 10 Milliarden Euro zu beziffern<sup>54</sup>. Aber nicht nur die Nutzer haben Kosten zu tragen. Durch die Belastung der Infrastruktur des Internets mit großen Mengen an nutzlosen Datentransfers steigen auch die Nutzungskosten des Internets selbst<sup>55</sup>.

Hält die momentane technische Entwicklung an, durch die die Übertragungsbreiten generell ansteigen, werden für das Jahr 2004 200 Milliarden Werbe E-mails prognostiziert<sup>56</sup>, im Jahr 2005 soll nach einer Studie von Jupiter Communications der Anteil von Werbesendungen bereits 13% des gesamten E-mail Verkehrs ausmachen, was für den Einzelnen die unvorstellbare Zahl von 1600 kommerziellen E-mails bedeuten würde<sup>57</sup>. Bedenkt man, daß neben Text Dateien zunehmend auch Musik-, Video-, Grafik- und Textdateien verschickt werden, könnte das in Summe zu beträchtlichen Kosten beim Abrufen von E-mails führen<sup>58</sup>, was die Befürchtung gerechtfertigt erscheinen läßt, daß Spam die Akzeptanz des Kommunikationsmediums Internet insgesamt gefährdet<sup>59</sup>.

Unbeeindruckt von diesen Zahlen arbeiten einige Unternehmen bereits an der Entwicklung von Servern, die 100 Millionen Nachrichten täglich versenden können<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> LG Ellwangen, 2 KfH 0 5/99, [http://www.netlaw.de/urteile/lgel\\_01.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgel_01.htm).

<sup>54</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 67.

<sup>55</sup> *Lechner* in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government (2000) 22.

<sup>56</sup> *Stomper*, Europäische Union regelt E-Commerce, SWK 2000, 689 (692).

<sup>57</sup> *Loacker*, Datagraph 2000, 82 (83).

<sup>58</sup> *Stomper*, SWK 2000, 689 (692).

<sup>59</sup> *Schönherr*, ÖBl 1999, 267 (269).

<sup>60</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 67.

## **Interessenskonflikt und Lösungsansätze**

Angesichts des dargestellten Zeit- und Geldverlusts ist es nicht verwunderlich, daß unverlangt zugesandte elektronische Post mit mehr oder weniger kommerziellen Inhalten bei einem Großteil der Internet - User unerwünscht, ja verhaßt ist. Nach einer Untersuchung des Verbandes der deutschen Internetwirtschaft fühlen sich 93% der Verbraucher durch elektronisch übermittelte Werbung, die per Fax, E-mail oder SMS kommt, „wie die Pest“ überfallen. „77% werfen die digitalen Werbesendungen ungeöffnet in den (elektronischen) Papierkorb. Über zwei Drittel wollen von Firmen, die sich auf diese Weise unbeliebt machen, "auf keinen Fall" Produkte kaufen<sup>61</sup>.“ Es ist daher eine unbestreitbare Tatsache, daß Spam – in welcher Form auch immer – von den Internet-Usern abgelehnt wird.

So groß die Ablehnung auf Seite der Nutzer jedoch auch ist, ist Spam für die Wirtschaft dennoch nach wie vor profitabel. Eine Werbekampagne per E-mail macht sich nämlich bereits dann bezahlt, wenn sie auch nur zu einem einzigen Kaufabschluß führt<sup>62</sup>. Die Gründe dafür sind die ungleich niedrigeren Kosten für eine Werbekampagne im Internet verglichen mit traditionellen Medien. Eine im Auftrag der Kommission in den USA durchgeführte Studie kam zu dem Ergebnis, daß eine E-mail Marketing Kampagne durchschnittlich 10 US cents pro versandter E-mail kostet, während sich die Kosten für eine Massendrucksache bei der Post zwischen 50 US cents und 1 US Dollar liegen<sup>63</sup>. Je geringer aber die Kosten einer Direktwerbetechnik, desto größer ist auch das Risiko ihres Mißbrauchs, und E-mail ist die bei weitem billigste Technik, die bis jetzt erfunden worden ist<sup>64</sup>.

E-mail Marketing ist aber nicht nur billiger, sondern hat auch eine höhere Erfolgsquote als konventionelle Massensendungen. Während sich diese beim E-mail Marketing zwischen 5% und 15% bewegt, kommt sie bei konventionellen Sendungen nur auf 0,5% bis 2%. Dieses Effizienzgefälle besteht aber nicht nur zu konventionellen Medien, sondern auch zu anderen elektronischen Werbeformen wie zum Beispiel der Bannerwerbung. Während Werbe-E-mails eine „Click through Rate“

---

<sup>61</sup> Verband der deutschen Internetwirtschaft, Werbung „wie die Pest“, [http://www.eco.de/presse/mitteilungen/2001/01-09-28b\\_de.htm](http://www.eco.de/presse/mitteilungen/2001/01-09-28b_de.htm).

<sup>62</sup> Laga, ÖBl 2000, 243 (248).

<sup>63</sup> Gauthronet/Drouard, Communications 13.

<sup>64</sup> Gauthronet/Drouard, Communications 110.

in der Größenordnung von 18 % aufweisen, sind diese bei der Bannerwerbung rückläufig und stagnieren bei mittlerweile nur noch 0,65 %<sup>65</sup>.

Es besteht also im Bereich der UCE ein Interessenskonflikt zwischen dem Großteil der Internet User und der Wirtschaft. Während die Nutzer Maßnahmen zum Schutz vor Spam fordern, versucht die Wirtschaft, möglichst unbegrenzte Möglichkeiten vorzufinden, um Werbung mittels E-mail betreiben zu können. Es muß also ein Gleichgewicht zwischen der Offenheit des Internets und dem Schutz personenbezogener Daten der einzelnen Nutzer gegeben sein<sup>66</sup>, um die Vorteile des Internets für beide Seiten nutzbar zu machen.

Um diesen Interessenkonflikt beizulegen, gibt es im großen und ganzen 2 Lösungsansätze, die die Gesetzgebung aber auch die beteiligten Unternehmen aus eigener Initiative bereitstellen, je nachdem, wessen Interessen als berücksichtigungswürdiger eingestuft werden: Die sogenannte „Opt Out Lösung“ und die sogenannte „Opt In Lösung“<sup>67</sup>.

### Opt Out Lösung

Bei der Umsetzung der Opt Out Lösung ist das Zusenden von Werbung mittels der elektronischen Post grundsätzlich erlaubt. Jeder Empfänger, der keine Werbe E-mails erhalten möchte, muß dem Erhalt von Werbe E-mails ausdrücklich widersprechen. Nach diesem Widerspruch des Nutzers ist es für den Werbetreibenden nicht mehr zulässig, an ihn weitere Werbe-E-mails zu versenden.

Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit einer Opt Out Lösung sind meist das Vorhandensein von sogenannten „Robinson Listen“ und die Kennzeichnung der E-mails, um es dem Nutzer zu ermöglichen, sie auszufiltern.

Diese Lösung bevorzugt grundsätzlich den Werbetreibenden, da die Zahl der potentiellen Empfänger nur von denen begrenzt wird, die sich aktiv gegen diese Form der Werbung ausgesprochen haben<sup>68</sup>. Sie ist politisch auch leichter verhandelbar.

---

<sup>65</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 13.

<sup>66</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 16.

<sup>67</sup> *Lechner* in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government (2000) 26.

<sup>68</sup> *Loacker*, Datagraph 2000, 82 (84).

### Opt In Lösung

Bei der Umsetzung der Opt In Lösung ist Werbung mittels elektronischer Post grundsätzlich verboten, außer der Empfänger hat vorher seine Zustimmung dazu erteilt. Die Zustimmung ist außerdem jederzeit widerruflich.

Diese Lösung bevorzugt grundsätzlich den Nutzer, weil er selbst entscheiden kann, welche Werbe E-mails er erhalten will und welche nicht. Außerdem kann er die Werbung jederzeit wieder abbestellen.

Zudem hat Opt in auch für den Werbenden den Vorteil, daß der angeschriebene Empfänger auch wirklich an der Werbebotschaft interessiert ist, was eine höhere Treffsicherheit gewährleistet. Dies hat auf Seiten der Wirtschaft bereits zu einem Umdenken und zur Entwicklung des sogenannten „Permission Marketing“<sup>69</sup> geführt.

### ***Technische Lösungen gegen Spam***

Zusätzlich zu diesen beiden Lösungsansätzen, die das Recht entwickelt hat, besteht ergänzend dazu die Möglichkeit, dem Problem mittels der Technik Herr zu werden. Dies geschieht hauptsächlich durch den Einsatz von sogenannten Filtern, entweder auf Seite des Empfängers oder bereits vorher auf Seite der Internet-Service-Provider.

#### Filter auf Seite des ISP

Auf Seite der Internet Service Provider werden bereits seit längerem Maßnahmen ergriffen, um Spam aufzuspüren und zu blockieren und so unerwünschte E-mails gar nicht an ihre Kunden weiterzuleiten. Dies wird dadurch erreicht, daß das Mail-System nur E-mails annimmt, die eine gültige Absenderadresse haben, und deren Empfänger ein Kunde des Providers ist. Dadurch wird verhindert, daß fremder E-mail Verkehr über das Mail-System des Internet Providers läuft. Eine inhaltliche Kontrolle oder Zensur der E-mails findet dabei nicht statt. Das entscheidende Kriterium dafür, ob

---

<sup>69</sup> Gauthronet/Drouard, Communications 23.

eine E-mail zurückgewiesen oder angenommen wird, ist allein die IP Adresse<sup>70</sup> des versendenden Rechners<sup>71</sup>.

Außerdem erstellen und tauschen die Internet Provider untereinander sogenannten „Black Lists“ aus, die E-mail Adressen und Domain Names von bekannten Spammern enthalten, so daß die Internet Provider die von diesen Spammern eingehenden E-mails ebenfalls aussortieren können<sup>72</sup>. Über die Effektivität dieser Filter gibt es allerdings keine genauen Zahlen.

### Filter auf Seite der Empfänger

Auch auf Seite der Empfänger besteht die Möglichkeit zum Einsatz von Filtern. Bei den meisten E-mail Clients ist diese Filterfunktion bereits eingebaut. Sie erlaubt es, eingehende E-mails anhand bestimmter Schlagwörter zu filtern und in vorher bestimmte Ordner oder den elektronischen Papierkorb zu verschieben. Der Empfänger kann damit zumindest entscheiden, ob er eine bestimmte E-mail Adresse oder E-mails einer bestimmten Domain ein weiteres Mal in seinem Posteingang sehen will, oder ob er sie direkt in den elektronischen Papierkorb weiterleitet<sup>73</sup>.

Da hartnäckige Spammer jedoch häufig ihren Domain Namen oder ihre E-mail Adresse wechseln, um Filter zu umgehen - was besonders durch die gratis erhältlichen E-mail Adressen erleichtert wird<sup>74</sup> - sind diese Filter auch auf Seiten der Empfänger nur von bedingtem Nutzen.

Am wirksamsten sind jene Filter, die von vornherein nur bestimmte definierte E-mail Adressen durchlassen. Sie haben jedoch den offensichtlichen Nachteil, daß jeder neue E-mail Partner zunächst einmal zugelassen werden muß, bevor eine eingehende E-mail Nachricht den Filter passieren kann. Diese Filter sind daher nur für Nutzer mit einer gleichbleibenden Anzahl von E-mail Partnern praktisch<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Jeder einzelne Computer wird im Internet durch eine einmalige IP-Adressnummer in der Form A.B.C.D identifiziert, wobei A,B,C und D Zahlen zwischen 0 und 255 sind. (zB. 194.178.86.66) Siehe *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 4.

<sup>71</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (249).

<sup>72</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (249).

<sup>73</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (249).

<sup>74</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 37.

Filtersysteme verschaffen den Nutzern sicherlich kurzfristig eine Erleichterung bei der Behandlung von Spam. Solange es jedoch keine rechtlichen Rahmenbedingungen zur Unterstützung dieser Filtertechniken gibt, überwiegen aber die Nachteile derartiger Filter. Zum einen können sie leicht umgangen werden und verursachen bei Systemen, die auf Seite der Internet Provider zum Einsatz kommen, erhebliche Kosten, die wiederum auf deren Kunden, also die ohnehin leidgeprüften Empfänger, überwältigt werden<sup>76</sup>. Diese tragen damit nicht nur die eigenen Kosten von Spam, sondern auch die der Internet Provider.

Zum anderen kommt es beim Einsatz von Filtern auf Seite der Empfänger nur zu einer Problemverschiebung. Der Empfänger muß zwar nicht mehr eine Unmenge von E-mails in seinem Posteingang aussortieren, da dies nun automatisch geschieht. Die E-mails müssen jedoch nach wie vor von seiner Mailbox heruntergeladen werden, so daß seine Kosten dieselben sind. Außerdem besteht die Gefahr, daß auch erwünschte Nachrichten – eventuelle Geschäftspost – irrtümlich ebenfalls ausgefiltert werden<sup>77</sup>.

Filter können daher nur dann wirklich effektiv eingesetzt werden, wenn sie eindeutig erkennen können, ob es sich um Spam handelt oder nicht. Ein Schritt in Richtung Lösung dieses Problems bietet die Einführung einer Kennzeichnungspflicht für Werbe-E-mails<sup>78</sup>.

Damit ließe sich zumindest das Problem UCE beheben, für Massenmails ohne kommerziellen Inhalt bietet auch sie keinen Schutz, da Spammer ihre E-mails kaum kennzeichnen werden<sup>79</sup>, während die E-mail Adresse eines kommerziellen Senders schon aus Gründen der möglichen Kontaktaufnahme richtig sein sollte.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 37.

<sup>76</sup> *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 150.

<sup>77</sup> *Loacker*, *Datagraph* 2000, 82 (83).

<sup>78</sup> *Schönherr*, *ÖBl* 1999, 267 (269).

<sup>79</sup> *Brenn*, *Der elektronische Geschäftsverkehr*, *ÖJZ* 1999, 481 (486).

<sup>80</sup> *Loacker*, *Datagraph* 2000, 82.

## Regelungen des Gemeinschaftsrechts

### **Grünbuch kommerzielle Kommunikationen**

Die Europäische Kommission hat sich bereits im Jahr 1992 mit der Zukunft von Werbung im Zusammenhang mit der absehbaren Entwicklung der Informationsgesellschaft dazu entschlossen, das Gesamtkonzept ihrer zukünftigen Politik auf dem Gebiet grenzüberschreitender kommerzieller Kommunikationen zu überarbeiten und hat die Ergebnisse 1996 in Form eines Grünbuchs<sup>81</sup> veröffentlicht<sup>82</sup>.

Kommerzielle Kommunikationen werden darin wie folgt definiert: „Sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Image eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen. Der Begriff bezieht sich auf alle Formen der Werbung, des Direktmarketings, Sponsorings, der Verkaufsförderung und der Öffentlichkeitsarbeit. Darunter fällt ebenfalls die Nutzung solcher Kommunikationsinstrumente, auf die die Verbrauchsgüterindustrie, die Dienstleistungsbranche sowie öffentliche und mit öffentlicher Beteiligung arbeitende Stellen, Wohltätigkeitseinrichtungen und politische Organisationen regelmäßig zurückgreifen. Die Verpackung von Produkten ist nicht eingeschlossen.“

Zur Vorbereitung dieses Grünbuchs hatte die Kommission eine Untersuchung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, eine Marktanalyse und detaillierte Umfragen durchgeführt, die zu folgenden Feststellungen führten.

- Die grenzüberschreitenden kommerziellen Kommunikationen innerhalb des Binnenmarkts nehmen zu.
- Unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften können dabei zum Hemmnis für Unternehmen werden, die über die Grenzen ihres Landes hinweg derartige Dienste anbieten wollen. Sie können auch Probleme für Verbraucher schaffen,

---

<sup>81</sup> Ein Grünbuch ist ein Dokument, das zu Stellungnahmen zu bestimmten darin formulierten Fragen aufruft, Siehe *Dillenz*, EU-Grünbuch für grenzüberschreitende Werbung, *ecolex* 1996, 611 (612).

<sup>82</sup> Grünbuch über kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt, KOM (96) 192 endg, <http://europa.eu.int/en/record/green/gp006/de/index.html>.

die sich gegen grenzüberschreitende kommerzielle Kommunikationen schützen wollen.

- Es ist angesichts der steigenden Anzahl von grenzüberschreitenden kommerziellen Kommunikationen anzunehmen, daß unterschiedliche nationale Rahmenbedingungen erhebliche Barrieren schaffen werden.
- Die Gefahr, daß eine ungleiche Entwicklung der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen zur Schaffung neuer beiträgt, verstärkt sich mit der Entstehung neuer Dienstleistungen in der Informationsgesellschaft.
- Die Verfügbarkeit von Informationen über rechtliche Maßnahmen und Marktentwicklungen auf nationaler und Gemeinschaftsebene wird immer bedeutender.

Das Grünbuch analysiert anhand dieser Feststellungen die Auswirkungen der unterschiedlichen Rechtsrahmen der Mitgliedsstaaten auf die sich entwickelnde Informationsgesellschaft, insbesondere auf das Gebiet der kommerziellen Kommunikationen. Die vorgefundenen rechtlichen Konzepte erwiesen sich als zunehmend ineffektiv sowohl für den Schutz des Verbrauchers als auch im Hinblick auf die erforderliche Rechtssicherheit für Nutzer kommerzieller Kommunikationen.

Beide Faktoren bergen die Gefahr in sich, daß sie die potentielle Nachfrage nach neuen interaktiven Dienstleistungen sowie das Angebot von kommerziellen Kommunikationen verringern. Dies hätte nicht nur die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Unternehmen schwächen können, sondern hätte auch die Entwicklung der europäischen Informationsgesellschaft untergraben, da deren Entwicklung wesentlich mit der Möglichkeit der Werbung zusammenhängt, die diese neuen Dienste der Informationsgesellschaft zum Großteil finanzieren soll.

Ein „vorschneller“ Verbraucherschutz auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikationen könnte sich aber nachteilig auf die Industriepolitik auswirken, die die Entwicklung neuer Dienstleistungen in der Informationsgesellschaft anstrebt, von denen wiederum andere Ziele wie Bürgerbeteiligung und Zugang zu Informationen abhängen.

Als Ergebnis erachtete es die Kommission daher für notwendig, Gemeinschaftsaktionen zu setzen, die - vom Standpunkt der Verhältnismäßigkeit aus - die beiderseitigen Interessen berücksichtigen, da ansonsten kein ordnungsgemäßes Funktionieren des Binnenmarktes im Bereich der Informationsgesellschaft möglich ist. Die daraufhin folgenden Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft regeln jedoch allesamt nur Teilaspekte des Problems, da es aufgrund von unterschiedlichen Interessen der Mitgliedsstaaten bisher zu keiner umfassenden Regelung gekommen ist.

### **Allgemeine Datenschutzrichtlinie**

Die allgemeine Datenschutz Richtlinie<sup>83</sup> (in der Folge DSRL) – eine Datenschutznorm der vierten Generation<sup>84</sup> - hat den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Gegenstand<sup>85</sup>. Ihr Ziel ist ein möglichst ungehinderter Fluß personenbezogener Daten innerhalb der Europäischen Union, wobei sie ein gleichwertiges Schutzniveau in allen Mitgliedsstaaten anstrebt<sup>86</sup>, da ein unterschiedliches Schutzniveau die Übermittlung von personenbezogenen Daten von einem Mitgliedsstaat in den anderen verhindern könnte<sup>87</sup>.

Die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten darf aber nicht dazu führen, daß die Betroffenen eines Mitgliedsstaates mit hohem Schutzniveau im Datenschutz auf ihre Rechte verzichten müssen - es für sie also zu einer Verringerung ihres Schutzes käme - sondern muß im Gegenteil auf ein hohes Schutzniveau abzielen<sup>88</sup>. Da die grenzüberschreitenden Ströme personenbezogener Daten zunehmen, würde dies sonst ein Hemmnis für die Ausübung bestimmter

---

<sup>83</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281 v 23. 11. 1995 S 31, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31995L0046&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31995L0046&model=guichett).

<sup>84</sup> *Mayer-Schönberger/Brandl*, Das Datenschutzgesetz 2000, 14.

<sup>85</sup> Art 1 Abs 1 DSRL

<sup>86</sup> Erwägungsgrund 8 DSRL

<sup>87</sup> Erwägungsgrund 7 DSRL

<sup>88</sup> Erwägungsgrund 10 DSRL

Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen<sup>89</sup>, was negative Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes hätte<sup>90</sup>.

Um diesen Schutz und die informationelle Selbstbestimmung<sup>91</sup> des Beteiligten sicherzustellen, bestimmt die DSRL, daß personenbezogene Daten für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nach Treu und Glauben, auf rechtmäßige Weise und entsprechend ihrer Zweckbestimmung verarbeitet werden müssen<sup>92</sup>.

Personenbezogene Daten im Sinne der DSRL sind „alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person“, wobei eine Person dann als bestimmbar angesehen wird, wenn sie direkt oder indirekt identifiziert werden kann<sup>93</sup>. Da eine E-mail Adresse in vielen Fällen direkt die Identifizierung des Vornamens, des Nachnamens und/oder der Studien- oder Arbeitsadresse ihres Besitzers ermöglicht, ist es unbestritten, daß es sich bei einer E-mail Adresse um personenbezogene Daten im Sinne der DSRL handelt<sup>94</sup>.

Die Verarbeitung muß auf einer rechtmäßigen Grundlage erfolgen, wie zum Beispiel der Einwilligung des Betroffenen, der Erfüllung eines Vertrages oder einer rechtlichen Verpflichtung oder der Wahrung berechtigter Interessen<sup>95</sup>. Die DSRL geht dabei von einem umfassenden Begriff des Verarbeitens aus<sup>96</sup>, da eine Verarbeitung personenbezogener Daten in jedem Vorgang oder jeder Vorgangsreihe zu sehen ist, die mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten ausgeführt werden. Dazu zählen ausdrücklich das Erheben, das Speichern, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung oder die Verbreitung personenbezogener Daten<sup>97</sup>. Innerhalb ihres Geltungsbereichs gilt die DSRL für jegliche Verarbeitung personenbezogener Daten unabhängig vom verwendeten technischen Verfahren<sup>98</sup>.

---

<sup>89</sup> Erwägungsgrund 7 DSRL

<sup>90</sup> Erwägungsgrund 3 DSRL

<sup>91</sup> *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz 14.

<sup>92</sup> Art 6 DSRL

<sup>93</sup> Art 2 lit a DSRL

<sup>94</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 72.

<sup>95</sup> Art 7 DSRL

<sup>96</sup> *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz 17.

<sup>97</sup> Art 2 lit b DSRL

<sup>98</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 18.

Da die DSRL also bereits für das Erheben von E-mail Adressen einen Rechtsrahmen bereitstellt, greift sie zum frühest möglichen Zeitpunkt in die Entstehung des Problems Spam ein und bietet daher bereits Schutz, bevor es überhaupt zum Versenden von E-mails mit bestimmten Inhalten kommt. Diese Erhebung von E-mail Adressen kann grundsätzlich auf 3 verschiedenen Arten erfolgen<sup>99</sup>:

- (a) Es besteht bereits Kontakt mit dem Empfänger, entweder aufgrund einer bestehenden Geschäftsbeziehung oder weil der Empfänger seine E-mail Adresse auf der Website des Unternehmens hinterlassen hat,
- (b) Es besteht kein Kontakt mit dem Empfänger, sondern die E-mail Adresse wird von einem Dritten erworben, meist durch den Kauf einer Adreßliste oder
- (c) Die E-mail Adressen werden aus den öffentlichen Bereichen des Internets gesammelt.

#### Die E-mail Adresse wird vom Empfänger selbst erhalten

Hat das Unternehmen die E-mail Adressen bei seinen Kunden oder auf seiner Website erhoben und will es diese zu Zwecken des Direktmarketings verwenden, muß es dem Betroffenen bereits bei der Erhebung mitteilen, daß die E-mail Adresse zum Zweck des Direktmarketings verwendet werden soll<sup>100</sup>. Das Unternehmen muß den Betroffenen ferner vor der ersten Weitergabe der E-mail Adresse an Dritte oder vor der erstmaligen Nutzung im Auftrag Dritter zu Zwecken des Direktmarketings informieren und ihn ausdrücklich auf sein Recht hinweisen, daß er kostenfrei gegen eine solche Weitergabe oder Nutzung Widerspruch einlegen kann<sup>101</sup>.

#### Die E-mail Adresse wird von einem Dritten erworben

In diesem Szenario überläßt der Betroffene seine E-mail Adresse nicht einem Unternehmen sondern einem der vielen E-mail Adressenhändler, der diese E-mail Adressen in weiterer Folge Dritten zu Zwecken des Direktmarketings überläßt. In den USA haben sich bereits einige Unternehmen speziell auf den Handel mit E-mail

---

<sup>99</sup> Wessely, MuR 2001, 135 (137).

<sup>100</sup> Art 10 lit b DSRL

<sup>101</sup> Art 14 lit b DSRL

Adressen spezialisiert<sup>102</sup>. Vom Standpunkt der DSRL ist diese Weitergabe rechtmäßig, wenn der Adressenhändler, der die Adressen gesammelt hat, spätestens bei der ersten Übermittlung den Betroffenen darüber informiert hat, daß seine E-mail Adresse Dritten zu Zwecken des Direktmarketings überlassen wird<sup>103</sup>, und er ihm die Gelegenheit gegeben hat, dieser Weitergabe kostenfrei zu widersprechen<sup>104</sup>.

#### Die E-mail Adresse wird in den öffentlichen Bereichen des Internets gesammelt

In diesem Szenario wird die E-mail Adresse des Betroffenen ohne sein Wissen aus den öffentlichen Bereichen des Internets, zum Beispiel in Newsgroups, auf Mailinglists oder Websites gesammelt. Die dafür verwendete Software kann legal erworben werden<sup>105</sup> und wird unter dem Begriff „Spam Ware“<sup>106</sup> zusammengefaßt. Besonders in Verruf sind diese Programme durch die Technik des Dataminings<sup>107</sup> gekommen, die sich auf die datenschutzrechtlichen ebenfalls problematischen Cookies<sup>108</sup> stützt.

Mit Hilfe dieses Verfahrens können detaillierte Profile der Internet User erstellt werden, indem zunächst die Nutzerdaten erfaßt werden, die bei der Interaktion zwischen einer Website und ihren Besuchern entstehen. Nach ihrer Analyse können die erfaßten Daten durch demographische Daten ergänzt und mit anderen Daten in Zusammenhang gebracht werden. Das Ergebnis sind detaillierte Profile, die Prognosen der Vorlieben, Bedürfnisse und Kaufgewohnheiten einzelner Nutzer ermöglichen und, darauf aufbauend, höchst zielgruppenorientierte Werbung<sup>109</sup>.

Diese Vorgangsweise ist aus mehreren Gründen im Sinne der DSRL nicht zulässig. Zunächst stellt sie eine unlautere Form der Verarbeitung personenbezogener Daten dar, und widerspricht als solche dem Grundsatz von Treu und Glauben des Art 6 Abs 1 lit a DSRL<sup>110</sup>.

---

<sup>102</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 35.

<sup>103</sup> Art 11 Abs 1 lit b DSRL

<sup>104</sup> Art 14 lit b DSRL

<sup>105</sup> Zum Beispiel unter <http://www.firstlinesoft.com/index.shtml>.

<sup>106</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications, 31.

<sup>107</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 72.

<sup>108</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 98.

<sup>109</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 77.

<sup>110</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 81.

Weiter widerspricht sie auch dem Prinzip der Zweckbestimmung des Art 6 Abs 1 lit b DSRL, der vorsieht, daß personenbezogene Daten nur für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden dürfen. Eine Person, die an einem online Diskussionsforum teilnimmt, um eine bestimmte Meinung zu vertreten, oder die eine Mailinglist verwendet, um mit einer Anzahl von Teilnehmern Information auszutauschen, ist sich jedoch keineswegs dessen bewußt, daß ein Dritter ihre Daten für andere Zwecke als die der Diskussion oder des Informationsaustausches verwenden will<sup>111</sup>.

Drittens widerspricht sie auch dem Kriterium des ausgewogenen Verhältnisses der Interessen des Art 7 lit f DSRL, da die Empfänger von derartigen E-mails mit den eingangs erwähnten Nachteilen von Spam konfrontiert werden, ohne sich dagegen wirksam schützen zu können<sup>112</sup>.

Letztendlich widerspricht sie auch den Art 10, 11 und 14 DSRL, da der Betroffene zum Zeitpunkt der Datenerhebung oder der beabsichtigten Weitergabe weder die erforderlichen Informationen in bezug auf die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder die Zweckbestimmung der Verarbeitung erhält, noch Widerspruch gegen die beabsichtigte Verarbeitung seiner Daten für Zwecke des Direktmarketings oder der Weitergabe an Dritte einlegen kann, da er in diesen Fällen von seinem Recht zum Widerspruch nicht informiert wird<sup>113</sup>.

Die DSRL gelangt damit zu einer abgewandelten Opt Out Lösung, da sie dadurch, daß sie dem Unternehmen Informationspflichten auferlegt, bevor die E-mail Adresse verarbeitet oder weitergegeben wird, jeweils dem Prinzip des Widerspruchs im Voraus folgt, so daß der Empfänger frei darüber entscheiden kann, ob er Widerspruch zur Verarbeitung einlegen will oder nicht<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 107.

<sup>112</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 81.

<sup>113</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 107.

<sup>114</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 65.

## **Telekomm Datenschutz Richtlinie**

Die Telekomm Datenschutz Richtlinie<sup>115</sup> (in der Folge ISDN RL) spezifiziert und ergänzt die DSRL durch Festlegung der besonderen rechtlichen und technischen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten im Bereich der Telekommunikation<sup>116</sup>. Ihr Ziel ist ein gleichwertiger „Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der Telekommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von Telekommunikationsgeräten und –diensten in der Gemeinschaft.“<sup>117</sup> Darüber hinaus regelt sie auch den Schutz der Interessen juristischer Personen<sup>118</sup>.

Die ISDN RL gilt für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in öffentlichen Telekommunikationsnetzen. Da das Internet als Teil des öffentlichen Telekommunikationsbereichs anzusehen ist, sind auch die Dienste des Internets Telekommunikationsdienste<sup>119</sup>.

Die ISDN RL enthält auch Regelungen in Bezug auf das Eindringen in die Privatsphäre der Teilnehmer, schränkt deren Anwendbarkeit aber klar auf Zwecke des Direktmarketings ein. So bestimmt Art 12 Abs 1 ISDN RL, daß die Verwendung von Kommunikationen mit Automaten als Gesprächspartner (Voice Mail Systeme) oder Fernkopie (Telefax) für die Zwecke des Direktmarketings nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden darf.

Bei anderen Anrufen zum Zweck des Direktmarketings werden die Mitgliedsstaaten bei den zu ergreifenden Maßnahmen vor die Wahl gestellt, ob sie die Zulässigkeit dieser Anrufe an die Einwilligung des Teilnehmers binden wollen, oder ob der

---

<sup>115</sup> Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 15. 12. 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, AB I L 24 v 30. 1. 1998 S 1.

<sup>116</sup> Art 1 Abs 2 ISDN RL

<sup>117</sup> Art 1 Abs 1 ISDN RL

<sup>118</sup> Art 1 Abs 2 ISDN RL

<sup>119</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 18.

Teilnehmer, der keine solchen Anrufe erhalten möchte, gegen die Verwendung solcher Anrufe Widerspruch einlegen muß<sup>120</sup>.

Da der Begriff des „Anrufs“ allerdings eng interpretiert wird, enthält die ISDN RL keine Regelungen in Bezug auf Werbe-E-mails. Dennoch fährt sie mit dem Prinzip fort, daß der Schutz der Teilnehmer desto größer sein muß, je größer die Gefahr für die Privatsphäre des Teilnehmers ist.

## **Fernabsatzrichtlinie**

Die Fernabsatzrichtlinie<sup>121</sup> (in der Folge FARL) ist – neben der Signatur Richtlinie<sup>122</sup> und der Electronic Commerce Richtlinie<sup>123</sup> - die erste der 3 sogenannten europäischen Electronic Commerce Grundgesetze<sup>124</sup>.

Gegenstand der FARL ist „die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten.“<sup>125</sup> Das gemeinschaftsrechtliche Handeln war durch unterschiedliche Verbraucherschutzbestimmungen in den Mitgliedsstaaten notwendig geworden, die negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Unternehmen hatten<sup>126</sup>. Die FARL ist also eine Verbraucherschutzrichtlinie<sup>127</sup>, wobei im Sinne der FARL als Verbraucher jede natürliche Person gilt, die beim Abschluß von Verträgen im Fernabsatz zu Zwecken handelt, „die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen

---

<sup>120</sup> Art 12 Abs 2 ISDL RL

<sup>121</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 144 v 4. 6. 1997 S 19, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31997L0007&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31997L0007&model=guichett).

<sup>122</sup> Richtlinie 99/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 13. 12. 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABI L 13 v 19. 1. 2000 S 12, <http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000i013p00120020>.

<sup>123</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI L 178 v 17. 7. 2000 S 1, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=32000L0031&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=32000L0031&model=guichett).

<sup>124</sup> *Kilches*, Fernabsatzrichtlinie – Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz? MuR 1997, 276.

<sup>125</sup> Art 1 FARL

<sup>126</sup> Erwägungsgrund 4 FARL

<sup>127</sup> *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 130.

Tätigkeit zugerechnet werden können.<sup>128</sup> Der Verbraucher kann auf die ihm aufgrund der Umsetzung der FARL zugestandenen Rechte nicht verzichten<sup>129</sup>.

Die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses im Fernabsatz sind in Art 2 Z 1 FARL geregelt:

- (a) der Vertrag wird zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossen,
- (b) der Vertrag betrifft eine Ware oder Dienstleistung,
- (c) er wird im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen, und
- (d) der Lieferer verwendet bis zum Abschluß des Vertrages einschließlich des Vertragsschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken.

Die FARL findet allerdings keine Anwendung auf Verträge, die Finanzdienstleistungen, zum Beispiel Wertpapierdienstleistungen, betreffen<sup>130</sup>.

Fernkommunikationstechnik ist jedes Kommunikationsmittel, das zum Abschluß eines Vertrages ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Lieferer und Verbraucher eingesetzt werden kann<sup>131</sup>. Es kommt dafür grundsätzlich jede Technologie in Frage, auch das Internet<sup>132</sup>. Da es aufgrund der ständigen Weiterentwicklung der Kommunikationstechniken nicht möglich ist, alle Technologien in einer erschöpfenden Liste zu erfassen<sup>133</sup>, zählt Anhang I der FARL einige dieser Kommunikationstechniken beispielhaft auf. Unter anderem zählen dazu telefonische Kommunikation mit einer Person oder einem Automaten als Gesprächspartner, das Telefax und die elektronische Post. Nach welchen Kriterien die Beispiele im Anhang ausgewählt worden sind, ist jedoch nicht nachvollziehbar<sup>134</sup>.

---

<sup>128</sup> Art 2 Z 2 FARL

<sup>129</sup> Art 12 Abs 1 FARL

<sup>130</sup> Art 3 Abs 1 FARL

<sup>131</sup> Art 2 Z 4 FARL

<sup>132</sup> *Kilches*, MuR 1997, 276.

<sup>133</sup> Erwägungsgrund 9 FARL

<sup>134</sup> *Kilches*, MuR 1997, 276.

Um den Verbraucher vor der Belästigung durch gewisse besonders aufdringliche Kommunikationstechniken und vor aggressiven Verkaufsmethoden zu schützen, sieht Art 10 FARL – unabhängig vom Verwendungszweck<sup>135</sup> - Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken vor. Die FARL läßt dabei das bestehende Schutzniveau des Gemeinschaftsrechts über den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre ausdrücklich unberührt<sup>136</sup>, so daß die vorhin dargestellten Erfordernisse der DSRL im Fernabsatz mit zu berücksichtigen sind.

Der ursprüngliche Vorschlag<sup>137</sup> der Kommission sah vor, daß zur Verwendung der Fernkopie (Telefax), der elektronischen Post, des Telefons und von Voice-Mail-Systemen die vorherige Zustimmung des Verbrauchers erforderlich war<sup>138</sup>, was einer Opt In Lösung für die Verwendung der elektronischen Post gleichgekommen wäre.

Letztendlich wurde dieser Vorschlag aber nicht übernommen. Als besonders aufdringliche und aggressive Kommunikationstechniken wertet Art 10 Abs 1 FARL nur noch die Verwendung von Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-Systeme) und die Verwendung der Fernkopie (Telefax), die daher auch die vorherige Zustimmung des Verbrauchers erfordern. Im Sinne der FARL gilt die Opt In Lösung also ausdrücklich nur für diese beiden Kommunikationstechniken, weder Telefon noch elektronische Post wurden übernommen.

Weiter trägt Art 10 Abs 2 FARL den Mitgliedsstaaten auf, dafür Sorge zu tragen, „daß Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben“ – und dazu zählen auch das Telefon oder die elektronische Post – „mit Ausnahme der in Absatz 1 genannten Techniken nur dann verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.“ Dies bedeutet, daß für andere als die in Absatz 1 genannten Techniken grundsätzlich die Opt Out Lösung vorgesehen ist.

---

<sup>135</sup> Gruber in Gruber/Mader, Internet und e-commerce (2000) 131.

<sup>136</sup> Erwägungsgrund 17 FARL

<sup>137</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, KOM (1993) 396 endg, ABI C 308 v 15. 11. 1993 S 18.

<sup>138</sup> Art 4 geänderter Vorschlag FARL

Unter Berücksichtigung des Anwendungsbereichs der FARL ergibt sich daher aus Art 10 Abs 2 FARL, daß Werbung mittels der elektronischen Post grundsätzlich solange zulässig ist, solange der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat. Eine solche Ablehnung kann zum Beispiel dadurch erfolgen, daß der Verbraucher nach Erhalt einer E-mail Nachricht auf diese mit der Aufforderung antwortet, ihm zukünftig keine derartigen Nachrichten mehr zuzusenden<sup>139</sup>.

Das Landgericht Berlin sah diese Art der Ablehnung jedoch zum damaligen Stand der Technik als nicht erforderlich an. Es vertrat in einem Urteil die Meinung, daß die offenkundige Ablehnung des Verbrauchers in Bezug auf die elektronische Post als Werbemittel so lange anzunehmen sei, als er die Blockade seiner Mailbox fürchten und die Kosten der E-mail Werbung tragen muß. Das Ablehnungsrecht des Art 10 Abs 2 FARL könne nicht so verstanden werden, daß der Verbraucher das Ablehnungsrecht jedem potentiellen Werbetreibenden individuell zum Ausdruck bringen müsse, denn dies würde bedeuten, daß er die Werbung zunächst dulden müßte, um sich erst dann gegen die Fortsetzung zur Wehr setzen zu können, wozu der Verbraucher angesichts der Vielzahl von E-mails überfordert wäre. Es müsse ihm daher die Möglichkeit gegeben werden, mit seiner einmal erklärten Ablehnung den Erhalt von E-mails generell zu verhindern, wozu zu diesem Zeitpunkt allerdings noch keine technischen Handhabe bestand<sup>140</sup>.

Durch diese Argumentation interpretiert das Landgericht Art 10 Abs 2 FARL im Sinn einer Opt In Lösung und nähert sich mit dem Erfordernis des vorherigen Widerspruchs im Prinzip dem Ergebnis der DSRL an, läßt dabei aber auch erkennen, daß dies nur auf den damaligen Stand der Technik zu beziehen ist. Sollte die Technik dem Verbraucher nämlich effektiven Schutz gewährleisten können, in dem er den Erhalt zukünftiger Werbe E-mails durch einmaligen Widerspruch verhindern könnte, käme auch das Landgericht zur Anwendbarkeit eine Opt Out Lösung.

Im allgemeinen wird jedoch die Meinung vertreten, daß die FARL innerhalb ihres Anwendungsbereichs einer Minimum Opt Out Lösung für die Verwendung der elektronischen Post zu Werbezwecken den Weg bereitet hat, da es solange zulässig ist, kommerzielle E-mail zu versenden, solange der Empfänger ihre Verwendung

---

<sup>139</sup> Thiele, RdW 1999, 386 (387).

nicht offenkundig abgelehnt hat. Es liegt also am Empfänger, sein Recht geltend zu machen, seine Einwilligung wird angenommen, bis das Gegenteil erwiesen ist<sup>141</sup>.

Die FAREL setzt allerdings ohnehin nur einen Mindeststandard. Art 14 FAREL bestimmt nämlich, daß die Mitgliedsstaaten in dem der FAREL unterliegenden Bereich strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten können, um ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher sicherzustellen. Die Mitgliedsstaaten können also auch für die in Art 10 Abs 2 genannten Fernkommunikationstechniken eine Opt In Lösung vorsehen. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß diese strengeren Bestimmungen mit dem EG-Vertrag in Einklang stehen.

Es werden vereinzelt Bedenken geäußert, ob die Einführung der Opt In Lösung für Werbe-E-mails in einem Mitgliedsstaat von Art 10 Abs 2 FAREL gedeckt ist, da es sich dabei um das Verbot eines bestimmten Kommunikationsmittels an sich handeln würde. Die FAREL erwähne jedoch in Art 14 Satz 2 nur das Verbot bestimmter Waren und Dienstleistungen im Interesse der Allgemeinheit, was als Konkretisierung und Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art 14 FAREL anzusehen sei. Auch Erwägungsgrund 24 FAREL sei in dieser Richtung zu verstehen<sup>142</sup>. Ein generelles Verbot der Verwendung der elektronischen Post zu Werbezwecken würde daher Regel und Ausnahme vertauschen<sup>143</sup>.

Auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, besteht immer noch die weitere Einschränkung des Art 14 Satz 1 FAREL, daß die Mitgliedsstaaten strengere Bestimmungen nur in dem unter die FAREL fallenden Bereich erlassen oder aufrechterhalten können. Gegenstand der FAREL sind jedoch - wie bereits erwähnt - Vertragsschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten.

Geht man von diesem Gegenstand der FAREL aus, ist es meiner Meinung nach zumindest verwunderlich, daß sich keine Literatur finden läßt, die die Anwendbarkeit der FAREL auf Werbung mittels der elektronischen Post generell untersucht. Die ganze

---

<sup>140</sup> LG Berlin 16 O 320/98 - E-Mail-Werbung, [http://www.netlaw.de/urteile/lgb\\_6.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgb_6.htm).

<sup>141</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 100.

<sup>142</sup> LG Berlin 16 O 320/98, [http://www.netlaw.de/urteile/lgb\\_6.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgb_6.htm).

<sup>143</sup> *Thiele*, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670 (674).

FARL ist nämlich darauf ausgerichtet, daß es auch wirklich zu einem Vertragsabschluß zwischen Lieferer und Verbraucher kommt.

Dies entspricht nicht nur der Definition des Art 2 Z 1 FARL, der von einem „geschlossenen Vertrag“ ausgeht, sondern ist meiner Meinung nach auch daraus ersichtlich, daß die FARL in den Artikeln 4 bis 8 die Rechte und Pflichten der Parteien in Zusammenhang mit einem tatsächlich erfolgten Vertragsabschluß regelt. Es stellt sich also die Frage, ab welchem Zeitpunkt die FARL anwendbar sein soll; bereits beim Versenden von Werbung oder erst ab Stellen eines Angebots.

Die FARL selbst gibt in der geltenden Fassung auf diese Frage keine Antwort, ihr Erwägungsgrund 10 führt nur aus, „daß den Bestimmungen der Richtlinie zumindest zu dem Zeitpunkt nachgekommen werden muß, zu dem der erste einer Reihe von sukzessiven Vorgängen oder der erste einer Reihe von getrennten Vorgängen erfolgt, die sich über einen bestimmten Zeitraum erstrecken und als ein Gesamtvorgang gelten können, und zwar ungeachtet, ob dieser Vorgang oder diese Reihe von Vorgängen Gegenstand eines einzigen Vertrags oder aufeinanderfolgender getrennter Verträge ist“. Die FARL ist also bereits ab einer erfolgten Geschäftsanbahnung anzuwenden<sup>144</sup>. Ab diesem Zeitpunkt soll der Verbraucher vor aggressiven Verkaufsmethoden geschützt werden. Wann jedoch dieser Zeitpunkt anzunehmen ist, ist aus der FARL nicht ersichtlich.

Dies ist umso verwunderlicher, als daß diese Frage im ursprünglichen und auch noch im geänderten Vorschlag der Kommission deutlicher geregelt hätte werden sollen. Gegenstand der FARL wären danach nämlich die zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher abgeschlossenen Verträge sowie entsprechende Aufforderungen zum Abschluß von Verträgen und die diesbezüglichen vorbereitenden Maßnahmen<sup>145</sup>.

Weiter wäre eine Aufforderung zum Vertragsabschluß als „jede Mitteilung, die alle erforderlichen Elemente beinhaltet, damit der Empfänger eine vertragliche Verpflichtung unmittelbar eingehen kann“ definiert sowie klargestellt worden, daß Werbung nicht als Aufforderung zum Vertragsabschluß gelten soll<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> *Kilches*, MuR 1997, 276 (277).

<sup>145</sup> Art 1 der Vorschläge

<sup>146</sup> Art 2 der Vorschläge

Da aber auch vorbereitende Maßnahmen vom Gegenstand der FARL erfaßt hätten werden sollen, wäre auch klargestellt gewesen, daß auch Werbung bereits in den Anwendungsbereich der FARL gefallen wäre. Warum diese klare Regelung zugunsten des gegenwärtigen Art 1 iVm Art 2 Z 1 FARL abgeändert worden ist, ist nicht ersichtlich.

Doch selbst, wenn man die Anwendbarkeit der FARL auf Werbung ausdrücklich bejaht, wäre dies dennoch nur dann relevant, wenn sich ein Lieferer einem Verbraucher gegenüber der elektronischen Post zu Werbezwecken bedient, da Art 2 Z 1 erfordert, daß der Lieferer selbst bis zum Abschluß des Vertrages im Fernabsatz eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet. Im Bereich des Direktmarketings mittels der elektronischen Post ist dies aber gerade nicht immer der Fall, da sich Unternehmen - aus den eingangs erwähnten Effizienzgründen - eines Spezialdienstleisters für E-mail Werbung bedienen, so daß es zwischen demjenigen, der die Werbe-E-mails aussendet, und demjenigen, der sie empfängt, gar nicht zu einem Vertragsabschluß kommen soll.

Es ist daher aus meiner Sicht aus dem vorhandenen Material –mit Ausnahme des bereits erwähnten Anhanges I der FARL, der auch die Pressewerbung mit Bestellschein als Kommunikationstechnik nennt - nicht klar ersichtlich, ob die FARL generell zur Frage der Zulässigkeit der Verwendung der elektronischen Post zu Werbezwecken und in weiterer Folge zur Zulässigkeit von strengeren Regelungen in den Mitgliedsstaaten überhaupt Regelungen aufstellt. Dies mit Bezug auf Anhang I auch deshalb, weil es dabei zu einer Vermischung der verwendeten Technik mit dem damit vermittelten Inhalt kommt.

Diese Überlegungen spielen jedoch – wie bereits erwähnt – in der vorgefundenen Literatur keine Rolle. Die überwiegende Mehrheit interpretiert Art 14 Abs 1 FARL als den beschriebenen Mindeststandard, und sieht in Art 14 Abs 2 FARL keine Beschränkung des Anwendungsbereichs sondern eine beispielhafte Aufzählung für ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Zum Beispiel *Gruber in Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 131.

## **Fernabsatzrichtlinie von Finanzdienstleistungen**

Da die FARL auf Finanzdienstleistungen im Fernabsatz keine Anwendung findet, arbeitete die Kommission für diesen Bereich einen eigenen Richtlinienvorschlag aus<sup>148</sup>. Ebenfalls als Verbraucherschutzrichtlinie konzipiert, ist ihr vorgeschlagener Anwendungsbereich die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher<sup>149</sup>.

Da die Definitionen der Begriffe „Fernabsatz“, „Verbraucher“ und „Fernkommunikationsmittel“ mit jenen der FARL übereinstimmen, erübrigt es sich, darauf näher einzugehen. Auch bezüglich der Regelung unerbetener Mitteilungen unterscheidet sich der Vorschlag nicht wesentlich von der FARL.

In Art 10 Abs 1 des Vorschlags ist das Erfordernis der vorherigen Einwilligung des Verbrauchers ebenso wie bei der FARL nur bei der Verwendung von Voice Mail Systemen oder von Telefaxgeräten zum Zweck des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen vorgesehen.

Die Mitgliedsstaaten haben für andere als die in Absatz 1 genannten Techniken Maßnahmen zu ergreifen, damit von den Verbrauchern unerbetene Mitteilungen zum Zweck des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen nicht zugelassen werden, wenn dafür die Einwilligung der betroffenen Verbraucher nicht erteilt worden ist<sup>150</sup>, und daß diese in Ermangelung einer offenkundigen Ablehnung von seiten des Verbrauches benutzt werden dürfen<sup>151</sup>.

Zwar vertrat der Wirtschafts- und Sozialausschuß des Europäischen Parlaments in seiner Stellungnahme<sup>152</sup> die Meinung, daß das Erfordernis der vorherigen

---

<sup>148</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27EG, KOM (1998) 468 endg, ABl C 385 v 11. 12. 1998 S 10, <http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c385p00100017>.

<sup>149</sup> Art 1 Abs 1 des Vorschlags

<sup>150</sup> Art 10 Abs 2 lit a des Vorschlags

<sup>151</sup> Art 10 Abs 2 lit b des Vorschlags

<sup>152</sup> Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG“ ABl C 169 v 16.6.1999 S 43, <http://europa.eu.int/cgi-bin/eur->

Einwilligung des Verbrauchers generell gelten sollte<sup>153</sup>, doch wurde dieser Änderungswunsch von der Kommission aus Gründen der Kompatibilität mit anderen Verbraucherschutzrichtlinien nicht in den geänderten Vorschlag übernommen<sup>154</sup>.

Dieser geänderte Vorschlag wurde am 19. Dezember 2001 ohne Aussprache vom Rat angenommen<sup>155</sup>.

## ***Electronic Commerce Richtlinie***

Im Gegensatz zur FARL ist die Electronic Commerce Richtlinie (in der Folge ECRL) keine Verbraucherschutzrichtlinie, sondern regelt allgemein bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft<sup>156</sup>. Sie gilt sowohl für Dienste von Unternehmern an Unternehmer als auch für Dienste von Unternehmern an Verbraucher<sup>157</sup> und soll ein hohes Niveau an rechtlicher Integration in der Gemeinschaft garantieren<sup>158</sup>.

Um das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes, insbesondere den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedsstaaten sicherzustellen<sup>159</sup>, enthält die ECRL auch Regelungen für die Verwendung kommerzieller Kommunikation, die einen wesentlichen Bestandteil der meisten Dienste der Informationsgesellschaft darstellt, da ihr auch eine entscheidende Bedeutung bei der Finanzierung dieser Dienste und für die Entwicklung neuer Dienste zukommt<sup>160</sup>.

---

lex/udl.pl?REQUEST=Seek-

Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1999c169p00430048.

<sup>153</sup> 3. 9. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses.

<sup>154</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, KOM (1999) 385 endg. ABl C 177 E v 27. 6. 2000 S 21, [http://europa.eu.int/cgi-bin/eurlex/udl.pl?REQUEST=Seek-](http://europa.eu.int/cgi-bin/eurlex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000ce177p00210027)

Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000ce177p00210027.

<sup>155</sup> Commission Press Room, Absatz von Finanzdienstleistungen per Post, Telefon und Internet – Kommissionsmitglieder Byrne und Bolkestein begrüßen politische Einigung im Rat,

[http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=pres/01/475|0|aged&lg=de.](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=pres/01/475|0|aged&lg=de)

<sup>156</sup> Art 1 Abs 1 ECRL

<sup>157</sup> *Stomper*, SWK 2000, 689.

<sup>158</sup> Erwägungsgrund 3 ECRL

<sup>159</sup> Art 1 Abs 1 ECRL

<sup>160</sup> Erwägungsgrund 29 ECRL

Die ECRL versucht daher, die Bedingungen für den Einsatz kommerzieller Kommunikation zu klären und diesen dadurch zu erleichtern. Auch wenn der Schwerpunkt der ECRL also wirtschaftlicher Natur ist, wird doch auch durch Transparenz- und Informationspflichten um das Vertrauen der Verbraucher gerungen, da ohne dieses die Dienste der Informationsgesellschaft selbst, und damit wieder die Wirtschaft, an ihrer Entwicklung behindert würden<sup>161</sup>.

Dabei ist zu betonen, daß auch durch die ECRL – genauso wie durch die FARL - das auf die Dienste der Informationsgesellschaft anwendbare Gemeinschaftsrecht bloß ergänzt wird, und daß das Schutzniveau des bestehenden Verbraucherschutzes im Gemeinschaftsrecht sowie in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten ausdrücklich unberührt bleibt, soweit die Freiheit, Dienste der Informationsgesellschaft anzubieten, dadurch nicht eingeschränkt wird<sup>162</sup>. Auch in den Erwägungsgründen wird mehrmals besonders darauf hingewiesen, daß die ECRL weder mit der FARL<sup>163</sup> noch mit der DSRL<sup>164</sup> interferiert, was die Schwierigkeiten aufzeigt, wenn versucht wird, generelle und sektorale Rechtssetzung zu kombinieren<sup>165</sup> und sich überschneidende Sachverhalte zu regeln<sup>166</sup>.

„Für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der ECRL ist zunächst die Definition der Dienste der Informationsgesellschaft<sup>167</sup> maßgeblich<sup>168</sup>, der aus der Transparenzrichtlinie<sup>169</sup> übernommen wurde. Die Dienste der Informationsgesellschaft werden anhand folgender Kriterien bestimmt: Es handelt sich dabei um

(a) Dienstleistungen, die

---

<sup>161</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1998) 586 endg S 19, <http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/legalframew/legalde.pdf>.

<sup>162</sup> Art 1 Abs 3 ECRL

<sup>163</sup> Erwägungsgrund 11 ECRL

<sup>164</sup> Erwägungsgrund 14 ECRL

<sup>165</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 76.

<sup>166</sup> *Gruber in Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 132.

<sup>167</sup> Art 2 lit a ECRL

<sup>168</sup> *Brenn*, ÖJZ 1999, 481 (482).

<sup>169</sup> Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und der Rates v 22. 6. 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI L 204 v 21. 7. 1998 S 37, geändert durch die Richtlinie 98/48/EG, ABI L 217 v 5. 8. 1998 S 18, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31998L0034&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=31998L0034&model=guichett).

- (b) in der Regel gegen Entgelt
- (c) im Fernabsatz
- (d) elektronisch
- (e) auf individuellen Abruf des Empfängers (Punkt zu Punkt)<sup>170</sup> erbracht werden.

Nicht erfaßt sind somit beispielsweise die Post- und Telefondienste, da diese nicht elektronisch erbracht werden, oder Radio und Fernsehen, da diese Dienste durch eine unbestimmte Anzahl von Empfängern (Punkt zu Multipunkt) charakterisiert sind<sup>171</sup>. Maßgeblich für das Vorliegen eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind somit die Übertragungswege und nicht die damit übertragenen Inhalte<sup>172</sup>.

Die Regelungen bezüglich kommerzieller Kommunikationen sind in Abschnitt 2 der ECRL enthalten. Die Definition des Begriffs „Kommerzielle Kommunikation“ orientiert sich eng an jener des Grünbuchs.

Kommerzielle Kommunikation im Sinn der ECRL sind „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt.“ Ausdrücklich nicht unter diesen Begriff der kommerziellen Kommunikation fällt die bloße Angabe einer E-mail Adresse<sup>173</sup>.

Art 6 ECRL stellt zusätzlich zu den sonstigen gemeinschaftsrechtlichen Informationsanforderungen allgemeine Informations- und Kennzeichnungspflichten für kommerzielle Kommunikationen auf. Diese müssen klar als solche erkennbar sein<sup>174</sup>, um nicht mit Fachinformation verwechselt werden zu können<sup>175</sup>. Dies ist von Bedeutung, da die Vermittlung von Information keine kommerzielle Kommunikation darstellt<sup>176</sup>.

---

<sup>170</sup> Erwägungsgrund 18 ECRL

<sup>171</sup> *Brenn*, ÖJZ 1999, 481 (482).

<sup>172</sup> *Brenn*, ÖJZ 1999, 481 (483).

<sup>173</sup> Art 2 lit f ECRL

<sup>174</sup> Art 6 lit a ECRL

<sup>175</sup> *Kilches*, Electronic Commerce Richtlinie, MuR 1999, 3 (4).

Außerdem muß der Auftraggeber klar identifizierbar sein<sup>177</sup>, was im Bereich der elektronischen Post insbesondere dem Problem der falschen Absenderadressen abhelfen soll. Diese Regelung erfüllt denselben Zweck wie Art 4 Z 3 FARL für die Telefonwerbung<sup>178</sup>. Damit sollen die Nutzer die Möglichkeit bekommen, den künftigen Empfang von E-mails des gleichen Ursprungs zu verhindern<sup>179</sup>.

Art 7 ECRL enthält darüber hinaus spezielle Regelungen über nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen mittels der elektronischen Post. Art 7 Abs 1 ECRL trägt jenen Mitgliedsstaaten, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen, zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auf, sicherzustellen, daß kommerzielle Kommunikationen für den Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar sind. Daraus kann e contrario in Verbindung mit Art 14 FARL der Schluß gezogen werden, daß es auch Mitgliedsstaaten geben muß, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post nicht zulassen<sup>180</sup>.

Damit stellt die ECRL eine zusätzliche Kennzeichnungspflicht auf, die das Ausfiltern von unerbetenen kommerziellen Kommunikationen ermöglichen<sup>181</sup>, und es dem Nutzer erleichtern soll, kommerzielle Nachrichten schon bei ihrem Eingang als solche zu erkennen, damit er frei darüber entscheiden kann, ob er die Nachricht öffnen will oder nicht<sup>182</sup>. Hat er daran kein Interesse, soll er sie ohne Mühe löschen können.

Das Herausfiltern sollte auch von den Mitgliedsstaaten gefördert und erleichtert werden, um die Transparenz zu verbessern und das reibungslose Funktionieren der elektronischen Netze sicherzustellen. Für den Empfänger dürfen durch nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation keine zusätzlichen Kosten verursacht werden<sup>183</sup>.

---

<sup>176</sup> Vorschlag ECRL S 23

<sup>177</sup> Art 6 lit b ECRL

<sup>178</sup> Gruber in Gruber/Mader, Internet und e-commerce (2000) 132.

<sup>179</sup> Bericht v 23. 4. 1999 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, S 66, <http://www2.europarl.eu.int/omk/OM-Europarl?PROG=REPORT&L=DE&PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1999-0248+0+DOC+PDF+V0//DE&LEVEL=2&NAV=S>.

<sup>180</sup> Gruber in Gruber/Mader, Internet und e-commerce (2000) 133.

<sup>181</sup> Erwägungsgrund 30 ECRL

<sup>182</sup> Bericht S 41.

Wie dieser Kennzeichnungspflicht im einzelnen nachgekommen werden soll, geht aus der ECRL nicht hervor, sie spricht nur von einer klaren und unzweideutigen Kennzeichnung. Es sollte aber eine international übliche Kennzeichnung gefunden werden. Dies kann entweder in sprachlicher Form erfolgen, oder aber auch durch die technische Fixierung eines „Werbebits“ im Umschlag der E-mail. Letzteres hätte auch den Vorteil, daß die kommerzielle Natur der Nachricht von Filtern in der Art erkannt werden könnte, daß dadurch in Kombination mit dem Absender die wahren Kosten dem Versender verrechnet werden und dadurch die Kostenstruktur zugunsten des Nutzers umgekehrt werden könnte<sup>184</sup>.

Ausdrücklich nicht Gegenstand der ECRL ist die Frage der Zustimmung des Empfängers in bezug auf kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post, da diese bereits in der FARL und der ISDN RL geregelt ist<sup>185</sup>. Die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation mittels der elektronischen Post ist außerdem vom Herkunftslandprinzip<sup>186</sup> ausgenommen<sup>187</sup>.

Das Herkunftslandprinzip soll vor allem der Tatsache gerecht werden, daß das Internet ein globales Medium darstellt. Ist eine Website nämlich einmal im Internet, ist sie grundsätzlich weltweit abrufbar, und die Diensteanbieter sind dadurch mit der Anwendbarkeit sämtlicher Rechtsordnungen konfrontiert, in denen die Website zugänglich ist. Dies führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und Rechtskosten, da Unternehmen rechtlichen Rat bezüglich jedes Staates einholen müssen, um sicherzustellen, daß ihre Tätigkeiten auch in diesen Staaten rechtmäßig ist<sup>188</sup>.

Innerhalb der Europäischen Union soll ein Diensteanbieter allerdings weder diesem Rechtsrisiko noch Rechtskosten ausgesetzt sein, sondern sich darauf verlassen können, daß er nicht den Anforderungen sämtlicher Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten genügen muß<sup>189</sup>, sondern nur der Rechtsordnung des Staates seiner

---

<sup>183</sup> Erwägungsgrund 30 ECRL

<sup>184</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (247).

<sup>185</sup> Erwägungsgrund 30 ECRL

<sup>186</sup> Art 3 ECRL

<sup>187</sup> Art 3 Abs 3 iVm dem Anhang ECRL

<sup>188</sup> Vorschlag ECRL S 9.

<sup>189</sup> *Stomper*, SWK 2000, 689 (690).

Niederlassung, und daß damit seine Tätigkeit durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung<sup>190</sup> auch den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedsstaaten genügt.

Die Ausnahme vom Herkunftslandsprinzip in Bezug auf die Zulässigkeit von Werbe-E-mails ist eine Folge von Art 14 FARL, der unterschiedliche Regelungen der Mitgliedsstaaten zuläßt. Mangels eines gemeinsamen Standpunkts zur Frage der Zulässigkeit von kommerzieller Kommunikation war es nicht möglich, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung auch auf die Frage der Zulässigkeit von E-mail Werbung auszudehnen.

Art 7 Abs 2 ECRL trägt den Mitgliedsstaaten weiter auf, daß sie - unbeschadet der FARL und der ISDN RL - und unabhängig davon, ob sie kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen oder nicht<sup>191</sup>, Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, daß „Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen durch elektronische Post übermitteln, regelmäßig sogenannte „Robinson Listen“ konsultieren, in die sich natürliche Personen (also Unternehmer und Verbraucher, aber nicht juristische Personen)<sup>192</sup> eintragen können, die keine derartige kommerzielle Kommunikation zu erhalten wünschen, und daß die Diensteanbieter diese Listen beachten.“ Dadurch soll der Mindeststandard des Art 10 Abs 2 FARL sichergestellt werden, da sich diejenigen Nutzer in diese Robinson Listen eintragen können, die den Erhalt von Werbe E-mails offenkundig ablehnen<sup>193</sup>.

Robinson Listen sind im Bereich der „offline“ Werbung bereits seit längerem üblich und gewährleisten – in Verbindung mit Aufklebern an der Haustür – daß Werbung nicht an der Haustür hinterlassen wird<sup>194</sup>. Eine Robinson Liste besteht aus den Namen und Adressen derjenigen Personen, die keine Direktwerbung an der Haustür zugestellt haben wollen<sup>195</sup>.

Die Sinnhaftigkeit derartiger Listen für Werbung mittels der elektronischen Post wird aus der Sicht des Verbraucherschutzes allerdings in Frage gestellt. Durch die

---

<sup>190</sup> *Brenn*, ÖJZ 1999, 481.

<sup>191</sup> *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 133.

<sup>192</sup> *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 134.

<sup>193</sup> *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 134.

<sup>194</sup> Siehe auch § 268 Abs 8 GewO

<sup>195</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (247).

Globalität des Internets ergibt eine bloß europaweite Liste keinen Sinn, da diese auch in Staaten zugänglich wäre, die nicht dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterliegen, wodurch wiederum die Möglichkeit des Mißbrauchs und die Unterwanderung des Schutzniveaus des Gemeinschaftsrechts besteht. Nur eine international einheitliche Liste könnte dem Abhilfe schaffen<sup>196</sup>.

Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, daß Art 7 Abs 2 ECRL die Diensteanbieter lediglich dazu verpflichtet, die Robinson Listen regelmäßig aufzusuchen jedoch nicht systematisch jedesmal, bevor es zu kommerzieller Kommunikation mittels der elektronischen Post kommen soll<sup>197</sup>.

Aber auch aus Seite der Unternehmer wird diese Regelung als eher plumpes Instrument betrachtet, da sie keine Rücksicht auf bestehende Verhältnisse – wie zum Beispiel eine bestehende Geschäftsverbindung - nimmt. Es stellt für ein Unternehmen einen unnützen Aufwand dar, wenn es seinen bestehenden Kundenkreis über seine letzten Produkte informieren will, und es zur Konsultation der Robinson Listen auch dann verpflichtet ist, wenn seine Kunden ihm gegenüber dem Erhalt von Werbe-E-mails zugestimmt haben<sup>198</sup>.

Trotz aller Vorsichtsmaßnahmen scheint die ECRL also – obwohl sie die Stellung des Verbrauchers verbessert<sup>199</sup> - die Opt Out Lösung zu fördern<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (248).

<sup>197</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 78.

<sup>198</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 109.

<sup>199</sup> *Loacker*, Datagraph 2000, 82 (84).

<sup>200</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 78.

## Zusammenfassung und Ausblick

Versucht man nun, eine „konsolidierte“ Fassung der FARL und der ECRL in Bezug auf kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post auszuarbeiten, ergibt sich folgendes Bild<sup>201</sup>: Da beide Richtlinien die Regelungen der DSRL ausdrücklich unberührt lassen, sind die an dieser Stelle dargelegten Prinzipien jeweils zugrunde zu legen.

1. Das Versenden von Werbe-E-mails an Verbraucher ist zulässig, wenn der Verbraucher dies nicht offenkundig abgelehnt hat<sup>202</sup>. Der Verbraucher kann seiner offenkundigen Ablehnung dadurch Ausdruck verleihen, daß er sich in eine Robinson Liste eintragen läßt. Die Mitgliedsstaaten müssen sicherstellen, daß Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post übermitteln, diese Robinson Listen regelmäßig konsultieren und beachten<sup>203</sup>.

2. Das Versenden von Werbe-E-mails an Unternehmer ist grundsätzlich zulässig. Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur für Unternehmer, die juristische Personen sind, da sich alle natürlichen Personen, ob Verbraucher oder Unternehmer, in eine Robinson Liste eintragen lassen und dadurch zum Ausdruck bringen können, daß sie Werbe-E-mails offenkundig ablehnen.

3. Jede unaufgeforderte Werbe-E-mail ist, unabhängig davon, ob sie an einen Verbraucher oder Unternehmer, an eine natürliche oder eine juristische Person versendet wird, klar und unzweideutig als solche zu kennzeichnen<sup>204</sup>.

Es stellt sich allerdings die Frage, wie lange diese Zusammenfassung angesichts des folgenden Ausblicks auf die künftige Gesetzgebung der EU noch aktuell sein wird.

### **ISDN RL Neu**

Im Zuge der Umsetzung der FARL haben 5 Mitgliedsstaaten der EU von der Möglichkeit des Art 14 FARL Gebrauch gemacht, um strengere Regelungen in Bezug

---

<sup>201</sup> Gruber in Gruber/Mader, Internet und e-commerce (2000) 134.

<sup>202</sup> Art 10 Abs 2 FARL

<sup>203</sup> Art 7 Abs 2 ECRL

<sup>204</sup> Art 7 Abs 1 ECRL

auf unerbetene kommerzielle Kommunikation mittels E-mail zu schaffen oder aufrechtzuerhalten. In den meisten anderen Mitgliedsstaaten wurden in Umsetzung der ECRL Robinson Listen geschaffen. Dadurch wurde eine Situation geschaffen, die aus Sicht der Kommission für das Funktionieren des Binnenmarkts nicht befriedigend ist<sup>205</sup>.

Direktwerber, die in einem Mitgliedsstaat niedergelassen sind, in dem eine Opt In Lösung implementiert wurde, dürfen innerhalb dieses Staates keine E-mail Adressen nutzen, können aber weiterhin unerbetene kommerzielle E-mails in Mitgliedsstaaten senden, in denen eine Opt Out Lösung gilt. Da jedoch aus einer E-mail Adresse allein oft nicht hervorgeht, in welchem Mitgliedsstaat der Empfänger wohnt, funktioniert ein System unterschiedlicher Regelungen in der Praxis nicht.

Um diese Behinderungen des Binnenmarktes zu beseitigen, unterbreitete die Kommission einen neuen Vorschlag<sup>206</sup> zu einer Richtlinie, die die ISDN RL aktualisieren und ersetzen soll. Inhaltlich sollen dabei keine wesentlichen Änderungen vorgenommen werden, sondern die bisherigen Bestimmungen sollen lediglich an neue und vorhersehbare Entwicklungen auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikationsdienste angepaßt werden.<sup>207</sup>

Außerdem sollen die Vorschriften technologieneutral erlassen werden, so daß keine spezielle Technologie bevorzugt oder benachteiligt wird, und daß der gleiche Dienst unabhängig von den Mitteln, mit deren Hilfe er bereitgestellt wird, gleichwertig geregelt wird. Der Nutzer soll dadurch einen gleichwertigen Schutz unabhängig von der verwendeten Technologie genießen<sup>208</sup>. Darüber hinaus ist der Vorschlag auch sektorneutral, da die Regelungen bezüglich der Direktwerbung unabhängig davon gelten sollen, welcher Sektor sie verwendet<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> *Datenschutzgruppe*, Privatsphäre 81.

<sup>206</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, KOM (2000) 385, ABl C 365 E v 19. 12. 2000 S 223, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=52000PC0385&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=52000PC0385&model=guichett).

<sup>207</sup> Vorschlag ISDN RL neu, ABl C 365 E v 19. 12. 2000 S 223.

<sup>208</sup> Erwägungsgrund 3 Vorschlag ISDN RL neu

<sup>209</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 117.

In diesem Sinne regelt Art 13 des Vorschlags auch unerbetene Nachrichten, um den in Art 12 ISDN RL verwendeten Ausdruck „unerbetene Anrufe“ technologieneutral zu gestalten. Art 13 Abs 1 des Vorschlags sieht vor, daß die Verwendung der elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung genauso zu behandeln ist wie Voice Mail Systeme und Telefax. Auch die elektronische Post darf nur noch bei Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden. Entgegen Art 12 Abs 1 ISDN RL ist im Vorschlag allerdings nicht mehr ausdrücklich vorgesehen, daß die Einwilligung vorher zu erfolgen hat.

Mit diesem Vorschlag bekräftigt die Kommission einmal mehr ihre Auffassung, daß die elektronische Post große Ähnlichkeit mit automatischen Anrufsystemen aufweist<sup>210</sup>. Denn der Empfänger ist bei beiden Techniken nicht in der Lage, sich gegen den Erhalt einer Nachricht im vornherein wirksam zur Wehr zu setzen und trägt auch noch dazu die Kosten des Empfangs<sup>211</sup>.

Sofort nach Übermittlung des Vorschlags an das Europäische Parlament setzte eine intensive Lobbying-Aktivität derjenigen Mitgliedsstaaten und Organisationen ein, die die vorgeschlagene Opt In Lösung für die elektronische Post ablehnen. Besonders Großbritannien und die European Information and Communication Technology Industry Association (EICTA) traten für eine Beibehaltung der geltenden Regelungen der FARL und der ECRL ein<sup>212</sup>. Natürlich kam es auch zu Lobbying derjenigen, die für eine Opt In Lösung eintraten<sup>213</sup>.

Als Ergebnis präsentierte das Europäische Parlament einen Änderungsvorschlag<sup>214</sup>, der als Kompromißvorschlag präsentiert wurde und auf der Option der nationalen Wahl beruht. Das Erfordernis der Einwilligung des Teilnehmers bei der Verwendung der elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung wurde wieder fallen

---

<sup>210</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 73.

<sup>211</sup> *Gauthronet/Drouard*, Communications 110.

<sup>212</sup> ZDNet.de News, EU votiert gegen Spam, <http://news.zdnet.de/story/0,,s2099177,00.html>.

<sup>213</sup> Zum Beispiel durch die bereits erwähnten Vereine VIBE!AT, <http://www.vibe.at/aktionen/200110/> oder EuroCAUCE, <http://www.euro.cauce.org/en/timeline1.html>.

<sup>214</sup> Zweiter Bericht betreffend den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, <http://www2.europarl.eu.int/omk/OM-Europarl?PROG=REPORT&L=DE&PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0374+0+DOC+PDF+V0//DE&LEVEL=2&NAV=S>.

gelassen, statt dessen wurde dieses Erfordernis bei der Verwendung von SMS für Zwecke der Direktwerbung eingefügt.

Außerdem sieht der Änderungsvorschlag vor, daß die Versendung elektronischer Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung, bei der die Identität des Absenders verschleiert oder verheimlicht wird, ebenso verboten wird wie die Praxis, diese Nachrichten ohne authentische Adresse zu versenden, bei der der Empfänger das Einstellen solcher Nachrichten beantragen kann.

30 Monate nach Inkrafttreten der neuen Richtlinie sollen die Teilnehmer das Recht erhalten, von den Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste die Verwendung technischer Lösungen zu verlangen, die es ihnen ermöglichen soll, den Absender und den Betreff der elektronischen Post zu sehen und sie auch zu löschen, ohne daß sie den restlichen Inhalt der elektronischen Nachricht oder irgendwelche Anlagen herunterladen müssen<sup>215</sup>.

So sehr diese Änderungsvorschläge auch die Stellung der Teilnehmer zu verbessern scheinen, wiegen sie doch die Nichtbeibehaltung der Opt In Lösung für die elektronische Post nicht auf. Zunächst einmal ist es nicht sehr wahrscheinlich, daß das Problem der verschleierte Identität bei der Direktwerbung allzu oft vorkommt, da der Absender ein Interesse daran hat, daß der Empfänger mit ihm in Kontakt treten kann. Anders wäre dies bei Spam mit nicht kommerzieller Absicht.

Zum anderen sieht der zweite Änderungsvorschlag nichts anderes vor, als die Entwicklung eines neuen technischen Verfahrens für die elektronische Post, da bei jener, wie bereits erwähnt, immer der gesamte Inhalt der elektronischen Nachrichten heruntergeladen wird. Eine solche Änderung hätte jedenfalls aber nur dann Sinn, wenn sich weltweit alle Unternehmen – unabhängig von den dadurch zu erwartenden Kosten - zu einem solchen Schritt durchringen könnten.

Diese Änderungsvorschläge wurden vom Telekommunikationsrat<sup>216</sup> daher wieder teilweise verworfen, insbesondere in Bezug auf Art 13 Abs 1 des Vorschlages. Die

---

<sup>215</sup> Zweiter Bericht, Änderungsantrag 35, S 30.

<sup>216</sup> Zum gegenwärtigen Zeitpunkt scheint dies die einzige Fundstelle zu sein, die die Ergebnisse des Telekommunikationsrates veröffentlicht, <http://www.euro.cauce.org/en/amendments1.html#council>.

Verwendung der elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung wird wieder dem Erfordernis der Einwilligung, und diesmal ausdrücklich der vorherigen Einwilligung unterworfen. Dadurch ändert sich jedoch für die Verwendung von SMS für Zwecke der Direktwerbung nichts, da auch SMS und andere elektronische Nachrichtensysteme von der Definition der Nachricht des Art 2 lit h erfaßt werden.

Ein neuer Art 13 Abs 2 sieht für das Erfordernis der vorherigen Einwilligung eine Ausnahme dann vor, wenn eine natürliche oder juristische Person die personenbezogenen Daten direkt von ihren Kunden im Kontext eines getätigten Verkaufs oder eines geleisteten Dienstes in Übereinstimmung mit den Bestimmungen der DSRL erhält. Unter diesen Umständen erhaltene personenbezogene Daten dürfen dann für Zwecke der Direktwerbung von eigenen ähnlichen Waren oder Dienstleistungen verwendet werden, wenn dem Kunden klar und bestimmt zum Zeitpunkt der Datenerhebung sowie anlässlich jeder einzelnen Nachricht die Möglichkeit zum Widerspruch gegeben wird. Diese Möglichkeit muß in einer einfachen Art und Weise und ohne Kosten zu verursachen bereitgestellt werden.

Das vom Europäischen Parlament vorgeschlagene Verbot bezüglich der Verschleierung oder Verheimlichung der Identität des Absenders von elektronischen Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung und bezüglich nicht authentischer Adressen wurde vom Telekommunikationsrat übernommen, nicht aber das Recht, von den Anbietern technische Lösungen zur Verhinderung von unerbetenen Nachrichten zu verlangen, da dies in Zusammenhang mit den Abs 2 und 3 obsolet wäre.

Unter der Voraussetzung, daß die ISDN RL neu in dieser Form beschlossen wird, wird auf Ebene des Gemeinschaftsrechts die Opt In Lösung für Werbe E-mails und ein eindeutiges Verbot für Massenmails eingeführt. Da aber der Vorschlag weder die FARL noch die ECRL erwähnen, ist nicht klar, welche Auswirkungen die ISDN RL neu auf diese Richtlinien haben wird<sup>217</sup>. Dies betrifft insbesondere auch die Frage der Anwendbarkeit des Art 14 FARL, da die ISNDL RL neu keine vergleichbare Regelung aufweist, so daß es fraglich ist, ob strengere Regelungen als jene des vorgeschlagenen Art 13 in den Mitgliedsstaaten aufrechterhalten werden können.

---

<sup>217</sup> Gruber, E-mail-Werbung nur mit Zustimmung? RdW 2001, 73 (74).

## Österreichische Regelungen

### ***Meinungsstand vor Einführung des § 101 TKG***

Bevor der österreichische Gesetzgeber oder die österreichischen Rechtsprechung sich mit dem Problem Spam befaßt hatten, wurde es in der österreichischen Literatur eher stiefmütterlich behandelt. In Deutschland hingegen, wo es nach wie vor keine gesetzlichen Bestimmungen gibt, die sich ausdrücklich mit dem Problem Spam befassen, war es bereits Gegenstand zahlreicher kontroversieller Aufsätze und hat auch bereits Eingang in die Rechtsprechung gefunden. Entscheidungen des BGH sind allerdings nach wie vor ausständig.

Die erste auffindbare Meinung in Österreich stammt von *Pfersmann*, der in einer Entscheidungsanmerkung die Zulässigkeit von Werbung per E-mail verneinte<sup>218</sup>. In dem besprochenen Erkenntnis<sup>219</sup> stellte der OGH die Sittenwidrigkeit – und damit Wettbewerbswidrigkeit - der Telefax-Werbung fest, wenn der Anschlußinhaber die Werbesendung weder gewünscht hatte, noch der Werbende nach den Umständen ein solches Einverständnis voraussetzen konnte. Der Anschlußinhaber habe nämlich ein berechtigtes Interesse daran, seine Anlage von jeder Inanspruchnahme freizuhalten, die ihre bestimmungsgemäße Funktion, nämlich der Rationalisierung des anfallenden Schriftverkehrs und der schnellen Erreichbarkeit der an ihn gerichteten Mitteilungen, beeinträchtigt. Der OGH verweist in diesem Erkenntnis auch ausdrücklich auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung zur Frage der Telefax-Werbung und stellt auch den Bezug auf die eigene Rechtsprechung zur Werbung durch unerbetene telefonische Anrufe bei Privatpersonen her.

Da es mittels der elektronischen Post aber nicht nur möglich ist, beliebig lange Werbetexte zu sehr billigen Tarifen weltweit zu übertragen und damit den Empfänger samt seinem Personal unerbeten in weitreichendem Maß zu belästigen und zu stören, sondern auch die Speicherkapazität des Computers des Empfängers zu mißbrauchen oder gar zu blockieren, schlußfolgerte *Pfersmann*, daß damit auch feststehe, daß Werbung per E-mail unzulässig sei.

---

<sup>218</sup> *Pfersmann*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 320/97f, JBl 1998, 324 (325).

<sup>219</sup> OGH 4 Ob 320/97f „Telefax-Werbung“, WBl 1998, 98.

*Fitzal* vertrat unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der damals bereits bestehenden gesetzlichen Regelung des § 101 Telekommunikationsgesetz<sup>220</sup> (TKG) ebenfalls die Ansicht, daß „der vom Adressaten nicht gewünschte Einsatz von E-mails als Eingriff in die Privatsphäre des Adressaten unzulässig ist“.<sup>221</sup>

Diese Meinung wurde von *Thiele* als apodiktisch und unbegründet kritisiert, sie sei bereits bei der Drucklegung durch die rasante technische Entwicklung überholt gewesen. „Junk-E-mails“ stellen seiner Meinung nach weder einen in weitreichendem Maß belästigenden und störenden Eingriff in die Individualsphäre des Anschlußinhabers dar, noch sei damit ein Mißbrauch oder gar Blockieren der Speicherkapazität des Computers des Empfängers verbunden. Ein Blockieren sei technisch nämlich nicht vorstellbar und über einen Mißbrauch entscheide der Anwender selbst<sup>222</sup>.

Außerdem sei Werbung per E-mail und per Telefax nicht miteinander zu vergleichen, da - anders als bei der Telefax-Werbung - die mit der Werbung verbundenen Kosten bei der E-mail Werbung gänzlich zu vernachlässigen seien; dies aufgrund modernerer E-mail Programme die die Zugriffszeit des Empfängers auf seine Mailbox auf ein Minimum reduzierten. Auch fielen keine Kosten für Strom oder Papier wie beim Fax an und der Empfänger könne seinen Geschäftsbetrieb so organisieren, daß er den Erhalt von Werbe-E-mails durch das Vorschalten von Filterprogrammen verhindern könne. Dadurch habe es der E-mail Inhaber, im Gegensatz zum Fax, jederzeit selbst in der Hand, durch eine Vorkontrolle den Eingriff in seine Individualsphäre zuzulassen<sup>223</sup>.

Vielmehr seien Werbe-E-mails mit der Briefwerbung vergleichbar, die nach der österreichischen Rechtsprechung grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, da die Gefahr einer unzumutbaren Belästigung des Empfängers im Unterschied zur Telefon-

---

<sup>220</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird, das Telegraphenwegesgesetz, das Fernmeldegebührengesetz und das Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz geändert werden sowie ergänzende Bestimmungen zum Rundfunkgesetz und zur Rundfunkverordnung getroffen werden, BGBl I 100/1997, [http://ris.bka.gv.at/taweb-cgi/taweb?x=d&o=l&v=bgb1&db=BGBL&q={ \\$QUERY } &sl=100&t=doc4.tmpl&s=\(I%20100/1997\):PORG](http://ris.bka.gv.at/taweb-cgi/taweb?x=d&o=l&v=bgb1&db=BGBL&q={ $QUERY } &sl=100&t=doc4.tmpl&s=(I%20100/1997):PORG).

<sup>221</sup> *Fitzal*, Fernabsatzrichtlinie – Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109 (113).

<sup>222</sup> *Thiele*, AnwBl 1998, 670 (674).

und Faxwerbung - von Auswüchsen wie dem völligen Verstopfen des Briefkastens abgesehen - wesentlich geringer sei. Die Interessen des Empfängers müßten dabei hinter das allgemeine Interesse der werbenden Wirtschaft an gezielter Verbreitung ihrer Botschaften in möglichst flächendeckendem Ausmaß zurücktreten<sup>224</sup>.

Thiele vertrat daher die Meinung, daß E-mail-Werbung sowohl gegenüber Privatpersonen als auch gegenüber gewerblich Tätigen prinzipiell zulässig sei. Nur wenn sie das „angemessene Ausmaß“ überschreite, sei auch E-mail-Werbung nicht mehr zu tolerieren<sup>225</sup>.

## **§ 101 TKG**

Weiteren literarischen Diskussionen wurde durch eine Novelle<sup>226</sup> zum § 101 TKG jedoch der Boden entzogen. Damit schien das Problem Spam in Österreich ein für alle Mal aus der Welt geschafft zu sein.

§ 101 TKG regelte zuvor unerbetene Anrufe und das Zusenden von Fernkopien zu Werbezwecken und machte die Verwendung beider Techniken von der vorherigen Einwilligung des Teilnehmers abhängig. Durch die Novelle wurde in den bestehenden § 101 TKG folgende Bestimmung eingefügt: „Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen – jederzeit widerruflichen – Zustimmung des Empfängers.“ Gleichzeitig wurde die Strafbestimmung des § 104 Abs 3 Z 24 TKG dahingehend ergänzt, daß neben unerbetenen Anrufen auch die Zusendung von elektronischer Post als Massensendung oder zu Werbezwecken eine Verwaltungsübertretung darstellt.

Im Gegensatz zu der Vielzahl an gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, die sich mit der Frage der Zulässigkeit bestimmter Kommunikationsformen zum Zweck des Direktmarketings beschäftigen, erscheint der Lösungsansatz des österreichischen Gesetzgebers damit auf den ersten Blick um sehr vieles klarer und einfacher.

---

<sup>223</sup> Thiele, AnwBl 1998, 670 (674).

<sup>224</sup> Thiele, RdW, 1999, 386 (388).

<sup>225</sup> Thiele, RdW, 1999, 386 (387).

<sup>226</sup> BGBl I 1999/188, <http://bgbl.wzo.at/pdf/1999a188.pdf>.

Das Gesetz sanktioniert dabei die beiden eingangs erwähnten Erscheinungsformen von Spam, nämlich UCE und UCB. Dabei ist hervorzuheben, daß bereits eine einzige E-mail zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung des Empfängers den Tatbestand erfüllt. Bei der elektronischen Post als Massensendung wiederum ist ein besonderer Zweck, der mit der Massensendung verfolgt wird, nicht erforderlich, um den Tatbestand zu erfüllen.

Es zeigt sich jedoch, daß es trotz der scheinbaren Einfachheit der Bestimmung nicht auf Anhieb möglich ist, Antworten auf grundlegende Fragen im Zusammenhang mit dieser Bestimmung zu finden. Insbesondere für die Frage, wie die Begriffe „elektronische Post als Massensendung“ oder „zu Werbezwecken“ zu verstehen sind, liefert die Bestimmung selbst keine Anhaltspunkte. Auch die parlamentarischen Materialien schweigen sich über Bedeutung der Begriffe „Massensendung“ und „zu Werbezwecken“ aus.

Weder der Ausschußbericht<sup>227</sup> des Justizausschusses noch das Stenographische Protokoll<sup>228</sup> zur Debatte im Nationalrat schaffen Klärung; es sei denn, die Wortmeldung des Abgeordneten Firlinger<sup>229</sup>, es könne nicht sein, daß ein Internet-Konsument, „wenn er seine Kiste aufdreht, 20, 30, 50 Nachrichten findet, in denen er mit Angeboten überhäuft wird“, ließe sich dahingehend verstehen, daß eine Massensendung in diesen Größenverhältnissen anzusiedeln ist.

Auch der Verweis der Abgeordneten Moser<sup>230</sup> auf ein Inserat mit dem Wortlaut „Möchten Sie Waren oder Dienstleistungen im Internet verkaufen? Betreiben Sie einen Versandhandel? Möchten Sie Massenwerbungen? – Wir versenden täglich über 1,5 Millionen Rundschreiben via E-mail in Deutschland und Europa. Auch Ihre Werbung können wir schnell und kostenlos im Internet verbreiten. 50000 E-mail Adressen inklusive Versand kostet bei uns nur schlappe 150 D-Mark!“ trägt nichts zu einer Konkretisierung des Begriffs „Massensendung“ bei, da sich die verwendeten

---

<sup>227</sup> Bericht und Antrag des Justizausschusses über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Telekommunikationsgesetz geändert wird, 2064 BlgNR 20. GP, [http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/020/102064\\_.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/020/102064_.html).

<sup>228</sup> Stenographisches Protokoll 181. Sess 20. GP 91, [http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP\\_181/181\\_091.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP_181/181_091.html).

<sup>229</sup> Stenographisches Protokoll 181. Sess 20. GP 91, [http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP\\_181/181\\_091.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP_181/181_091.html).

Zahlen nur auf die Möglichkeiten eines bestimmten Unternehmens beziehen, E-mails in einer bestimmten Anzahl zu versenden, und nicht auf die Frage, wie viele E-mails versendet werden müssen, um als Massensendung zu gelten.

### Entstehungsgeschichte des Spam Verbots des § 101 TKG

Diese bemerkenswerte Unschärfe des Gesetzgebers ist auf die – in der Literatur mehrfach kritisierte - Art und Weise zurückzuführen, in der die Novelle zum Telekommunikationsgesetz zustande gekommen ist. *Kucsko* spricht ironisch von einem „präzisen Schnitt des Parlaments“, das es nicht abwarten konnte, bis die Rechtsprechung mühevoll eine Judikatur entwickelt, die den befürchteten Mißbrauch abstellt<sup>231</sup>. Ähnlich kritisch äußert sich auch *Laga*, der von Anlaßgesetzgebung spricht<sup>232</sup>. *Thiele* geht sogar noch einen Schritt weiter und stellt fest, daß der Gesetzgeber einmal mehr unter Beweis gestellt hat, „daß er kein Geber ist, denn er gibt nichts, sondern er macht – eben ein Macher.“<sup>233</sup>

Im Zuge der Umsetzung der FARL war vom Justizministerium vorgeschlagen worden, die massenhafte Zusendung von E-mails gesetzlich unter Strafe zu stellen. Dieser Passus wurde jedoch nicht in die Regierungsvorlage zum Fernabsatz-Gesetz<sup>234</sup> übernommen, da auf europäischer Ebene gerade zu diesem Zeitpunkt der Entwurf der ECRL vorgestellt wurde, welcher ebenfalls Regelungen zur Versendung unerwünschter E-mails enthielt<sup>235</sup>.

In den Erläuterungen sah die Regierungsvorlage keine Notwendigkeit zur Umsetzung des Art 10 der FARL; einerseits deswegen, weil nach Art 10 der FARL nur die Verwendung der Fernkopie und von Automaten als Gesprächspartner der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedürfe und andere Mittel zur individuellen Kommunikation nur dann nicht verwendet werden dürften, wenn sie vom Verbraucher

---

<sup>230</sup> Stenographisches Protokoll 181. Sess 20. GP 93,  
[http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP\\_181/181\\_093.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/NRSP/NRSP_181/181_093.html).

<sup>231</sup> *Kucsko*, E-mail for you! ÖBl 1999, 217.

<sup>232</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (249).

<sup>233</sup> *Thiele*, Erste Anmerkungen zur Novellierung des § 101 TKG, RdW 1999, 570.

<sup>234</sup> Regierungsvorlage (in der Folge: RV) zu einem Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über den Vertragsabschluß im Fernabsatz in das Konsumentenschutzgesetz eingefügt und das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 sowie das Produkthaftungsgesetz geändert werden (Fernabsatz-Gesetz), 1998 BlgNR 20. GP,

[http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/019/101998\\_.doc](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/019/101998_.doc).

<sup>235</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (244).

nicht offenkundig abgelehnt worden sind, andererseits, weil auch der ursprüngliche Vorschlag der Europäischen Kommission, der noch die unaufgeforderte Telefon- und E-mail Verwendung von der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers abhängig gemacht hatte, vom Rat und vom Europäischen Parlament nicht übernommen worden war<sup>236</sup>.

Weiter führen die Erläuterungen mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zu § 16 ABGB aus, daß bereits das geltende Recht den von der FARL intendierten Schutz der Privatsphäre biete. Das daraus abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Privatbereichs biete absoluten Schutz und könne auch gegen Dritte durchgesetzt werden. In der Folge wird auf die Rechtsprechung zu § 1 UWG verwiesen, die mehrfach ausgesprochen hatte, daß sowohl die unerbetene telefonische Werbung als auch die unerbetene Telefax-Werbung ohne die vorherige Zustimmung des Adressaten unzulässig ist.

Der Schluß, der daraus gezogen wurde, war, daß in gleicher Weise davon auszugehen sei, „daß der vom Adressaten nicht gewünschte Einsatz von E-mails als Eingriff in die Privatsphäre des Adressaten unzulässig ist“ und daß sich der belästigte Verbraucher mit zivilrechtlichen Mitteln zur Wehr setzen könne, „wenn er von einem Unternehmer behelligt wird, obwohl er den Einsatz dieser Techniken offenkundig abgelehnt hat.“

Nach Übermittlung der Regierungsvorlage an das Parlament kam es zu heftigen Reaktionen einiger privater Initiativen, die für ein Verbot von Spam eintraten und die die - in der Regierungsvorlage vorgesehenen - Analogie als keinen ausreichenden Schutz ansahen. Denn die Haltung des Gesetzgebers zur Frage, ob im Falle einer E-mail zu Werbezwecken die vorherige Zustimmung des Empfängers erforderlich sein sollte, oder ob E-mails zu Werbezwecken solange zulässig sein sollten, solange der Empfänger den Einsatz von E-mails nicht offenkundig ablehnt, läßt sich aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage, die in beide Richtungen argumentiert, nicht klar ableiten.

---

<sup>236</sup> RV FAG, 1998 BlgNR 20. GP 15.

In einem offenen Brief<sup>237</sup> forderten daher die Organisationen EuroCAUCE<sup>238</sup>, medianexus<sup>239</sup>, quintessenz<sup>240</sup> und VIBE!AT<sup>241</sup> die Mitglieder des Justizausschusses auf, Massensendungen von E-mails ohne vorherige Zustimmung der Adressaten zu verbieten. Dabei wurde auch Bezug auf die Rechtsprechung in Deutschland und die Gesetzgebung in einigen Bundesstaaten der USA genommen, die diese Praxis verboten hatten.

In der Folge hat der Justizausschuß auf Antrag der Grünen<sup>242</sup> im Zuge seiner Beratungen über die Regierungsvorlage einstimmig beschlossen, dem Nationalrat einen selbständigen Antrag gemäß § 27 Abs 1 GOG<sup>243</sup> vorzulegen, das Telekommunikationsgesetz zu ändern. Dies kommt relativ selten vor, da es in solchen Fällen weder ein Begutachtungsverfahren noch eine Regierungsvorlage gibt<sup>244</sup>.

Am 15. 7. 1999 wurde das Spam Verbot im Nationalrat beschlossen, als BGBl I 1999/188 veröffentlicht und trat bereits am 20. 8. 1999, am Tag nach der Veröffentlichung des BGBl in Kraft. Seitdem gilt in Österreich eine Regelung, die weltweit einzigartig ist, und die auch über den geforderten Rahmen des offenen Briefes hinausgeht, da dieser ja nur die Zulässigkeit der Verwendung elektronischer Post zu Massensendung an die vorherige Zustimmung des Empfängers binden wollte<sup>245</sup>.

### Elektronische Post als Massensendung

Wie bereits erwähnt liefern weder das TKG noch die parlamentarischen Materialien Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffs „Massensendung“, auch Rechtsprechung zur elektronischen Post als Massensendung gibt es nicht. Es ist also nicht ersichtlich, ab welcher Mindestmenge das Kriterium Massensendung erreicht wird<sup>246</sup>. In der

---

<sup>237</sup> Offener Brief an die Mitglieder des Justiz-Ausschusses,  
<http://www.quintessenz.at/campaign/fernabsatz.html>.

<sup>238</sup> <http://www.euro.cauce.org/>.

<sup>239</sup> <http://www.medianexus.net/>.

<sup>240</sup> <http://www.quintessenz.at/>.

<sup>241</sup> <http://www.vibe.at/>.

<sup>242</sup> Abänderungsantrag der Abgeordneten Mag Theresia Stoitsits,  
<http://www.quintessenz.at/campaign/stoitsits.txt>.

<sup>243</sup> Bundesgesetz vom 4. Juli 1975 über die Geschäftsordnung des Nationalrates (Geschäftsordnungsgesetz 1975), BGBl 410/1975.

<sup>244</sup> *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 70/II, ÖJZ 2000, 81 (89).

<sup>245</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (244).

<sup>246</sup> *Lechner* in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government (2000) 27.

Folge scheint sich überhaupt nur *Laga* mit dieser Problematik konstruktiv auseinandergesetzt zu haben, indem er auf Regelungen zurückgreift, die für Massensendungen von herkömmlicher Post in Geltung waren.<sup>247</sup>

Massensendungen von herkömmlicher Post waren ursprünglich in Anlage I des Postgesetzes 1957<sup>248</sup> geregelt, die sich mit gebührenrechtlichen Merkmalen der Postsendungen beschäftigte. § 1 der Anlage teilte Postsendungen in Briefsendungen, Zeitungen und Pakete ein und ordnete in § 1 Abs 1 Z 3 Massensendungen den Briefsendungen zu. § 17 Abs 1 der Anlage definiert Massensendungen als „inhaltlich vollkommen gleiche, offen oder unverpackt aufzugebende Briefsendungen, von denen mindestens 300 Stück gleichzeitig beim Postschalter aufgegeben werden.“ Wurden weniger als 300 Sendungen aufgegeben, durften sie dennoch als Massensendung aufgegeben werden, wenn die Gebühr für 300 Massensendungen entrichtet wurde.

Die §§ 1 bis 18 der Anlage I wurden jedoch vom Bundesgesetz, mit dem das Postgesetz und das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 geändert werden<sup>249</sup>, mit Ablauf des 31. Dezember 1996 außer Kraft gesetzt. Das Postgesetz 1957 wurde durch das Postgesetz 1997<sup>250</sup> außer Kraft gesetzt.

Als Nachfolger der Massensendungen bietet die österreichische Post AG nun das Produkt „Info-Mail“<sup>251</sup> mit persönlicher Anschrift (IMPA) oder ohne Anschrift (IMOA) an.

Info-Mail mit persönlicher Anschrift erlaubt es, Informationen an einen größeren Adressatenkreis zu senden, so daß IMPA sich als die Dienstleistung für adressierte Direktwerbung anbietet. Als IMPA können zum Beispiel Werbebriefe, Postkarten, Glückwunschkarten, Einladungen, Gutscheine, Broschüren, Warenproben, Kataloge oder Werbegeschenke versendet werden<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> *Laga*, ÖBf 2000, 243 (245).

<sup>248</sup> Bundesgesetz über das Postwesen, BGBl 58/1957.

<sup>249</sup> BGBl 765/1996 ST0246.

<sup>250</sup> Bundesgesetz über das Postwesen, BGBl I 18/1998.

<sup>251</sup> <http://www.post.at/content/produkte/infomail/infomail.shtml>.

<sup>252</sup> <http://www.post.at/content/produkte/infomail/imp/imp/versenden.shtml>.

§ 1.2.6 der AGB der Info-Mail mit persönlicher Anschrift<sup>253</sup> definiert IMPA als „inhaltlich vollkommen gleiche Sendungen oder Sendungen in Kartenform, von denen mindestens 400 Stück gleichzeitig beim Postschalter aufgegeben werden.“ Werden weniger als 400 Sendungen aufgegeben, dürfen sie dennoch als IMOA aufgegeben werden, wenn das Entgelt für 400 Stück IMOA entrichtet wird.

Laga schließt daraus, daß anzunehmen sei, „daß der Gesetzgeber diese zahlenmäßige Grenze von rund 400 Stück vor Augen hatte, als er das Verbot unbestellter elektronischer Post als Massensendung beschloß.“<sup>254</sup> Woraus er diese Schlußfolgerung zieht, ist jedoch nicht ersichtlich. Solange die Rechtsprechung diese Annahme nicht bestätigt, besteht hinsichtlich der Definition also weiterhin Unklarheit.

Es ist vor allem auch fraglich, ob eine analoge Anwendung von Bestimmungen des Postgesetzes überhaupt möglich ist. Wenn auch in anderem Zusammenhang, spricht sich beispielsweise *Sykora* mit Verweis auf § 2 des Postgesetzes gegen eine analoge Anwendung von Vorschriften des Postgesetzes auf die elektronische Post aus<sup>255</sup>.

Darin wird eine Briefsendung als „eine Mitteilung in schriftlicher Form auf einem physischen Träger jeglicher Art, die befördert und an die vom Absender auf der Sendung selbst oder ihrer Verpackung angegebene Anschrift zugestellt wird“ definiert. Da aber elektronische Sendungen nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich nicht umfaßt sind, könne auch nicht im Wege der Analogie darauf zurückgegriffen werden.

Schließt man sich dieser Meinung an, fehlen wiederum jegliche Anhaltspunkte zur näheren Bestimmung des Begriffs „Massensendung“ in Bezug auf die elektronische Post. Auch beim Blick über die Grenzen wird man zunächst weder in Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung fündig. Einzig ein Gesetzesvorschlag<sup>256</sup> zu einem Bundesgesetz in den USA nennt eine Zahl, um den Begriff „bulk mail“ näher zu definieren.

---

<sup>253</sup> AGB: Info-Mail mit persönlicher Anschrift,  
<http://www.post.at/content/produkte/agb/2001/AGBIMOA2001Inter.pdf>.

<sup>254</sup> Laga, ÖB1 2000, 243 (245).

<sup>255</sup> *Sykora*, AnwBl 1999, 540 (541).

<sup>256</sup> Can Spam Act of 2000, [http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106\\_cong\\_bills&docid=f:s2542is.txt.pdf](http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_bills&docid=f:s2542is.txt.pdf).

Demnach handelt es sich um UCE, wenn wenigstens 50 im großen und ganzen inhaltlich gleichlautende E-mail Nachrichten entweder gleichzeitig oder individuell versendet werden<sup>257</sup>. Dieser Gesetzesvorschlag zu einem „Spam Act“ wurde allerdings noch nicht Gesetz und stellt auch ausdrücklich auf kommerzielle Massenmails ab.

Letztendlich stellt sich aber auch die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, auf das Vorliegen einer „Massensendung“ allein abzustellen, da es schwer zu beweisen sein wird, an wie viele Empfänger dieselbe E-mail gesendet worden ist. Laga schlägt daher eine Einschränkung des § 101 TKG auf massenweise versendete Werbe-E-mails vor<sup>258</sup>.

#### Elektronische Post zu Werbezwecken

Ebensowenig wie es Rechtsprechung zur elektronischen Post als Massensendung gibt, gibt es Rechtsprechung zur elektronischen Post zu Werbezwecken. Der OGH hat sich allerdings bereits mit der Auslegung des Begriffs „zu Werbezwecken“ in Zusammenhang mit unerbetener Telefonwerbung auseinandergesetzt.<sup>259</sup>

In seinem Erkenntnis verweist der OGH zunächst auf die Zielsetzungen der DSRL und der ISDN RL im Hinblick auf die besonderen Zwecke im Bereich der Telekommunikation. „Beide Richtlinien führen als vorrangiges Ziel den Schutz der Grundrechte und –freiheiten natürlicher Personen, insbesondere ihr Recht auf Achtung der Privatsphäre an.“ Mit Verweis auf Art 12 Abs 2 der ISDN RL stellt er weiter fest, daß den Mitgliedsstaaten aufgetragen ist, „geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, daß unerbetene Anrufe zum Zweck des Direktmarketings, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Anrufe erhalten möchten, nicht gestattet sind.“

---

<sup>257</sup> Sec 13 (12) Can Spam Act 2000.

<sup>258</sup> Laga, ÖBL 2000, 243 (244).

<sup>259</sup> OGH 4 Ob 113/99t – Telefonwerbung III, ÖBl 2000, 68.

Weiter analysiert der OGH den Werbebegriff des Art 2 Z 1 der Irreführungsrichtlinie<sup>260</sup>, nach dem Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handelsgewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel sei, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.“

Die Zugrundelegung des Wortlautes und des Schutzzwecks der Bestimmung des § 101 TKG und eine der IrreführungsRL entsprechenden Auslegung stehe daher einer engen Auslegung des Begriffs „Werbung“ entgegen. Im weiteren Sinn diene Werbung dazu, „auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen“, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden könne.

In demselben Erkenntnis entwickelte der OGH aber nicht nur eine Auslegung des Begriffs „zu Werbezwecken“, sondern stellte auch klar, daß ein Anruf, der nur dazu dient, die Einwilligung des Teilnehmers zu zukünftiger telefonischer Werbung einzuholen, selbst als Anruf zu Werbezwecken zu qualifizieren sei. Der Angerufene erfahre dabei nicht nur den Namen des Unternehmers, der mit ihm in Kontakt treten möchte, er werde auch auf die angebotene Leistung aufmerksam gemacht und sein allfälliges Interesse geweckt. Damit diene aber schon dieser erste Telefonkontakt Zwecken der Werbung im weiteren Sinn.

Zur Begründung verweist der OGH abermals auf den Schutzzweck des § 101 TKG: den Schutz der Privatsphäre des Angerufenen; Denn „der Angerufene wird auch durch diesen ersten Anruf veranlaßt, das Gespräch zunächst anzunehmen und wegen der Ungewißheit über den Zweck des Anrufs meist auch genötigt, sich auf das Gespräch einzulassen, bevor er sich entscheiden kann, ob er das Gespräch fortsetzt oder abbrechen will.“

Verallgemeinernd läßt sich daraus schließen, daß „der vom Anbieter oder Vermittler direkt zum potentiellen Kunden hergestellte Erstkontakt zur Einholung des

---

<sup>260</sup> Richtlinie 84/450/EWG des Rates v 10. 9. 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl L 250 v 19. 9. 1984 S 17.

Einverständnisses in jener Kommunikationsform, zu der zugestimmt werden soll, unzulässig“ ist<sup>261</sup>.

Mit dem Inkrafttreten des E-Commerce Gesetzes<sup>262</sup> (ECG) gibt es nun zusätzlich zur erwähnten Rechtsprechung auch eine spezielle gesetzliche Regelung über „kommerzielle Kommunikationen“ in Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft. In § 3 Abs 6 ECG wird kommerzielle Kommunikation darin als „Werbung und andere Formen der Kommunikation“ definiert, „die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens dienen.“ Es bleibt abzuwarten, wie diese Definition in Zukunft die Rechtsprechung des OGH zur elektronischen Post zu Werbezwecken beeinflussen wird.

Ursprünglich war im Begutachtungsentwurf<sup>263</sup> noch der Ausdruck „Werbung und andere Maßnahmen zur Absatzförderung“ verwendet worden, auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens wurde allerdings die Terminologie der ECRL übernommen. Auch inhaltlich entspricht diese Definition Art 2 lit f ECRL.

### Werbung und Information

Die weite Auslegung des OGH wurde auch mit der Begründung kritisiert, daß damit die Abgrenzung zu geschäftlichen Mitteilungen so gut wie unmöglich werde, da so ziemlich jede Regung eines Unternehmens, die nach außen dringt, unter den Begriff „Werbung“ zu subsumieren wäre<sup>264</sup>.

Dem ist allerdings nicht so, wie der OGH in einem späteren Erkenntnis<sup>265</sup> feststellt, indem er ausführt, daß es keine gesetzliche Bestimmung gäbe, die es einem Vertragspartner verbiete, Informationen zu einem bestehenden Vertragsverhältnis telefonisch zu übermitteln. Die Zulässigkeit eines derartigen Anrufs sei somit nicht

---

<sup>261</sup> *Knobl/Hysek*, Aktuelle Praxisfragen des Wertpapieraufsichtsgesetzes, ÖBA 2001, 29 (33).

<sup>262</sup> Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz . ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozeßordnung geändert werden, BGBl I 152/2001, <http://bgbl.wzo.at/pdf/2001a152.pdf>.

<sup>263</sup> Entwurf zu einem Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), <http://www.parlament.gv.at/archiv/XXI/pdf/ME/00/02/000232.pdf>.

<sup>264</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (244).

<sup>265</sup> OGH 4 Ob 251/00S - Telehost, MuR 2001, 42.

zweifelhaft. Außerdem stellt der OGH klar, daß allein die mündliche Bezugnahme auf ein Schreiben an den Angerufenen, das Werbung enthalten hat, dessen Inhalt noch nicht zum Inhalt des Anrufs macht, so daß damit kein Anruf zu Werbezwecken vorliege. Sachliche Informationen an ein ausgewähltes Zielpublikum wie beispielsweise den eigenen Kunden oder Geschäftspartnern sollte daher zulässig sein<sup>266</sup>. Dies entspräche auch der Wertung des § 12 Abs 3 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG)<sup>267</sup>.

### **§ 12 Abs 3 WAG**

Aufgrund einer Novelle<sup>268</sup> des § 12 Abs 3 WAG wird auch diese Bestimmung, die durch § 101 TKG innerhalb seines Anwendungsbereichs materiell derogiert worden ist<sup>269</sup>, eine Regelung über die Zulässigkeit von Werbung mittels der elektronischen Post – und auch mittels Fernkopie - enthalten, und damit dem § 101 TKG angepaßt<sup>270</sup>. Eine dem § 101 TKG entsprechende Bestimmung zu Massensendungen wurde nicht vorgesehen.

Werbung mittels der elektronischen Post für bestimmte Finanzdienstleistungen ist demnach gegenüber Verbrauchern verboten, „sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis erklärt hat oder wenn mit dem Verbraucher nicht bereits eine Geschäftsbeziehung besteht.“ Der Verbraucher kann auch hier die erteilte Einwilligung - auch in den Fällen einer bestehenden Geschäftsbeziehung - jederzeit widerrufen und somit Werbung mittels der elektronischen Post ablehnen. Im Gegensatz zu § 101 TKG schützt § 12 Abs 3 WAG allerdings nur den Verbraucher.

---

<sup>266</sup> Loacker, Datagraph 2000, 82 (84).

<sup>267</sup> Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen (Wertpapieraufsichtsgesetz - WAG) und über die Änderung des Bankwesengesetzes, des Börsegesetzes 1989, des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991, der Konkursordnung, der Ausgleichsordnung, des Versicherungsaufsichtsgesetzes und des Investmentfondsgesetzes, BGBl I 753/1996.

<sup>268</sup> Bundesgesetz über die Errichtung und Organisation der Finanzmarktaufsichtsbehörde und über die Änderung des Bankwesengesetzes, des Wertpapieraufsichtsgesetzes, des Investmentfondsgesetzes, des Beteiligungsfondsgesetzes, des Sparkassengesetzes, des Bausparkassengesetzes, des Hypothekenbankengesetzes, des Pfandbriefgesetzes, des EGVG, des Börsegesetzes 1989, des Versicherungsaufsichtsgesetzes, des Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetzes 1994, des Pensionskassengesetzes, des Kapitalmarktgesetzes, des Handelsgesetzbuches, des Aktiengesetzes, des GmbH-Gesetzes und des Nationalbankgesetzes 1984 (Finanzmarktaufsichtsgesetz - FMAG), BGBl I 97/2001, <http://bgbl.wzo.at/pdf/2001a97.pdf>.

<sup>269</sup> VwGH 2000/17/0001, ARD 2000, 9.

<sup>270</sup> Art III Z 15 FMAG

Die Novelle zum § 12 Abs 3 WAG wird mit 1. April 2002 in Kraft treten<sup>271</sup>.

## **E-Commerce Gesetz**

Am 1. 1. 2002 ist in Umsetzung der ECRL das E-Commerce-Gesetz (ECG) in Österreich in Kraft getreten. Anders als bei der Umsetzung der FARL hat sich der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtsklarheit und Transparenz dafür entschieden, die Umsetzung der ECRL in einem einheitlichen Rechtsakt durchzuführen. Dabei nimmt er auch die Aufweichung des Kodifizierungsgedankens des Zivilrechts in Kauf, was aber durch die schnelle technische Entwicklung der elektronischen Medien gerechtfertigt erscheint<sup>272</sup>, da ein einzelnes Gesetz leichter an diese Entwicklung angepaßt werden kann. Die relativ kurze Umsetzungsfrist von 18 Monaten dürfte ein weiterer Grund für die Umsetzung in einem einheitlichen Rechtsakt gewesen sein<sup>273</sup>.

Gegenstand des ECG ist die Regelung eines rechtlichen Rahmens für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs<sup>274</sup>. Belange des Abgabewesens, des Datenschutzes und des Kartellrechts bleiben ausdrücklich unberührt<sup>275</sup>. Ebenso wie die ECRL und § 101 TKG ist das ECG nicht auf Verbrauchergeschäfte beschränkt, sondern regelt sowohl Geschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern als auch Geschäfte zwischen Unternehmern untereinander.

Als Dienst der Informationsgesellschaft definiert § 3 Z 1 ECG einen „in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers“ bereitgestellten Dienst. In der Folge werden einige besonders wichtige Dienste demonstrativ aufgezählt, wie zum Beispiel der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen oder die Online-Werbung. Anders als noch im Begutachtungsentwurf<sup>276</sup> werden allerdings „wirtschaftliche Tätigkeiten über die elektronische Post“ nicht mehr erwähnt. Der Gesetzgeber wollte dadurch das

---

<sup>271</sup> Art III Z 52 FMAG

<sup>272</sup> RV zu einem Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozeßordnung geändert werden, 817 BlgNR 21. GP 13, [http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/I/texte/008/I00817\\_.doc](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/I/texte/008/I00817_.doc).

<sup>273</sup> *Seherschön*, Der österreichische Ministerialentwurf zum E-Commerce-Gesetz, <http://www.rechtsprobleme.at/doks/ecg-entwurf.pdf>.

<sup>274</sup> § 1 Abs 1 ECG

<sup>275</sup> § 2 ECG

Mißverständnis vermeiden, daß die elektronische Post als solche einen Dienst der Informationsgesellschaft bildet. Erst wenn sich an die Verwendung der elektronischen Post weitere elektronische Vertriebsformen knüpfen, fällt sie unter die Definition des § 3 Z 1 ECG<sup>277</sup>.

Dies entspricht auch der Definition des Art 2 lit a ECRL. Eine ausdrückliche Klarstellung findet sich darüber hinaus im Erwägungsgrund 18 der ECRL, in dem die Verwendung der elektronischen Post „durch natürliche Personen außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit“ keinen Dienst der Informationsgesellschaft darstellt.

§ 6 ECG regelt in Umsetzung des Art 6 ECRL die allgemeinen Informations- und Transparenzerfordernisse kommerzieller Kommunikation. Diese muß klar und eindeutig als solche erkennbar sein und den Auftraggeber erkennen lassen. „Die Bestimmung betrifft alle Kommunikationsformen, die der – unmittelbaren oder mittelbaren – Förderung des Absatzes oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens dienen.“<sup>278</sup>

§ 7 ECG enthält darüber hinaus spezielle Regelungen in Bezug auf nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post.

„Ein Diensteanbieter, der eine kommerzielle Kommunikation zulässigerweise ohne vorherige Zustimmung des Empfängers mittels elektronischer Post versendet, hat dafür zu sorgen, daß die kommerzielle Kommunikation bei ihrem Eingang beim Nutzer klar und eindeutig als solche erkennbar ist.“<sup>279</sup>

Außerdem wird die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR.GmbH) verpflichtet, eine Liste zu führen, „in die sich diejenigen Personen und Unternehmen kostenlos eintragen können, die für sich die Zusendung kommerzieller Kommunikationen im Weg der elektronischen Post ausgeschlossen haben.“ Diese Liste haben die in § 7 Abs 1 ECG genannten Diensteanbieter zu beachten. Anders als

---

<sup>276</sup> § 3 Z 1 Entwurf ECG

<sup>277</sup> RV ECG, 817 BlgNR 21. GP 17.

<sup>278</sup> RV ECG, 817 BlgNR 21. GP 24.

<sup>279</sup> § 7 Abs 1 ECG

Art 7 Abs 2 ECRL scheint es aufgrund des Wortlauts von § 7 Abs ECG auch juristischen Personen möglich zu sein, sich in diese Robinson Liste einzutragen, da dies nicht wie in der ECRL auf den Begriff „natürliche Person“ eingeschränkt ist.

§ 7 Abs 3 ECG erklärt letztendlich, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Übermittlung von Werbung im Wege der elektronischen Post unberührt bleiben. Diese Regelung wurde zur Vermeidung von Mißverständnissen eingefügt, und bezieht sich sowohl auf die § 101 TKG und § 12 Abs 3 WAG als auch die Rechtsprechung zum § 1 UWG und § 16 ABGB<sup>280</sup>.

Die Regelungen des § 7 ECG, insbesondere jene des § 7 Abs 1 ECG, sind bereits im Stadium des Entwurfs in verschiedener Hinsicht sowohl in der Literatur als auch in den Stellungnahmen zum Entwurf heftig kritisiert worden.

Da aufgrund der Bestimmung des § 7 Abs 3 ECG davon auszugehen ist, daß die Bestimmung des § 101 TKG, wonach die Zusendung elektronischer Post als Massensendung oder zu Werbezwecken der vorherigen – jederzeit widerruflichen – Zustimmung des Empfängers bedarf, von § 7 ECG nicht berührt wird, bedeutet dies, daß Diensteanbieter in Österreich ohnehin keine kommerziellen Kommunikationen zulässigerweise ohne die vorherige Zustimmung des Empfängers versenden können. Eine Kennzeichnung, die die kommerzielle Kommunikation bei ihrem Eingang beim Nutzer klar und eindeutig als solche erkennbar macht, ändert daran nichts und entspricht außerdem nur dem in Österreich bereits geltenden Erkennbarkeitsgebot<sup>281</sup><sup>282</sup>. Der Wortlaut des § 7 Abs 1 ECG scheint auch die merkwürdige Konsequenz zu haben, daß Diensteanbieter, die kommerzielle Kommunikation unzulässigerweise ohne vorherige Zustimmung des Empfängers versenden, ihre kommerzielle Kommunikation nicht klar und eindeutig erkennbar machen müssen.

Die Notwendigkeit der Regelung des § 7 Abs 1 ECG ergibt sich auch nicht aus dem zugrundeliegenden Art 7 Abs 1 ECRL, da dieser nur an Mitgliedsstaaten gerichtet ist, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen mittels elektronischer Post

---

<sup>280</sup> RV ECG, 817 BlgNR 21. GP 26.

<sup>281</sup> *Zib*, Aktuelle Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VR, 35 (36).

<sup>282</sup> *Loacker*, Datagraph 2000, 82 (86).

zulassen. Art 7 Abs 1 ECRL bedurfte wegen der Regelung des § 101 TKG aber keiner Umsetzung<sup>283</sup>.

Die Regierungsvorlage begründet die Umsetzung des Art 7 Abs 1 ECRL damit, daß § 12 Abs 3 WAG in der Fassung des Art III Z 15 FMAG eine Sonderregelung vorsehen werde, die mit 1. 4. 2002 in Kraft treten wird. Werbung mittels der elektronischen Post für bestimmte Finanzdienstleistungen wird bei Verbrauchergeschäften einer vorherigen Zustimmung des Empfängers bedürfen. Da daraus geschlossen werden könnte, daß bestimmte Unternehmen gemäß § 12 Abs 3 WAG im Verhältnis zu Kunden, die nicht Verbraucher sind, auch ohne vorherige Zustimmung des Empfängers mittels elektronischer Post werben können, bedürfe Art 7 Abs 1 der ECRL der Umsetzung. Diese Verwendung des Konjunktivs zur Begründung eines Gesetzesvorschlages ist meines Erachtens befremdlich, da es Aufgabe des Gesetzgebers wäre, Mißverständnisse durch eine klare Gesetzgebung zu vermeiden, anstatt Regelungen „in eventu“ zu erlassen.

Aber auch die Regelung des § 7 Abs 2 ECG wird eher als kontraproduktiv angesehen<sup>284</sup>, selbst wenn Österreich aufgrund des Wortlauts des Art 7 Abs 2 ECRL in dieser Hinsicht kein Spielraum eingeräumt wird. Die Möglichkeit der Eintragung in Robinson Listen muß nämlich unabhängig davon gegeben sein, ob Österreich eine Opt In oder eine Opt Out Lösung vorgesehen hat.

Als Begründung wird unter anderem ausgeführt, daß § 7 Abs 2 ECG jene österreichischen Nutzer, die keine kommerzielle Kommunikation mittels der elektronischen Post erhalten wollen, auch vor unaufgeforderten Werbemitteilungen von Anbietern aus den anderen Mitgliedsstaaten dadurch schützen soll, daß sie sich in diese Robinson Liste eintragen<sup>285</sup>.

Da aufgrund des § 101 TKG jedoch ohnehin die vorherige Zustimmung des Empfängers eingeholt werden muß, sei nicht ersichtlich, warum sich Personen und Unternehmen – wenn auch kostenlos – in eine Robinson Liste eintragen sollten, um für sich die Zusendung kommerzieller Kommunikationen im Weg der elektronischen

---

<sup>283</sup> *Kilches*, E-Commerce-Gesetz – gelungene Richtlinienumsetzung? MuR 2001, 248 (251).

<sup>284</sup> *Seherschön*, <http://www.rechtsprobleme.at/doks/ecg-entwurf.pdf>.

<sup>285</sup> RV ECG, 817 BlgNR 21. GP 25.

Post auszuschließen. Dies könne vielmehr Druck auf die Nutzer erzeugen, sich eintragen zu lassen<sup>286</sup>. Diese Kritik übersieht allerdings den räumlichen Anwendungsbereich des § 101 TKG, der sich auf Österreich beschränkt<sup>287</sup>.

Die Veröffentlichung dieser Robinson Listen sei außerdem irreführend, da insbesondere ausländische Diensteanbieter zu Annahme verleitet werden könnten, nur an in der Liste angeführte Nutzer dürften keine unerbetenen E-mails geschickt werden. Abgesehen davon sei auch nicht klar, welche Daten in dieser Liste enthalten sein sollte, ob es sich um die E-mail Adressen oder um die Namen derjenigen Nutzer handeln sollte, die sich eintragen lassen<sup>288</sup>.

Es wird auch die Befürchtung geäußert, daß diese Robinson Liste unmittelbar wie mittelbar für Werbezwecke mißbraucht werden könnte, so daß durch das mißbräuchliche Sammeln der darin befindlichen Daten das Problem Spam eher vergrößert als verringert wird<sup>289</sup>. Auch die technische Realisierbarkeit einer derartigen Liste wird in Zweifel gezogen<sup>290</sup>.

§ 7 Abs 2 ECG setzt den ihm zugrundeliegenden Art 7 Abs 2 der ECRL, auch nicht sauber um. Art 7 Abs 2 der ECRL trägt den Mitgliedsstaaten nämlich auf, Maßnahmen zu ergreifen um sicherzustellen, daß die Diensteanbieter die Robinson Listen regelmäßig konsultieren und daß sie diese Listen beachten, während § 7 Abs 2 die Diensteanbieter bloß dazu verpflichtet, die Robinson Liste zu beachten, eine regelmäßige Konsultation jedoch nicht erforderlich ist<sup>291</sup>.

Aufgrund der vielen offenen Fragen, die das ECG unbeantwortet läßt, endet die vorgebrachte Kritik auch mit den Stellungnahmen zum Entwurf des ECG, sondern

---

<sup>286</sup> Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung zum Entwurf ECG, [http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_16e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_16e.pdf).

<sup>287</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (245).

<sup>288</sup> Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Entwurf ECG, [http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_30.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_30.pdf).

<sup>289</sup> Stellungnahme der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zum Entwurf ECG, [http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_14e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_14e.pdf).

<sup>290</sup> Stellungnahme des Verbands für Informationswirtschaft zum Entwurf ECG, [http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_33e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_33e.pdf).

<sup>291</sup> Stellungnahme des Bundeskanzleramts zum Entwurf ECG, [http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_27e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_27e.pdf).

geht auch nach in Kraft treten des ECG mit der Forderung nach einer Überarbeitung weiter, selbst wenn ihm einige gute Ansätze zugestanden werden<sup>292</sup>.

---

<sup>292</sup> *Kilches*, MuR 2001, 248 (253)

## Zusammenfassung

Da § 101 TKG sowohl für Unternehmer als auch Verbraucher gilt, und da es § 7 Abs 2 ECG sowohl natürlichen als auch juristischen Personen erlaubt, sich in eine Robinson Liste eintragen zu lassen, ist es aus formalen Gesichtspunkten relativ einfach, zu einer konsolidierten Fassung dieser Rechtsvorschriften zu gelangen.

Denn das Zusenden von Werbe-E-mails von Diensteanbietern ist ohne die vorherige Zustimmung des Empfängers auf keinen Fall zulässig, wenn der Diensteanbieter seine Niederlassung in Österreich hat. Hat er seine Niederlassung jedoch im Ausland kommt § 101 TKG nicht zur Anwendung, da es sich dabei um eine Regelung aus dem Verwaltungsrecht handelt, womit nur im Inland begangene Verwaltungsübertretungen strafbar sind<sup>293</sup>.

Sofern nach einer Prüfung des IPR österreichisches Wettbewerbs- oder Zivilrecht zur Anwendung käme, könnte sich der Empfänger unter Umständen mit Hilfe der damit zur Verfügung gestellten Mittel gegen den Erhalt von Spam zur Wehr setzen. Die Prüfung dieser Frage würde jedoch – wie eingangs erwähnt - die Aufarbeitung einer Menge von ungelösten Vorfragen erfordern, so daß dies den vorgegebenen Rahmen sprengen würde, und hier nicht näher behandelt werden kann. Es wäre allerdings ein sehr interessantes Thema für eine Dissertation.

Alle Personen, ob Verbraucher oder Unternehmer, natürliche oder juristische Person, können sich weiters in eine Robinson Liste eintragen lassen, und somit sowohl inländischen als auch ausländischen Diensteanbietern anzeigen, daß sie Werbe-E-mails offenkundig ablehnen.

Auch in Bezug auf die Regelungen des § 101 TKG und des ECG stellt sich jedoch die Frage, wie lange diese noch bestehen werden. Bereits die Neufassung des § 12 Abs 3 WAG wird am 1. 4. 2002 neue Fragen in dieser Hinsicht aufwerfen. Sollte die ISDN RL neu wie im Telekommunikationsrat beschlossen, auch in Kraft treten, wird spätestens nach Ablauf der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie Handlungsbedarf zu einer

---

<sup>293</sup> Laga, ÖBl 2000, 243 (245)

Neuregelung auch in Österreich bestehen. Die Notwendigkeit dazu könnte bereits jetzt durch das sich abzeichnende Problem von Spam mittels SMS bestehen<sup>294</sup>.

---

<sup>294</sup> *Laga*, ÖBl 2000, 243 (249)

## Literaturverzeichnis

### Selbständige Werke und Kommentare

*Mayer-Schönberger/Brandl*, Das Datenschutzgesetz 2000 (1999)

### Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

All about E-mail, <http://www.microsoft.com/insider/internet/articles/email.htm>

*Brenn*, Der elektronische Geschäftsverkehr, ÖJZ 1999, 481

Commission Press Room, Absatz von Finanzdienstleistungen per Post, Telefon und Internet – Kommissionsmitglieder Byrne und Bolkestein begrüßen politische Einigung im Rat,

[http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=pres/01/475|0|aged&lg=de](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=pres/01/475|0|aged&lg=de)

Der Standard, Immer mehr Post in unseren Boxen,

<http://derstandard.at/standard.asp?channel=webstandard&ressort=ueberwachung&id=735514>

*Dillenz*, EU-Grünbuch für grenzüberschreitende Werbung, *ecolex* 1996, 611

*Fitzal*, Fernabsatzrichtlinie – Änderungen im KSchG, JAP 2000/2001, 109

Futurezone ORF.at, Weltweit nun 379 Millionen aktive Surfer,

<http://futurezone.orf.at/futurezone.orf?read=detail&id=65368&tmp=6082>

*Griffiths*, History of the Internet, Internet for Hisorians,

[http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The Creation of ARPANET](http://www.let.leidenuniv.nl/history/ivh/chap2.htm#The%20Creation%20of%20ARPANET)

*Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000)

*Hartley*, History of the Internet,

<http://www.securenet.net/members/shartley/history/arpamet.htm>

*Hoeren*, Internetrecht, [http://www.uni-](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/skriptir.pdf)

[muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/skriptir.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/skriptir.pdf)

*Kilches*, Fernabsatzrichtlinie – Europäisches Electronic Commerce Grundgesetz?

MuR 1997, 276

*Kilches*, Electronic Commerce Richtlinie, MuR 1999, 3

*Kilches*, E-Commerce-Gesetz – gelungene Richtlinienumsetzung? MuR 2001, 248

*Kleinrock*, Information Flow in Large Communication Nets,

<http://www.lk.cs.ucla.edu/LK/Bib/REPORT/PhD>

*Knobl/Hysek*, Aktuelle Praxisfragen des Wertpapieraufsichtsgesetzes, ÖBA 2001, 29

- Kucsko*, E-mail for you! ÖBl 1999, 217
- Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243
- Lechner*, Unerwünschte Direktwerbung per E-Mail, in *Schweighofer/Menzel*, E-Commerce und E-Government: aktuelle Fragestellungen der Rechtsinformatik (2000)
- Leiner und andere*, A Brief History of the Internet, <http://www.isoc.org/internet-history/brief.html>
- Loacker*, E-mail-Spamming nach Änderung des § 101 TKG, Datagraph 2000, 82  
Offener Brief an die Mitglieder des Justiz-Ausschusses,  
<http://www.quintessenz.at/campaign/fernabsatz.html>
- Pankart*, Das Internet als Summe seiner Dienste, Datagraph 1998, 13.
- Pfersmann*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 4 Ob 320/97f, JBl 1998, 324
- Pfersmann*, Bemerkenswertes aus SZ 70/II, ÖJZ 2000, 81
- Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internets, ÖBl 1999, 267
- Segal*, A Short History of Internet Protocols at CERN,  
<http://ben.home.cern.ch/ben/TCPHIST.html>
- Sehrschön*, Der österreichische Ministerialentwurf zum E-Commerce Gesetz,  
[www.rechtsprobleme.at/doks/ecg-entwurf.pdf](http://www.rechtsprobleme.at/doks/ecg-entwurf.pdf)
- Spam Glossary, <http://www.rahul.net/falk/glossary.html#spam>
- Stolze*, Möglichkeiten und Grenzen des Direkt-Marketing für Kreditinstitute, ÖBA 1988, 1085
- Stomper*, Europäische Union regelt E-Commerce, SWK 2000, 689
- Sykora*, e-mail – Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr? AnwBl 1999, 540
- Thiele*, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670
- Thiele*, E-mail-Werbung zulässig? RdW 1999, 386
- Thiele*, Erste Anmerkungen zur Novellierung des § 101 TKG, RdW 1999, 570
- Verband der deutschen Internetwirtschaft, Werbung “wie die Pest”,  
[http://www.eco.de/presse/mitteilungen/2001/01-09-28b\\_de.htm](http://www.eco.de/presse/mitteilungen/2001/01-09-28b_de.htm)
- Wessely*, Privatsphäre im Internet, MuR 2001, 135
- ZDNet.de News, EU votiert gegen Spam,  
<http://news.zdnet.de/story/0,,s2099177,00.html>
- Zib*, Aktuelle Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VR 2001, 35

Grünbücher, Gesetzesmaterialien und Arbeitsdokumente der Europäischen Union

Grünbuch über kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt, KOM (96) 192 endg,  
<http://europa.eu.int/en/record/green/gp006/de/index.html>

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei  
Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, KOM (1993) 396 endg, ABl C 308 v 15. 11.  
1993 S 18

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den  
Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der  
Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27EG, KOM  
(1998) 468 endg, ABl C 385 v 11. 12. 1998 S 10, [http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c385p00100017)  
[lex/udl.pl?REQUEST=Seek-](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c385p00100017)

[Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c385p00100017)  
[385p00100017](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1998c385p00100017)

Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine  
Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von  
Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien  
90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG“ ABl C 169 v  
16.6.1999 S 43, [http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1999c169p00430048)  
[Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1999c](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1999c169p00430048)  
[169p00430048](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=1999c169p00430048)

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates  
über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung  
der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, KOM (1999) 385 endg, ABl C 177 E v 27. 6.  
2000 S 21, [http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000ce177p00210027)  
[Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000c](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000ce177p00210027)  
[e177p00210027](http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Seek-Deliver&LANGUAGE=de&SERVICE=eurlex&COLLECTION=oj&DOCID=2000ce177p00210027)

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über  
bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt,  
KOM (1998) 586 endg S 19,

<http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce/legal/documents/legalframework/legalde.pdf>

Bericht v 23. 4. 1999 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen  
Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen  
Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, S 66, <http://www2.europarl.eu.int/omk/OM->

Europarl?PROG=REPORT&L=DE&PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1999-0248+0+DOC+PDF+V0//DE&LEVEL=2&NAV=S

*Gruppe für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten*, Privatsphäre im Internet – Ein integrierter EU-Ansatz zum Online-Datenschutz,

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/wpdocs/wp37de.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/wpdocs/wp37de.pdf)

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, KOM (2000) 385, ABI C 365 E v 19. 12. 2000 S 223,

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=52000PC0385&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=52000PC0385&model=guichett)

*Gauthronet/Drouard*, Unsolicited Commercial Communications and Data Protection,

[http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/dataprot/studies/spamstudyen.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamstudyen.pdf)

Zweiter Bericht betreffend den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation,

<http://www2.europarl.eu.int/omk/OM->

Europarl?PROG=REPORT&L=DE&PUBREF=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0374+0+DOC+PDF+V0//DE&LEVEL=2&NAV=S

#### Parlamentarische Materialien

Abänderungsantrag der Abgeordneten Mag Theresia Stoitsits,

<http://www.quintessenz.at/campaign/stoitsits.txt>

EB RV, 1998 BlgNR 20. GP,

[http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/019/I01998\\_.doc](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/019/I01998_.doc)

EB RV, 817 BlgNR 21. GP 13,

[http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/I/texte/008/I00817\\_.doc](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/I/texte/008/I00817_.doc)

Entwurf zu einem Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), <http://www.parlament.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232.pdf>

JAB, 2064 BlgNR 20. GP,

[http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/020/I02064\\_.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/020/I02064_.html)

181 BlgNr 20. GP. 91

Stellungnahme der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH zum Entwurf ECG,

[http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_14e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_14e.pdf)

Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung zum Entwurf ECG,

[http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_16e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_16e.pdf)

Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich zum Entwurf ECG,

[http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_30.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_30.pdf)

Stellungnahme des Bundeskanzleramts zum Entwurf ECG,

[http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_27e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_27e.pdf)

Stellungnahme des Verbands für Informationswirtschaft zum Entwurf ECG,

[http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232\\_33e.pdf](http://www.parlinkom.gv.at/archiv/XXI.pdf/ME/00/02/000232_33e.pdf)

#### Verzeichnis der gerichtlichen Entscheidungen

LG Berlin 16 O 320/98 - E-Mail-Werbung - [http://www.netlaw.de/urteile/lgb\\_6.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgb_6.htm)

LG Ellwangen, 2 KfH 0 5/99, [http://www.netlaw.de/urteile/lgel\\_01.htm](http://www.netlaw.de/urteile/lgel_01.htm)

OGH 4 Ob 320/97f - „Telefax-Werbung“ - WBl 1998, 98

OGH 4 Ob 113/99t – Telefonwerbung III - ÖBl 2000, 68

VwGH 2000/17/0001, ARD 2000, 9

OGH 4 Ob 251/00s – Telehost - MuR 2001, 42

#### Linksammlung (alle zuletzt besucht am 10. 2. 2002)

<http://europa.eu.int/prelex/apcnet.cfm?CL=de>

[http://searchsecurity.techtargget.com/sDefinition/0,,sid14\\_gci213307,00.html](http://searchsecurity.techtargget.com/sDefinition/0,,sid14_gci213307,00.html)

<http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

<http://www.euro.cauce.org/en/amendments1.html#council>

<http://www.euro.cauce.org>

<http://www.firstlinesoft.com/index.shtml>

<http://www.internet4jurists.at/intern12a.htm>

<http://www.medianexus.net>

<http://www.netscape.com>

<http://www.opera.com>

<http://www.post.at/content/produkte/infomail/infomail.shtml>

<http://www.post.at/content/produkte/infomail/imp/imp/versenden.shtml>

<http://www.quintessenz.at>

<http://www.spam.com>

<http://www.stone-dead.asn.au/tv-series/sketches/fc-25/spam-sketch.html>

<http://www.tucows.com>

[http://www.vibe.at/begriffe/spam\\_def.html](http://www.vibe.at/begriffe/spam_def.html)

## Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ARD	Betriebswichtige Rechtsdaten aus Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
ECG	E-Commerce-Gesetz
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EU	Europäische Union
GewO	Gewerbeordnung
http	Hyper Text Transfer Protocol
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
LG	Landgericht
lit	litera (Buchstabe)
MuR	Medien und Recht
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
TKG	Telekommunikationsgesetz
USA	United States of America
VR	Zeitschrift für Verwaltung und Praxis in Wissenschaft
WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz