

Cold Calling, Spam, Werbe-SMS

Combating Windmills on all Fronts

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Mag. iur.

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Innsbruck

vorgelegt von

Alexander Amann

aus Europa- und Völkerrecht

Begutachter: o. Univ.-Prof. DDDr. Waldemar Hummer

Eingereicht am: 10.10.2008

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Diplomarbeit „Cold Calling, Spam, Werbe-SMS - Combating Windmills on all Fronts“ problematisiert das sehr aktuelle Thema „IKT-gestützte“ Direktwerbung aus europarechtlicher Sicht. Sie behandelt als Schwerpunkt wichtige einschlägige Gemeinschaftsrechtsakte für die im Titel genannten Direktwerbarten; dh für Direktwerbung, die sich moderner Informations- und (Tele-)Kommunikationstechnologien als Träger bzw Medium bedient.

Dabei stehen drei Rechtsakte der Gemeinschaft im Zentrum, von denen jeder einen anderen Aspekt - erstens Verbraucherschutz/Datenschutz, zweitens wettbewerbsrechtliche Belange und drittens die Durchsetzung der materiellrechtlichen Normen - des facettenreichen Themas abdeckt: die „Richtlinie 2002/58/EG Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation“, die „Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“ und die „Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“. Flankiert wird dieser Hauptteil von einem vorgelagerten einleitenden (methodischen) sowie einem primärrechtlichen Teil, der die Grundlagen für Werbung im Allgemeinen und für die betreffenden Gemeinschaftsrechtsakte im Primärrecht behandelt und einer zusammenfassenden Schlussbetrachtung.

Für die weitreichende Unterstützung danke ich herzlich meinem Betreuungsprofessor Herrn Univ.-Prof. DDDr. Waldemar Hummer, der mir beim Verfassen meiner Diplomarbeit hilfreich zur Seite stand; auch durch Gewähren der - für eine solche Arbeit notwendigen - kreativen Freiräume.

Ein ganz besonderer Dank gebührt auch Frau Prof. Mag. Eveline Ausserer und Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut Gamerith für ihre umfangreichen Bemühungen bei der Korrektur der Arbeit.

Im Oktober 2008

Alexander Amann

Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
allg	allgemein
ARG	Allgemeine Rechtsgrundsätze
arg	argumentum
Art	Artikel
bez	bezüglich
B2B	business to business
B2C	business to consumer
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
dgl	dergleichen
dh	das heißt
diesbez	diesbezüglich
ds	das sind
EC	European Community
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECRL	Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-Richtlinie)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EK	Europäische Kommission
EK-DSRL	Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen

	Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)
E-Mail	electronic mail
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg	endgültig
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ev	eventuell
f	folgende
FARL	Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie)
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
GA	Generalanwalt
GD	Generaldirektion der Europäischen Kommission
gem	gemäß
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
hA	herrschende Ansicht
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
ieS	im engeren Sinne
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologien
insb	insbesondere

IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
iSd	im Sinne des/der
ISDN-RL	Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iwS	im weiteren Sinne
Kap	Kapitel
KOM	Dokument/Mitteilung der Kommission
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae
lit	litera
lt	laut
mE	meines Erachtens
MMR	Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MS	Mitgliedstaat (der EU)
ms	mitgliedstaatlich
Nr	Nummer
oÄ	oder Ähnlichem
ÖBI	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Pkt	Punkt
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
S	Seite

SANCO	Generaldirektion Santé et Protection des Consommateurs
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft
SMS	Short Message Service
sog	sogenannt
SPOM	Spam over Mobile Phone
stRsp	ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
ua	unter anderem
UBE	Unsolicited Bulk E-Mail
UCE	Unsolicited Commercial E-Mail
Udgl	und dergleichen
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)
usw	und so weiter
VBGK	Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel
ZVVO	Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz)

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	II
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
INHALTSVERZEICHNIS	VII
KAPITEL 1. ALLGEMEINE GRUNDLAGEN UND METHODIK	1
<i>I. Einleitung</i>	1
<i>II. Begriffsbestimmungen</i>	3
<i>III. Umriss des Themas</i>	5
A. Faktische Problematik und typische Erscheinungsformen	5
B. Korrespondierende juristische Herausforderungen und Problemstellung	7
<i>IV. Technisches</i>	9
A. Ablauf	9
B. Methodik	10
KAPITEL 2. DIREKTWERBUNG IM PRIMÄRRECHT	11
<i>I. Überblick über die einschlägigen Bestimmungen</i>	11
<i>II. Direktwerbung in der Systematik der Grundfreiheiten</i>	13
A. Die herrschende Meinung	13
B. Der produktbezogene Ansatz	14
C. Dienstleistungsfreiheit, Warenverkehrsfreiheit: Anwendungsbereich	15
1. Begriff, sachlicher Anwendungsbereich	15
a) Dienstleistung	15
b) Ware	17
2. Persönlicher Anwendungsbereich: Begünstigte, Verpflichtete	18
a) Begünstigte	18
i) Dienstleistungsfreiheit	18
ii) Warenverkehrsfreiheit	20
b) Verpflichtete	20
D. Zwei Fallgestaltungen	21

1. Beteiligte It „Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen auf dem Binnenmarkt“	22
2. Ausgangspunkt des Beispiels	22
3. Dreiecksverhältnis	23
4. Zweipoliges Verhältnis	24
E. Dienstleistung und Annex: die Rechtsprechung	25
1. Direktwerbung per se ist Dienstleistung	25
2. Die Problematik der zweiten Fallgestaltung	26
a) Die Entgeltlichkeit der Dienstleistung	26
b) Dienstleistung für sich selbst?	27
c) Parallelität zur Warenverkehrsfreiheit	28
3. Der Annex: Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit	28
4. Die Problematik der „Versperrung des Marktzugangs“ bzw der faktischen Diskriminierung	30
5. Übertragung der Keck-Rsp?	30
F. Verbot der Beschränkung, Diskriminierung	31
G. Rechtfertigung	32
H. Kritik	33
III. Direktwerbung und Grundrechte	33
A. Allgemeines	33
B. Grundrechtsträger, Grundrechtsadressaten	33
C. Auflistung der einschlägigen Grundrechte	34
D. Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten zueinander	35
IV. Verbraucherschutz Art 153 EGV	36
A. Allgemeines	36
B. Der Verbraucherbegriff	37
C. Inhalt	38
1. Ziele, ergänzende Kompetenz	38
2. Handlungsformen nach Art 153 Abs 3 EGV	38
V. Zwischenergebnis	39
KAPITEL 3. SEKUNDÄRRECHTSAKTE	40
I. Grundlagen	40
A. Überblick über die einschlägigen Rechtsakte	40
B. Regelungsbereiche, gemeinsame Charakteristika und Unterschiede	41
1. Ziel und Zweck	41
2. Opt-in- und Opt-out-Prinzip	42
3. Zunehmende Deliberalisierung	42

4. Unterschiedliche Bewertung von Cold Calling, Spam und Werbe-SMS	43
II. Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation	44
A. Ziel und Zweck	44
B. Verhältnis zur RL 95/46/EG	44
C. Geltungsbereich	45
D. Art 13 EK-DSRL: Unerbetene Nachrichten	45
1. Art 13 Abs 1 EK-DSRL: Opt-in	46
2. Art 13 Abs 2 EK-DSRL: Ausnahmeregelung für bestehende Geschäftsbeziehungen	49
3. Art 13 Abs 3 EK-DSRL: Wahlmöglichkeit für die MS	50
4. Kritikpunkte dieser Regelung	50
a) Grundrechte und Binnenmarkt	50
b) Das Verhältnis der Absätze 1-3 Art 13 EK-DSRL zueinander	51
5. Verbot anonymer Nachrichten, Geltungsbereich nach Art 13 Abs 5 EK-DSRL	52
E. Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen	53
F. Verhältnis zu weiteren einschlägigen RL	53
1. Verhältnis zur FARL 97/7/EG	53
2. Finanzdienstleistungs-RL 2002/65/EG	54
3. ECRL 2000/31/EG	54
4. Sonstige RL	55
III. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern	55
A. Ziel und Zweck	55
B. Geltungsbereich	57
1. Business to Consumer	57
2. Begriffsbestimmungen	58
3. Das „Handelsgeschäft“ als zentrale Schnittstelle	59
4. Ausnahmen, Subsidiarität	59
5. „Schutzverstärkungsklauseln“	60
C. Verbotsaufbau und -inhalt	61
1. Die Generalklausel	61
2. Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken	63
a) Allgemeines	63
b) Irreführende Geschäftspraktiken	64
c) Aggressive Geschäftspraktiken	66
3. Die „Schwarze Liste“ im Anhang	67
D. Rechtsschutz, Rechtsdurchsetzung, Sanktionen	68
E. Anwendbarkeit auf unerbetene Nachrichten	70
1. Anwendungsbereich	70

2. Stufe 1: Black List	71
3. Stufe 2: irreführende und aggressive Geschäftspraktiken	73
4. Stufe 3: Generalklausel	76
F. Verhältnis zur EK-DSRL	78
IV. Verordnung (EG) 2006/2004 über die Zusammenarbeit der Behörden der MS im Verbraucherschutz	79
A. Ziel und Zweck	79
B. Geltungsbereich	80
C. Überblick über den Inhalt und Systematik der ZVVO	82
1. Zentrale Verbindungsstelle, zuständige Behörden	82
2. Mindestbefugnisse der zuständigen Behörden	83
3. Die Arten der Amtshilfe	84
4. Möglichkeiten der Ablehnung von Ersuchen	85
D. Anwendbarkeit der EK-DSRL und der UGP-RL	86
KAPITEL 4. SCHLUSSBETRACHTUNG	87
I. Zusammenfassung	87
A. Primärrecht	87
B. Sekundärrecht	89
C. Schutzzwecktrias	90
D. Spamming als internationales, Cold Calling und unerbetene Werbe-SMS als regionales Problem	90
E. Kritik in der Literatur an der Rechtsetzung der EU	92
II. Fazit	92
LITERATURVERZEICHNIS	XI
I. Selbstständige Publikationen und Kommentare	XI
II. Unselbstständige Beiträge	XII
III. Veröffentlichungen der EU-Organe	XIV
A. Richtlinien	XIV
B. Verordnungen	XV
C. Rechtsprechung	XV
D. Mitteilungen	XVI
IV. Sonstiges	XVIII

Kapitel 1. Allgemeine Grundlagen und Methodik

I. Einleitung

Die Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) und der damit zusammenhängende Wandel von Wirtschaft und Gesellschaft ist evident. Im europäischen Kontext schlug die Europäische Kommission (nunmehr Kommission oder EK) im Juni 2005 mit der i2010-Initiative¹ „i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“ eine neue Initiative als Teil der erneuerten Lissabonner Strategie für Wachstum und Beschäftigung vor, in der sie die politische Grundausrichtung für die Förderung einer offenen und wettbewerbsfähigen digitalen Wirtschaft vorzeichnet.² Darin bezeichnet sie die Informations- und Kommunikationstechnologien als starke Triebkraft für Wachstum und Beschäftigung.

Nach dieser Mitteilung sei ein Viertel der Zunahme des EU-Bruttoinlandsprodukts und 40% des Produktivitätszuwachses den IKT zu verdanken. Die Unterschiede in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwischen den Industrieländern ließen sich zu einem großen Teil durch das Ausmaß ihrer IKT-Investitionen, -Forschung und -Nutzung sowie ihre Wettbewerbsfähigkeit im Bereich der Informationsgesellschaft und in der Medienbranche erklären. IKT-Dienste sowie digitale Kompetenzen, Medien und Inhalte bestimmen einen immer größeren Teil der Wirtschaft und der Gesellschaft.

Die IKT spielen insb im Dienstleistungssektor eine große Rolle. Als ein bedeutender Wirtschaftssektor bzw bedeutender Teil des Dienstleistungssektors bedient sich auch die Marketingbranche vermehrt dieser modernen Technologien, weil durch sie einfach, schnell und kostengünstig große Teile der Bevölkerung erreicht und „beworben“ werden können. Im Grünbuch „Kommerzielle Kommunikation im

¹ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“, KOM(2005) 229 endg.

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, KOM (2007) 698 endg, 3.

Binnenmarkt³ wird eben dieser Konnex zwischen Dienstleistungen im Bereich der Marketingbranche und Informationsgesellschaft erwähnt und die Bedeutung des Sektors kommerzieller Kommunikationen, wie er dort genannt wird, für den Binnenmarkt hervorgehoben.

Cold Calling, Spam und Werbe-SMS⁴ sind Beispiele für das Zusammenwirken bzw die Beeinflussung eines Wirtschaftssektors, nämlich der Marketingbranche oder - in der Terminologie der Kommission - des Sektors kommerzieller Kommunikationen mit bzw durch die IKT. Diese Begriffe beschreiben (nicht ganz ohne eine gewisse negative Konnotation) verschiedene Arten kommerzieller Kommunikation (um diesen Begriff aus dem Grünbuch beizubehalten) mit Hilfe unterschiedlicher moderner IKT. Es handelt sich grob gesagt um unerbetene (Telefon-)Anrufe, E-Mails und SMS zu Direktmarketing- oder Direktwerbezwecken, wobei die beiden letzteren Formen E-Mail und SMS unter dem Begriff „unerbetene elektronische Post“⁵ oder auch „Spamming“⁶ zusammengefasst werden können.

Die Vorteile und Möglichkeiten der verwendeten Technologien sind weithin bekannt. Insb bei Versand per E-Mail ist es ein Leichtes, „Produktinformationen“ mit sehr geringen Kosten und Aufwand in beinahe unbegrenzter Zahl und unabhängig von jedweder Distanz zu versenden und weltweit Milliarden von Teilnehmern zu erreichen. Die modernen IKT wie bspw das Internet bringen aber auch insofern Probleme mit sich, als die genannten Vorzüge dieser Technologien auch einfache, schnelle, kostengünstige (und weitreichende) Möglichkeiten der Ausnutzung rechtlicher Lücken und Grauzonen bieten, um andere zu schädigen und/oder sich unberechtigt Vorteile zu verschaffen. Was das betrifft, bestehen zwischen den drei genannten Formen der Direktwerbung durchaus merkliche Unterschiede. Vor allem sind die Missbrauchsmöglichkeiten und -arten technisch bedingt bei Direktwerbung per E-Mail über das Internet ungleich größer und vielfältiger als über Mobilfunk und Festnetz; potenziert durch die Anzahl an erreichbaren Teilnehmern. Dies zeigt sich

³ Grünbuch der Kommission „Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt“, KOM/96/0192/endg S1f.

⁴ Schon die Titelwahl an sich weist gewisse terminologische Unschärfen auf, da (unerbetene) Werbe-SMS auch unter den Begriff „Spam“ subsumiert wird. Gemeinhin wird jedoch unter „Spam“ das massenweise Versenden von E-Mails verstanden, ua deswegen wurden im Titel „Spam“ und Werbe-SMS getrennt. Näheres unter Kap 1 Pkt II.

⁵ Weiler, Spamming- Wandel des europäischen Rechtsrahmens, MMR 4/2003, 223 (227).

⁶ Siehe schon FN 4; Mosing, The Ups and Downs in the History of EU-Spam-Regulations and their practical Impact, <http://www.it-law.at/papers/publikationsdetail/publications/the-ups-and-downs-in-the-history-of-eu-spam-regulations-and-their-practical-impact/>.

auch in der Gesetzgebungstätigkeit der EU-Organe, die bzgl des Spammings eine bemerkenswerte Aktivität entfalten.⁷

Auf die konkrete Problemstellung wird hier noch in diesem Kapitel unter Pkt III A eingegangen. Allem Negativen zum Trotz sind auch die positiven Aspekte von (unerbetener) Direktwerbung per Telefon und elektronischer Post durchaus erwähnenswert: sie verursacht im Gegensatz zum Direktmarketing per traditioneller Post und Flugblatt keine Umweltverschmutzung bei Herstellung und Versand; erleichtert neuen Unternehmen den Marktzutritt; bietet auch kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht über das entsprechende Werbebudget für teure Radio- und Fernsehwerbung verfügen, günstige und effektive Möglichkeiten des Marketings.⁸

Auf zwei weitere wichtige Punkte sei zum Schluss noch hingewiesen: erstens schadet vermehrter Missbrauch nicht nur den unmittelbar Betroffenen (meist Verbrauchern), sondern auch Unternehmen, die sich ganz rechtskonform die Vorteile dieser Marketingmöglichkeiten zunutze machen möchten oder müssen, weil andere Formen des Marketings zu kostspielig oder ineffektiv sind. Das negative Image von Cold Calling, Spam und Werbe-SMS schadet auch der Marketing-Branche und dem Image von Unternehmen, die sich dieser Methoden bedienen, weil sie durch deren Verwendung mit Negativem wie Missbrauch und/oder Betrug in Verbindung gebracht werden.

Zweitens ist nicht jeder „Cold Call“, nicht jedes Spam-Mail und -SMS automatisch rechtswidrig oder sogar strafbar. Über Zulässigkeit und Unzulässigkeit entscheidet der nationale Gesetzgeber, in der EU weitgehend determiniert durch die (hier behandelten) Gemeinschaftsrechtsakte.

II. Begriffsbestimmungen

Nach einer Definition im Urteil des EuGH in der Rs „Alpine Investments“⁹ bezeichnet das Cold Calling die unerbetene telefonische Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden zu Direktwerbezwecken.

⁷ Siehe nur die Auflistung in Kap 3 Pkt I A; alle diese Rechtsakte regeln ein und dasselbe Problem nur teilweise aus verschiedenen Blickwinkeln.

⁸ Mosing, <http://www.it-law.at/papers/publikationsdetail/publications/the-ups-and-downs-in-the-history-of-eu-spam-regulations-and-their-practical-impact/>, 4.

⁹ EuGH 10.05.1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-1141.

Als „Spamming“ wird das unerbetene Versenden elektronischer Nachrichten, elektronischer Post bezeichnet. Zu unterscheiden ist zwischen unerbetenen Massen-E-Mails („Unsolicited Bulk E-Mail“, UBE) und unerbetenen kommerziellen E-Mails („Unsolicited Commercial E-Mail“, UCE), wobei natürlich eine Kombination aus UBE und UCE möglich ist und in der Praxis oft vorkommt. Am häufigsten wird Spamming und die Unterscheidung UBE/UCE mit E-Mail-Versand in Verbindung gebracht. Dieser Begriff wie der der elektronischen Post¹⁰ ist aber unabhängig vom verwendeten Medium technologieneutral zu verstehen und so sind ua auch unerbetene Massen-SMS und kommerzielle Werbe-SMS (auch „Spam Over Mobile Phone“, SPOM genannt) unter den Begriff „Spam“ zu subsumieren.¹¹ Für die Zwecke dieser Arbeit wird „Spam iwS“ synonym mit dem Begriff „unerbetene elektronische Post“, der (ua) E-Mail und SMS beinhaltet und „Spam ieS“ ausschließlich für Spamming per E-Mail verwendet. Andere technische Möglichkeiten und Erscheinungsformen von Spam über andere Medien werden nicht behandelt.

Der Begriff „kommerzielle Kommunikation“ ist im Grünbuch „Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt“ definiert¹² als „sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw des Images eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen“. Er beinhaltet alle Formen der Werbung, des Direktmarketings, Sponsorings, der Verkaufsförderung und der Öffentlichkeitsarbeit, betrifft hingegen nicht die Verpackung von Produkten. Er ist eines von vier Elementen des „Marketing-Mixes“ eines Unternehmens (bei den anderen drei Elementen handelt es sich um das Produkt oder die Dienstleistung selbst, den Vertrieb und den Preis).

Die Begriffe „unerbetene Nachrichten zu Direktwerbezwecken“, „unerbetene Direktwerbung“, „unerbetene kommerzielle Kommunikation“ werden gleichbedeutend als Überbegriffe für Cold Calling und Spam iwS verwendet; wieder im Bewusstsein, dass die Begriffe auch andere Formen der unerbetenen Direktwerbung beinhalten, auf die jedoch nicht Bezug genommen wird.

¹⁰ Siehe Kap 2 Pkt II A.

¹¹ Mosing, <http://www.it-law.at/papers/publikationsdetail/publications/the-ups-and-downs-in-the-history-of-eu-spam-regulations-and-their-practical-impact/>, 2f.

¹² Grünbuch Kommerzielle Kommunikation, KOM (1996) 192 endg, 1f.

Als Direktmarketing oder Direktwerbung wird jede Werbemaßnahme bezeichnet, die eine direkte Ansprache des möglichen Kunden mit der Aufforderung zur Antwort enthält.¹³

Weitere Definitionen werden beim jeweiligen Thema mitbehandelt.

III. Umriss des Themas

A. Faktische Problematik und typische Erscheinungsformen

Wie schon erwähnt, ergeben sich durch die schnell fortschreitende Entwicklung und Kapazitäten der verwendeten Technologien, nämlich das Internet und die Telekommunikationsnetzen, weitreichende Möglichkeiten unlauteren und sogar kriminellen Handelns.

An Aktualität kaum zu überbieten ist das Thema Spamming ieS (per E-Mail) bzw die mehr oder weniger erfolglosen Versuche, auf verschiedenen Ebenen dagegen vorzugehen. So erreichte nach einer Mitteilung der Kommission der Anteil an Spam-Mails im Jahr 2006 zwischen 50 und 80% des gesamten E-Mail-Aufkommens in der EU¹⁴, die Kosten von Spam wurden weltweit auf 39 Mrd Euro geschätzt; zum Vergleich: 2001 betrug der Anteil am E-Mail-Aufkommen „lediglich“ 7%.¹⁵ So ist Spamming schon zu einem richtigen „Wirtschaftszweig“ herangewachsen. Spammer vermieten oder verkaufen Listen mit „geernteten“ E-Mail-Adressen für Marketing-Zwecke an Unternehmen.

Immer mehr zum Problem für die Privatsphäre, Sicherheit und das Vermögen von Internetnutzern wird jedoch auch das Versenden von Spähsoftware (sog „Phishing“ oder Versand von „Spyware“ zum Ausspionieren des Internetverhaltens eines Nutzers und persönlicher Daten wie Kreditkartennummern oder Kennwörter) sowie der Versand bössartiger Software (sog „Malware“, durch die PC mit sog „Würmern“ oder Viren infiziert werden). Diese erlauben „Spammern“ die Kontrolle des jeweiligen

¹³ <http://de.wikipedia.org/wiki/Direktmarketing> bzw <http://de.wikipedia.org/wiki/Direktwerbung>; diese beiden Begriffe sind zwar nicht Synonym zu verwenden, jedoch wird diese Ungenauigkeit für diese rein juristische Arbeit hingenommen und die Begriffe als gleichbedeutend verwendet.

¹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Bekämpfung von Spam, Späh- und Schadsoftware, KOM (2006) 688 endg, 1.

¹⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über unerbetene Werbenachrichten (Spam), KOM (2004) 28 endg.

PC, über den weiterer Versand von Massen-E-Mails stattfindet und durch den ihre Identität verschleiert wird (diese PC werden zu sog „Botnets“).¹⁶

Eine solchermaßen negative Entwicklung ist im Bereich des Cold Calling oder der Direktwerbung per SMS aufgrund unterschiedlicher technischer Rahmenbedingungen, Kosten etc (noch) nicht zu erblicken, jedoch gehen auch in diesem Bereich vermehrt Verbraucherbeschwerden bei den zuständigen Behörden und Interessenvertretungen ein,¹⁷ wobei sich alle drei Direktwerbearten bzgl der Missbrauchsmöglichkeiten inhaltlich doch sehr merklich unterscheiden:

Bei unerbetenen Anrufen ist ein massenweiser Versand technisch ausgeschlossen (abgesehen von automatischen Anruf-Automaten, sog „Voice-Mail“), jedoch ist wegen der unmittelbaren akustischen Verbindung die Gefahr der Beeinflussung durch psychologische Tricks und „überzeugende Argumentation“ für Endverbraucher weitaus größer, eigentlich ungewollt bspw verlockende Glückspielangebote anzunehmen, auf (mit „Bearbeitungsgebühren“ oder sonstigen Zahlungen verbundene) Gewinnzusagen und -versprechen hereinzufallen, auf einen Fanganruf eine teure Mehrwertnummer zurückzurufen, das Versicherungsunternehmen oder den Handynetzanbieter zu wechseln etc.

Auch unerbetene Werbe-SMS traten in jüngster Vergangenheit in (negative) Erscheinung: diese sind weniger mit Überrumpelungsgefahr iS der Herstellung eines psychischen Kaufzwangs wie beim Cold Calling, der Belästigung durch die große Masse der Nachrichten oder der Gefahr von Würmern und Viren verbunden, sondern liegt der Schwerpunkt eher bei der (unüberlegten und gehäuften) Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten, über deren Tarife sich Nutzer oft nicht zur Gänze im Klaren sind und die mitunter gezielt verheimlicht oder verschleiert werden. Diese Mehrwertdienste werden entweder über ein „normales“ SMS oder aber direkt über Mehrwertnummern beworben, wobei in letzterem Fall schon das Öffnen der nicht angeforderten Werbe-SMS selbst - was aufgrund des Fehlens einer Betreffzeile in (zumindest älteren Generationen von) Mobiltelefonen in den meisten Fällen

¹⁶ Mitteilung der Kommission über die Bekämpfung von Spam, Späh- und Schadsoftware, KOM (2006) 688 endg, 1.

¹⁷ So hat die RTR-GmbH ein eigenes Beschwerdeformular für Telefon-Mehrwertdienste (Sprachtelefonie wie für SMS) eingerichtet um die vermehrten Missbräuche besser erfassen zu können. Beschwerden über ausländische Rufnummern müssen aber noch auf dem Postweg eingebracht werden. Das Beschwerdeformular und Informationen dazu sind abrufbar unter http://www.rtr.at/de/tk/mwd_beschwerde.

notwendig ist, um Absender bzw den Betreff der Nachricht zu erfahren - die Kosten auslöst. Dies kann sich bei Mehrwert-SMS auf mehrere Euro pro „Event“ belaufen.¹⁸

B. Korrespondierende juristische Herausforderungen und Problemstellung

Aus dem rechtlichen Blickwinkel betrachtet ergeben sich eine ganze Reihe von Fragestellungen.

Erstens ist - wie schon angedeutet - eine Mehrzahl unterschiedlicher Interessen betroffen, zwischen denen durch das Recht ein Ausgleich herzustellen ist. Es sind dies (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) Interessen des Einzelnen (häufig Verbraucher) auf Schutz seiner persönlichen Daten, der Privatsphäre, seines Vermögens; der Schutz der Interessen der Unternehmer/Mitbewerber, deren rechtskonforme „IKT-gestützte“ Werbekampagnen durch das negative Image weniger Wirkung erzielen oder die durch ihr rechtskonformes Verhalten ganz allgemein Nachteile gegenüber Mitbewerbern erleiden, die sich sittenwidriger Praktiken bedienen; Interessen der Allgemeinheit auf Prävention solcher Geschäftspraktiken und der damit verbundenen volkswirtschaftlichen Schäden.¹⁹

Dementsprechend ist auch eine Mehrzahl unterschiedlicher Rechtsgebiete und -kreise betroffen; sowohl im Privat-, wie im öffentlichen Recht; national, auf europäischer, supranationaler und internationaler Ebene.

In gewisser Hinsicht Ausgangspunkt oder zumindest ein die Problematik verstärkender Faktor ist, dass insb die Entwicklung des Internets durch Selbstregulierung und Internationalität gekennzeichnet ist (dies lässt sich aber auch in gewissem Maße auf andere Kommunikationsnetze übertragen).²⁰ Spammer können sich durch Wahl ihrer „Niederlassung“ oder das Umleiten von Nachrichten über verschiedene Server nationalen Verboten, Strafen und deren Durchsetzung entziehen. Aber auch das Cold Calling und der Versand von Werbe-SMS können leicht grenzüberschreitend von statten gehen, was schwierige Fragen des

¹⁸ Siehe dazu die Informationen und Warnhinweise unter <http://www.ak-vorarlberg.at/www-396-IP-23980.html>.

¹⁹ Auf diese „Schutzzwecktrias“ wird noch im sekundärrechtlichen Teil eingegangen.

²⁰ Mosing, <http://www.it-law.at/papers/publikationsdetail/publications/the-ups-and-downs-in-the-history-of-eu-spam-regulations-and-their-practical-impact/>, 3f.

internationalen Kollisionsrechtes und der (internationalen) Zuständigkeit zur Verfolgung und Vollstreckung sowie der Rechtshilfe aufwirft.

So sind nicht nur (oder sogar weniger, weil unproblematischer) die materiellrechtlichen Bestimmungen von Interesse, sondern und besonders im europarechtlichen Kontext die Möglichkeiten und Verfahren einer engen Zusammenarbeit unter den MS zur Anerkennung, Verfolgung und Durchsetzung von in einem MS verhängten Strafen oder zivilrechtlichen Ansprüchen.

Im europäischen Kontext stellt sich auch die Frage nach dem Ausgleich der Interessen zwischen der Liberalisierung an und für sich erwünschter gemeinschaftsweiter Marketingtätigkeit im Binnenmarkt und dem Interesse des Schutzes der Verbraucher, der Privatsphäre, der Lauterkeit des Handelsverkehrs sowie der Angleichung und Durchsetzung der diesbezüglichen Rechtsvorschriften im Binnenmarkt und auf internationaler Ebene.

C. Eingrenzung und Ziel

Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht das für Direktwerbung per IKT im Allgemeinen bzw. das für unerbetene Nachrichten zu Direktwerbezwecken maßgebliche Recht der Europäischen Union.

Im Primärrecht sind dies hauptsächlich die Garantien des EGV über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie die richterrechtlich ausgebildeten Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze (ARG) der Europäischen Union. Darzustellen ist ebenfalls der Verbraucherschutz, der mittlerweile mit Art 153 EGV ein eigenes Politikfeld der Gemeinschaft darstellt.

Sekundärrechtlich bestehen eine Mehrzahl einschlägiger Richtlinien (RL) und Verordnungen (VO) im Bereich des Datenschutzes/Schutz der Privatsphäre, des Lauterkeits- und Verbraucherschutzrechtes sowie der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit/Rechtshilfe, die unerbetene Direktwerbung umfassend regeln (sollten).

Aufgrund der Vielschichtigkeit des Themas ist es lediglich möglich, die nach Ansicht des Verfassers wichtigsten Rechtsnormen und ausgewählte bedeutende und beispielhafte Rsp auf europäischer Ebene zu behandeln. Eine umfassende und detaillierte Bearbeitung des Primärrechts, der Judikatur und des Sekundärrechts

sowie internationaler Übereinkünfte und nationaler Umsetzungen der europäischen Rechtsakte, Rechtsvergleiche und nationaler Judikatur ist in diesem Rahmen ausgeschlossen. Die internationale sowie die nationale Ebene und deren Verhältnis zueinander werden weitgehend ausgeblendet und nur dort, wo es der Zusammenhang erfordert, auf diese Bezug genommen. Die Vertiefung theoretischer Fragen wie bspw der Modifikation und Relativierung allgemeiner völkerrechtlicher Prinzipien und insb des Territorialitätsprinzips durch die in diesem Bereich verstärkt notwendigen Verpflichtungen zur Zusammenarbeit auf supranationaler Ebene wäre sicher von Bedeutung und Interesse, jedoch kann dies in gegebenem Umfang nicht ausreichend bearbeitet werden. Im Europarecht selber werden Maßnahmen im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS, 3. Säule EUV) und der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art 65 EGV) nicht behandelt.

Ziel dieser Arbeit ist die rechtswissenschaftliche Systematisierung und Momentaufnahme²¹ des geltenden einschlägigen europäischen Rechts; die Herstellung praktischer Bezüge; Darstellung theoretischer Hintergründe, Aufzeigen unterschiedlicher Meinungen in Literatur, Rsp, Streitfällen, Inkonsistenzen und Problemfällen; Rückblick und Vorschau auf zukünftige Entwicklungen - im Rahmen des oben eingegrenzten Bereiches.

IV. Technisches

A. Ablauf

Dem „Stufenbau der europäischen Rechtsordnung“ entsprechend wird die Arbeit grundsätzlich in einen primärrechtlichen und einen sekundärrechtlichen Teil gegliedert. Da in der Praxis die Sekundärrechtsakte bzw deren nationale Umsetzungen maßgeblich sind (letztere jedoch ausdrücklich aus der Arbeit ausgeklammert sind), liegt der Schwerpunkt der Arbeit auf der Darstellung des Sekundärrechts. Auf deren Grundlagen und Determinanten im EGV ist jedoch einzugehen.

²¹ Gerade in diesem, durch schnellen technologischen Wandel gekennzeichneten Bereich ist auch eine stetige Novellierung und Anpassung der Rechtsvorschriften an das soziale Gefüge unerlässlich, wodurch aber auch wissenschaftliche Arbeiten schnell (zumindest teilweise) veraltet sind.

Die drei zu behandelnden Direktwerbarten Cold Calling und Spam (ieS) und Werbe-SMS werden trotz faktischer Unterschiede weitgehend miteinander behandelt, da dies auch dem geltenden Sekundärrecht entspricht, das sie zwar durchaus inhaltlich unterschiedlich, aber doch immer im selben Zusammenhang regelt.

B. Methodik

Es handelt sich hierbei um eine rechtswissenschaftliche Diplomarbeit im Fachgebiet Europarecht. Dies ist maßgeblich für die verwendete Methodik, da im Europarecht eine eigene- vom Völkerrecht und nationalen Recht abweichende- Rechtsdogmatik zur Anwendung kommt.

Diese ist insb von Bedeutung für die Auslegung und das Verständnis der verwendeten rechtstechnischen Begriffe, die in der Arbeit vorkommen. Sie stehen häufig nicht im „ordinary meaning“; für sie ist nicht das nationale Begriffsverständnis eines der 27 MS relevant, sondern genuine europarechtliche (Legal-)Definitionen oder Auslegungen der europäischen Organe (insb des EuGH).

Bspw steht der Begriff „Dienstleistung“ im Rahmen dieser Arbeit nicht in seiner gewöhnlichen Wortbedeutung oder ist den Wirtschaftswissenschaften entnommen und beschreibt somit nicht Leistungen innerhalb des tertiären Wirtschaftssektors (auch wenn natürlich weitgehend Übereinstimmungen bestehen), sondern wurde autonom teleologisch durch den EuGH in Ausgestaltung Art 49 ff EGV ausgelegt.²²

Insb im Bereich des Primärrechts ist die teleologische Auslegung durch den EuGH von überwiegender Bedeutung. Im Sekundärrecht kommt oft mangels Rsp des EuGH und wegen Notwendigkeit der Einheitlichkeit der Geltung der vielen authentischen Fassungen der Rechtsakte der Wortinterpretation und Auslegung durch die anderen europäischen Organe (insb der Kommission) größere Bedeutung zu.

²² Für dessen Auslegung des Begriffs Dienstleistung vgl *Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003), Vorbemerkung zu den Art 49 bis 55, Rn 7 ff; *Kluth in Callies/Ruffert*, EUV/ EGV- Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar³ (2007), Art 49, 50 EGV, Rn 5.

Kapitel 2. Direktwerbung im Primärrecht

I. Überblick über die einschlägigen Bestimmungen

Direktwerbung ist Teil des Wirtschaftskreislaufes, es wird aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht als Dienstleistung dem tertiären Sektor zugeordnet. Cold Calling, Spam, Werbe-SMS sind spezielle Formen der kommerziellen Kommunikation (genauer: des Direktmarketings) mit Hilfe von IKT.

Explizite Regelungen des Marketingsektors oder der IKT finden sich im primären Gemeinschaftsrecht - insb im EGV - nicht. Auch besteht weder in der Zielbestimmung des Art 2 EGV noch im Aufgabenkatalog des Art 3 EGV eine ausdrückliche Sachkompetenz zur Regelung des Rechtes der Werbung (bspw im Wege der Sekundärrechtsetzung).²³ Eine allgemeine, umfassende oder gar abschließende Regelung von Werbung bzw Werbeverboten fehlt somit zumindest im primären Recht der EU.

Spezifische einschlägige Regeln finden sich dennoch im Sekundärrecht. Hierbei sind aufgrund von Art 95 EGV eine Vielzahl von Rechtsakten unterschiedlichster Ziel- und Wirkrichtung ergangen.²⁴

Unterschieden werden für gewöhnlich lauterkeitsbezogene, produktspezifische (zu denen auch berufsspezifische gehören, die teilweise als eigene Kategorie angesehen werden) und medienspezifische Regelungen.²⁵ Diese Unterteilung deutet schon an, dass sich Werberegungen in einer Mehrzahl von Rechtsgebieten finden bzw notwendig sind. Die oben angeführte prinzipielle Unterscheidung findet sich zum Teil im Sekundärrecht wieder.

Primärrechtlich von Bedeutung ist, dass *leges speciales* im EGV fehlen und somit auf die allgemeinen Bestimmungen zurückgegriffen werden muss. Der oben dargestellten faktischen Bedeutung von Marketing und IKT für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung, Wohlstand und Integration des europäischen Binnenmarkts entspricht eine rechtliche. Es sind insbesondere die Grundfreiheiten

²³ *Schwarze in Schwarze (Hrsg), Werbung u Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts (1999), Werbung im Gemeinschaftsrecht- Rechtsbestand und Grundfragen, 9 (24).*

²⁴ *Schwarze in Schwarze (Hrsg), Werbung 9 (20).*

²⁵ *Schwarze in Schwarze (Hrsg), Werbung 9 (20).*

des EGV einschlägig²⁶, doch folgt eben aus der wirtschaftswissenschaftlichen Einordnung in den Dienstleistungssektor nicht die ausschließliche Anwendung der Dienstleistungsfreiheit der Art 49 ff EGV. Die genauen Gründe, Konsequenzen und Probleme, die sich dadurch ergeben, werden in diesem Kapitel weiter unten erörtert (siehe Pkt II).

Für unerbetene Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung sind insbesondere die Dienstleistungsfreiheit (Art 49 ff EGV) und die Warenverkehrsfreiheit (Art 28 ff EGV) von Bedeutung. Auf sie und auf die mit ihnen in enger Verbindung stehenden einschlägigen Grundrechte wird detaillierter einzugehen sein, wobei auf eine allgemeine systematische Darstellung der Grundfreiheiten weitgehend verzichtet wird.²⁷

Andererseits hat der Verbraucherschutz immer mehr Eingang in den Vertrag gefunden, der mit dem Vertrag von Maastricht eine eigenständige Rechtsgrundlage (Ex-Artikel 129a, nunmehr Art 153 EGV) bekommen hat, die den Titel XIV des dritten Teils des EGV (die „Politiken der Gemeinschaft“) ausmacht und rein formal von der Systematik her den Grundfreiheiten, die die Titel I und III der dritten Teils bilden, völlig gleichgestellt ist. Art 153 Abs 1 EGV beinhaltet das Ziel der Förderung und Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, was mehrfach im Vertrag und in der Charta der Grundrechte der EU (GRC)²⁸ angeführt und betont ist.

Der Verbraucherschutz entfaltet ebenfalls Binnenmarktrelevanz insofern, als er die passive Seite der Waren- und Dienstleistungsfreiheit bildet und einen Beitrag dazu leistet, dass Verbraucher zum einen Vertrauen in den Binnenmarkt aufbauen können, zum anderen lernen, sich dessen Angebote und Möglichkeiten zunutze zu machen, und als informierter, mündiger und selbstbewusster „Counterpart“ zu den Unternehmern auf dem Binnenmarkt auftreten.²⁹ Als „Gegenstück“ zu den Grundfreiheiten wird auch der Verbraucherschutz in diesem Teil eingehender behandelt.

In diesem Kontext ist vor allem auch Art 95 EGV bedeutsam, weil einerseits Art 153 EGV auf ihn verweist und er andererseits allgemein die prominenteste Rechtsgrundlage für Harmonisierungen im Rahmen der Verwirklichung des

²⁶ Früher als „Grundlagen der Gemeinschaft bezeichnet“, nunmehr „nur“ noch eine von vielen „Politiken der Gemeinschaft“ (wenn auch in der Praxis eine der bedeutendsten).

²⁷ Siehe dazu statt aller: *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht - Das Recht der Europäischen Union (2007).

²⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI 2007 C 303.

²⁹ *Wichard in Callies/Ruffert*, EUV, Art 153 EGV, Rn 4.

Binnenmarktziels nach Art 14 EGV bildet. Von ihm wird bei der Sekundärrechtssetzung extensiv Gebrauch gemacht, wobei der notwendige Binnenmarktbezug oftmals wohl sehr lose wirkt. Auf die Kontroverse nach Erlass der Tabakwerberichtlinie³⁰ soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

II. Direktwerbung in der Systematik der Grundfreiheiten

A. Die herrschende Meinung

Als Grundaussage und Ausgangspunkt soll folgende Differenzierung herangezogen werden.³¹

„1. Einerseits ist die Werbung, sofern sie als selbstständige Wirtschaftstätigkeit betrieben wird, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, als Dienstleistung iSd Art 59 des EG- Vertrages [nunmehr Art 49 EGV] zu qualifizieren;

2. Andererseits: Soweit die Werbung auf die Förderung des Absatzes von Gütern oder Dienstleistungen, worauf sie sich bezieht, abzielt, ist sie auch ein wichtiges Instrument zur Marktintegration und zur Förderung des grenzüberschreitenden Güter- und Dienstleistungsverkehrs. Beschränkungen der Werbung oder Werbungsverbote durch staatliche Maßnahmen können deshalb Beschränkungen des grenzüberschreitenden Güter- oder Dienstleistungsverkehrs verursachen. Somit können sie in den Anwendungsbereich der diesbezüglichen Vertragsverbote fallen, dh als Maßnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung iSd Art 30 EGV [jetzt Art 28 EGV] oder eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit iSd Art 59 EGV [nunmehr Art 49 EGV] zu würdigen sein.“

Dieser „zweispurige“ Ansatz stützt sich auf die Rsp des EuGH zu nationalen Werbeverboten. Der EuGH hat schon 1974 in der RS Sacchi³² folgendes festgestellt:

„Demnach fällt die Ausstrahlung von Fernsehsendungen als solche, einschließlich jener zu Werbezwecken, unter die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen. ...

³⁰ Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen, ABI L 213/9.

³¹ Statt aller *Timmermans in Schwarze (Hrsg), Werbung* 26 (26).

³² EuGH 30.04.1974, Rs 155/73, Sacchi, Slg 1974, I-409 Rn 6 ff.

Mithin verletzt zwar ein Unternehmen, das ein Monopol für Fernsehwerbeseudungen besitzt, nicht schon durch seine Existenz den Grundsatz des freien Warenverkehrs, doch verstieße es gegen diesen Grundsatz, falls es zugunsten inländischer Materialien und Erzeugnisse diskriminierte.“

Diese Linie wurde weiter verfolgt und in einer Reihe von nachfolgenden Entscheidungen bestätigt.³³ Leider fehlt es an einer tiefer gehenden Begründung, warum Werbung, die naturgemäß nie für sich allein steht bzw zum Selbstzweck verbreitet wird, unter mehrere der Garantien der Grundfreiheiten fallen soll, während anderenorts ein Kumulierungsverbot judiziert wird.³⁴ An der Dogmatik der Grundfreiheiten soll diese grundlegende Unterscheidung genauer beleuchtet werden.

B. Der produktbezogene Ansatz

Vorausgeschickt werden muss, dass in diesen Ausführungen zu den Grundfreiheiten vorwiegend das Produkt „Ware oder Dienstleistung“ und weniger die Person, die in weiterer Folge eigentlich begünstigt ist, im Mittelpunkt steht. Die Literatur spricht in diesem Zusammenhang von einem produktbezogenen Ansatz.³⁵ Hierbei kommt die wirtschaftliche Parallelität der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit besonders zum Vorschein, die insgesamt das freie Zirkulieren von körperlichen wie unkörperlichen Produkten garantieren sollen.

Direktwerbung per IKT - ob als Telefonanruf, E-Mail oder SMS - stellt offensichtlich eine unkörperliche Leistung dar, der ein gewisser wirtschaftlicher Wert zuzuschreiben ist. Anders als bei den „klassischen Dienstleistungen“ findet im Normalfall keine körperliche Grenzüberschreitung des Leistungserbringers oder -empfängers statt. Direktwerbung per se (also Pkt 1 iSd obigen Differenzierung) ist deshalb vorwegnehmend als Korrespondenzdienstleistung gem den Art 49 ff EGV zu qualifizieren. In diesem Kontext sind es überwiegend Diskriminierungen und Beschränkungen des Produkts „Werbung“ selbst, auf die das Hauptaugenmerk gerichtet ist. Es wird üblicherweise unterschieden zwischen Verboten, die das Medium oder den Informationsträger betreffen, auf dem die Daten übermittelt

³³ EuGH 09.07.1995, Rs C-34/95 bis C-36/95, De Agostini, Slg 1997, I-3843; EuGH 09.02.1995, Rs C-412/93, Leclerc-Siplec, Slg 1995, I-187; EuGH 07.03.1990, Rs C-362/88 GB-INNO-BM, Slg 1990, I-667.

³⁴ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49,50 EGV, Rn 14.

³⁵ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 1.

werden, und Verboten, die sich auf den Inhalt der Werbung als solche beziehen; beides ist geeignet, grenzüberschreitendes Marketing zu erschweren.

Aus der Sicht des Schutzgutes stehen also im Mittelpunkt dieser Betrachtung: die Dienstleistung als Begünstigte der Dienstleistungsfreiheit und die Ware als Begünstigte der Warenverkehrsfreiheit.

C. Dienstleistungsfreiheit, Warenverkehrsfreiheit: Anwendungsbereich

Die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit bilden nunmehr den Beginn des dritten Teils des EGV „Politiken der Gemeinschaft“. Die Warenverkehrsfreiheit ist in den Art 23-31 EGV, die Dienstleistungsfreiheit in den Art 49-55 EGV geregelt. Die Art 25, 28, 29, 30 und 31 EGV innerhalb der Warenverkehrsfreiheit³⁶ sowie die Art 49 Abs 1 und 50 EGV innerhalb der Dienstleistungsfreiheit³⁷ entfalten unmittelbare Wirkung, dh der Einzelne kann sich unter unmittelbarer Berufung auf sie gegen Eingriffe wehren.

Art 49 Abs 1 EGV enthält das Verbot von „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft [...] nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“. Art 50 Abs 1 2. Satzteil EGV normiert eine Auffangklausel um alle wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erfassen, die nicht von den anderen Grundfreiheiten erfasst sind. Nach dem EuGH resultiert daraus aber keine Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit.³⁸

Die vorerst wichtigste Frage für diesen Themenkomplex ist die nach dem sachlichen Anwendungsbereich, dh ob, wann und in welchem Umfang Direktwerbung als wirtschaftlicher Vorgang von den genannten Grundfreiheiten erfasst ist. Der sachliche Anwendungsbereich hängt unmittelbar von der Umschreibung der Begriffe der Dienstleistung³⁹ bzw der Ware⁴⁰ ab.

1. Begriff, sachlicher Anwendungsbereich

a) Dienstleistung

³⁶ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1362.

³⁷ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1495.

³⁸ EuGH 03.10.2006, Rs C-452/04, Fidium Finanz, Slg 2006, I-9521, Rn 32 ff.

³⁹ *Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 129.

⁴⁰ *Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 267 ff.

Art 50 Abs 1 EGV definiert den Begriff der Dienstleistung als „Leistung, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden“. Entgeltlichkeit wie Grenzüberschreitung werden als unverzichtbare Begriffsmerkmale bezeichnet.⁴¹ Rein innerstaatliche Vorgänge werden von den Grundfreiheiten nicht erfasst. Ob ein hinreichender Auslandsbezug vorliegt, ist an den Besonderheiten des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die Ansässigkeit der Beteiligten eine große Rolle spielt. Die Entgeltlichkeit der Leistung kann angenommen werden, wenn die Tätigkeit einen Teil des Wirtschaftslebens ausmacht.⁴²

Aus der Aufzählung in Art 50 Abs 2 EGV und der Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit wird gefolgert, dass nur Dienstleistungserbringung durch Selbstständige unter die Art 49 ff EGV fällt, wobei dies bei der Dienstleistungsempfangsfreiheit keine Rolle spielt.⁴³

Weiters sollen nach Art 50 Abs 3 EGV und in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit nur vorübergehend in einem anderen MS erbrachte Leistungen erfasst sein. Dieses Kriterium spielt wiederum keine Rolle bei sog Korrespondenzdienstleistungen, ds Dienstleistungen, bei denen nur die Leistung die Grenze überschreitet ohne hinzutretende physische Grenzüberschreitung von Leistungserbringer oder Empfänger.⁴⁴ Dies dürfte wohl der typische Fall der grenzüberschreitend auf elektronischem Wege versandten Direktwerbung sein. Die Nähe zur Warenverkehrsfreiheit ist augenscheinlich, doch handelt es sich hier um unkörperliche Produkte sind, die versandt werden.

Allgemein wird deutlich, dass ein vollständiges positives Konzept des Dienstleistungsbegriffs fehlt. Mögliche Erklärung dafür ist einerseits die Vielfalt und Unterschiedlichkeit, in der Dienstleistungen in der Realität in Erscheinung treten; andererseits die Tatsache, dass die Dienstleistungsfreiheit im Vergleich zu den anderen Grundfreiheiten erst spät praktische Bedeutung erlangt hat.

Zusammenfassend findet sich eine Mischung aus Negativabgrenzung zu den anderen Grundfreiheiten und aus dem Versuch, eben durch die Bildung eines positiven Konzepts der gesteigerten praktischen Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit gerecht zu werden. Festzustellen sind die unbedingten Erfordernisse der Grenzüberschreitung und eines gewissen Bezugs zur Wirtschaft,

⁴¹ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49,50 EGV, Rn 7.

⁴² Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49,50 EGV, Rn 5ff.

⁴³ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49,50 EGV, Rn 6.

⁴⁴ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49,50 EGV, Rn 13.

wobei diese und alle anderen Begriffserfordernisse allgemein sehr extensiv ausgelegt werden. Dies entspricht aber natürlich auch dem Sinn der Grundfreiheiten, möglichst die Gesamtheit aller grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten zu erfassen und sollte umso mehr für die Dienstleistungsfreiheit gelten. Welchen anderen Wert als den, alle wirtschaftlichen Tätigkeiten unter die Grundfreiheiten subsumieren zu können, hätte sonst der Art 50 Abs 1 2. Halbsatz EGV, wenn schon keine Subsidiarität daraus resultiert?

b) Ware

Der Begriff der Ware ist im EGV nicht definiert. An ihm hängt gem Art 23 Abs 2 EGV die Anwendbarkeit der wichtigsten Bestimmungen über den freien Warenverkehr; insbesondere des Art 28 EGV. Zusätzlich zum Warenbegriff ist erforderlich, dass es sich um eine Gemeinschaftsware oder eine in der Gemeinschaft im freien Verkehr befindliche Ware aus einem Drittstaat gem Art 23 Abs 2 und 24 EGV handelt.

Unter dem Begriff „Ware“ sind nach stRsp Erzeugnisse zu verstehen, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.⁴⁵

Auch Abfälle bezieht der EuGH unterschiedslos, ob sie noch einen wirtschaftlichen Wert darstellen oder nicht, in den Warenbegriff mit ein.⁴⁶ Ausgenommen sind landwirtschaftliche Erzeugnisse und Kriegsmaterial. Für sie bestehen innerhalb des EGV spezielle Regelungen. Ebenfalls ausgenommen sind radioaktive Materialien, die im EAGV geregelt sind.

Grundsätzlich sind nur körperliche Gegenstände von der Warenverkehrsfreiheit erfasst. Jedoch betrachtet der EuGH auch elektrischen Strom als „Ware“ iSd Art 23 ff EGV.

Dies führt zu der Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheit von der Dienstleistungsfreiheit. Häufig ist eben das erwähnte Körperlichkeitskriterium ein guter Maßstab für die Abgrenzung.⁴⁷ In bestimmten Fällen der Kombination von Ware und Dienstleistung bzw dort, wo ein körperlicher Gegenstand Träger einer Dienstleistung (bspw bei Filmen, Tonträgern oder Glücksspiellosen etc) ist, ist eine Abgrenzung schwieriger. Sie ist deshalb notwendig, weil die hM zwar von der

⁴⁵ EuGH 10.12.1968, Rs 7/68, Kommission/Italien, Slg 1969, I-634 (642).

⁴⁶ EuGH 09.07.1992, Rs C-2/90, Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-4431 (4479); Kritik diesbezüglich von Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 281.

⁴⁷ Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 274.

Kongruenz der Grundfreiheiten ausgeht, eine vollständige Uniformität aber nicht vorhanden ist.⁴⁸ Der EuGH stellt hierbei darauf ab, wo der Schwerpunkt der erbrachten Leistung liegt.⁴⁹ Manche wollen in Art 50 Abs 1 EGV eine Zweifelsregel zugunsten der Warenverkehrsfreiheit sehen.⁵⁰ Der Gleichwertigkeit der Grundfreiheiten sachgerechter sollte aber wohl darauf abgestellt werden, inwiefern eine eigene Wertschöpfung der Dienstleistung gegenüber dem Wert der bloßen Ware erfolgt ist.⁵¹ Natürlich bedarf es auch bei der Warenverkehrsfreiheit eines grenzüberschreitenden Bezuges, rein innerstaatliche Warenbewegungen werden nicht erfasst.⁵²

2. Persönlicher Anwendungsbereich: Begünstigte, Verpflichtete

a) *Begünstigte*

i) Dienstleistungsfreiheit

Art 49 Abs 1 EGV verbietet Beschränkungen „für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind“. „Angehörige der Mitgliedstaaten“ sind die Unionsbürger gem Art 17 EGV. Gem Art 55 EGV iVm Art 48 EGV sind Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft haben, den Unionsbürgern gleichgestellt.

Die wichtigere Rolle spielt nicht die Frage der Unionsbürgerschaft, sondern das Kriterium der Ansässigkeit im Binnenmarkt, da einerseits gem Art 49 Abs 2 EGV der Anwendungsbereich der Art 49 ff EGV ausgedehnt werden kann auf im Binnenmarkt ansässige Drittstaatsangehörige (von dieser Möglichkeit wurde bisher noch nicht Gebrauch gemacht⁵³), umgekehrt eine solche Bestimmung für drittstaatsansässige Unionsbürger aber fehlt.⁵⁴

Dem Wortlaut des Art 49 Abs 1 EGV gemäß ist nur die Freiheit des Dienstleistungserbringers (1. aktive/positive oder Dienstleistungserbringungsfreiheit)

⁴⁸ Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 273.

⁴⁹ Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 278 ff.

⁵⁰ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 15.

⁵¹ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 3.

⁵² Müller-Graff in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 28 EGV, Rn 263.

⁵³ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn 1501.

⁵⁴ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 6 f.

geschützt. Über den Wortlaut hinaus hat der EuGH in seiner Rsp den Kreis der Begünstigten, nämlich im Urteil Luisi und Carbone⁵⁵ auf die Empfänger von Dienstleistungen und im Urteil Koestler⁵⁶ auf Korrespondenzdienstleistungen erweitert.⁵⁷

Üblicherweise werden neben der vom Wortlaut erfassten aktiven Dienstleistungsfreiheit mehrere Fallgestaltungen unterschieden:

2. passive/negative oder Dienstleistungsempfangsfreiheit. Hierbei ist in erster Linie der Empfänger der Dienstleistung geschützt, der sich zur Inanspruchnahme der Dienstleistung in einen anderen MS begibt. Rechte aus den Art 49 ff EGV können für den Empfänger aber nur im Hinblick auf konkrete Dienstleistungsbeziehungen entstehen. Die bloße Grenzüberschreitung zu einem (noch) unbestimmten Zweck fiele - bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen - unter das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV (freilich sind dies andere „sonstige Voraussetzungen“, dh andere Tatbestandsmerkmale als bei den Grundfreiheiten).⁵⁸

3. Korrespondenzdienstleistungen: Hierbei überschreitet das Produkt Dienstleistung als solches die Grenze, ohne dass eine physische Grenzüberschreitung entweder des Dienstleistungserbringers oder des Dienstleistungsempfängers (oder beider), hinzutritt. Bei dieser Fallgestaltung kommt die wirtschaftliche Parallelität zur Warenverkehrsfreiheit besonders zum Ausdruck. Die Dienstleistung wird gleich einer körperlichen Ware „versendet“. Dies ist die oben schon angesprochene produktbezogene Komponente, die auf die Dienstleistung als solche abstellt, nämlich den freien Dienstleistungsverkehr⁵⁹, und Beschränkungen, die das Produkt selbst betreffen, grundsätzlich verbietet. Besonderheit dieser Fallgestaltung ist auch, dass es auf eine nur vorübergehende Dauer, die ansonsten als wichtiges Abgrenzungsmerkmal zur Niederlassungsfreiheit dient, nicht ankommt. Der Zeitfaktor als Wesensmerkmal der Dienstleistungsfreiheit insgesamt wird mancherorts mit Verweis auf diesen Punkt in Frage gestellt.⁶⁰

Typische Beispiele für Korrespondenzdienstleistungen sind die behandelten Direktmarketingformen, Dienstleistungen über das Internet (Online-Glücksspiele etc),

⁵⁵ EuGH 31.01.1984, Rs 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone, Slg 1984, 377, Rn 10.

⁵⁶ EuGH 24.10.1978, Rs 15/78, Koestler, Slg 1978, 1971, Rn 3.

⁵⁷ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 3.

⁵⁸ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 11.

⁵⁹ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 27.

⁶⁰ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 13.

e-business, e-commerce, Bankgeschäfte, Versicherungsdienstleistungen, Telekommunikation, Fernsehen etc.⁶¹

Oft wird noch eine weitere 4. Fallgestaltung unterschieden: die auslandsbedingten Dienstleistungen⁶², bei der sich Erbringer und Empfänger der Dienstleistung in einen anderen MS zu deren Erbringung und Konsumation begeben oder bei der Erbringer und Empfänger im selben MS ansässig sind, die Substanz der Leistung aber aus einem anderen MS stammt.⁶³

Wie angemerkt sind dies nur Versuche, reale Abläufe einzuordnen, ohne dass daraus rechtlich unterschiedliche Konsequenzen resultieren würden (bis auf das erwähnte strittige Kriterium der vorübergehenden Ausübung bei Korrespondenzdienstleistungen). Die Frage, wer unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit begünstigt ist, hat aber Bedeutung in Bezug darauf, wann und ob die Beteiligung Drittstaatsangehöriger oder drittstaatsansässiger Unionsbürger der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit schadet. Diese Frage ist je nach Fallgestaltung mehr oder minder umstritten.⁶⁴

ii) Warenverkehrsfreiheit

Anders als die Dienstleistungsfreiheit enthält die Warenverkehrsfreiheit keine personale Komponente. Die Ware selbst ist Träger der Warenverkehrsfreiheit, der Eigner der Ware im Reflex dazu begünstigt, sodass es auf die Unionsbürgerschaft oder den satzungsmäßigen Sitz im Unionsgebiet nicht ankommt.⁶⁵ Dies wird aber mit Hinweis auf mögliche praktische Probleme bei unterschiedlicher Behandlung der Grundfreiheiten kritisiert.⁶⁶

b) Verpflichtete

Dem Charakter der Grundfreiheiten als transnationale Integrationsnormen gemäß binden sie in erster Linie die MS. Ihnen werden sowohl Unterlassungs- als auch Handlungspflichten (Schutzpflichten) auferlegt. Die Zuordnung von Handlungen

⁶¹ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 29 f.

⁶² Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn 1508.

⁶³ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 6.

⁶⁴ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 34 ff.

⁶⁵ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn 1373.

⁶⁶ Kingreen in Callies/Ruffert, EUV, Art 28 EGV, Rn 32 f.

eines MS geschieht funktional. Dadurch kann sich ein MS seiner Pflicht nicht durch Ausgliederung, Beleihung etc oder dadurch entziehen, dass er sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient (keine Flucht ins Privatrecht).⁶⁷

Auch die Organe der Gemeinschaft sind nach hM an die einschlägigen Bestimmungen des Primärrechts gebunden bzw werden deren Rechtsakte (Hauptsächlich VO und RL) ebenso an den Garantien der Grundfreiheiten gemessen.⁶⁸

Erlassen privatrechtliche Vereinigungen, private Verbände kraft ihrer rechtlichen Autonomie kollektive Regelungen im Arbeits- und Dienstleistungsbereich, fallen nach dem Urteil des EuGH in der Rs Walrave⁶⁹ auch diese unter die Garantien der Grundfreiheiten.⁷⁰ Eine unmittelbare Drittwirkung zwischen einzelnen Privatrechtssubjekten wurde bisher nur für die Arbeitnehmerfreizügigkeit bejaht.⁷¹

D. Zwei Fallgestaltungen

Nach dieser allgemeinen Darstellung der Grundfreiheiten soll nun anhand von zwei abstrakten Konstellationen die Zuordnung von einzelnen Direktmarketingvorgängen zu der jeweiligen Grundfreiheit dargestellt und die Grundeinteilung dieser in Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit näher untersucht werden.

Die abstrakten Beispielfälle dienen der anschaulicheren Darstellung der Gründe dafür, warum wirtschaftliche Vorgänge im Bereich des Direktmarketings nicht im Rahmen einer Grundfreiheit behandelt werden können. Im Folgenden werden die Probleme aufgezeigt, die bei der Subsumption dieser Fallgestaltungen unter die oben beschriebenen Tatbestandsmerkmale auftreten, auch wenn eine weite teleologische Interpretation die Regel ist.

⁶⁷ *Kingreen in Callies/Ruffert*, EUV, Art 28 EGV, Rn 104 ff.

⁶⁸ *Kingreen in Callies/Ruffert*, EUV, Art 28 EGV, Rn 109 f.

⁶⁹ EuGH 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave, Slg 1974, 1405.

⁷⁰ *Kluth in Callies/Ruffert*, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 41 ff.

⁷¹ EuGH 06.07.2000, Rs C-281/98, Angonese, Slg 2000, I-4139 ff.

1. Beteiligte It „Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen auf dem Binnenmarkt“

Grundlage ist das „Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen auf dem Binnenmarkt“⁷². Hierin wurden als beteiligte Wirtschaftsteilnehmer ermittelt:⁷³

- a. Anbieter: Unter diesem Begriff sind Unternehmen zu verstehen, die - nach der Terminologie des Grünbuches - der „kommerziellen Kommunikationsbranche“ angehören; bspw Werbeagenturen oder Direktmarketingunternehmen, aber auch Marktforschungsunternehmen, Adressenhändler etc. Diese erbringen selbstständig Dienstleistungen des Sektors kommerzielle Kommunikation.
- b. Nutzer: Hierunter sind Unternehmen zu verstehen, die an den Kommunikationsformen interessiert sind; Hersteller von Produkten, die sich der Marketingdienstleistungen der Anbieter bedienen.
- c. Träger: Dies sind ganz unterschiedliche Unternehmen wie Medien (Fernseh-Hörfunkanstalten, Printmedien), Telekommunikationsdienste, Organisatoren von Sport- und Kulturveranstaltungen. Sie erbringen Dienstleistungen für Anbieter wie Nutzer, indem sie die Nachricht transportieren.
- d. Verbraucher: Im Grünbuch sind sie nicht im selben Zusammenhang wie die vorher aufgezählten erwähnt, aber in die Betrachtung als zu beeinflussendes Ziel der kommerziellen Kommunikation ebenfalls miteinzubeziehen.

2. Ausgangspunkt des Beispiels

Gemeinsamer Ausgangspunkt ist, dass ein Nutzer (N) seine Produkte (Waren oder Dienstleistungen) in Umlauf zu bringen versucht, seine Stellung am Markt verbessern will, neue Märkte erschließen will etc. Die Gründe, warum Werbung betrieben wird, sind vielfältig, für dieses abstrakte Beispiel aber nicht von größerem Interesse. Auf der anderen Seite - als „Gegenpart“ - ist der Verbraucher (V), der in irgendeine Richtung durch die Direktwerbung beeinflusst werden soll.

Ebenfalls immer beteiligt, zumindest bei den hier behandelten Formen des Direktmarketings, ist ein Träger (T). Dieser fungiert als Medium zwischen dem Ursprung der Werbemaßnahme und dem Verbraucher als dessen Ziel. Dessen Leistung ist im Normalfall, bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezuges, als

⁷² Grünbuch Kommerzielle Kommunikation, KOM (1996) 192 endg.

⁷³ Grünbuch Kommerzielle Kommunikation, KOM (1996) 192 endg, 9.

Dienstleistung iSd Art 59 EGV einzustufen. Dies hat der EuGH in der Entscheidung Bond van Adverteerders⁷⁴ folgendermaßen festgestellt:

„14 Die Sendungen, die den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, enthalten mindestens zwei gesonderte Dienstleistungen. Die erste Leistung erbringen die in einem Mitgliedstaat ansässigen Betreiber von Kabelnetzen zugunsten der Sendeanstalten in anderen Mitgliedstaaten, indem sie die von diesen ausgestrahlten Fernsehprogramme an ihre eigenen Teilnehmer weiterleiten. Die zweite Leistung erbringen die Sendeanstalten einiger Mitgliedstaaten zugunsten der insbesondere im Empfangsstaat ansässigen Werbefirmen, indem sie die Werbemitteilungen verbreiten, die diese Firmen speziell für das Publikum des Empfangsstaats erstellt haben.“

Die Dienstleistung der Träger wird in der folgenden Betrachtung größtenteils außer Acht gelassen.

3. Dreiecksverhältnis

Variabel ist, wer die Werbeleistung erbringt: In der ersten Fallgestaltung erbringt der Anbieter (A) für N die Leistung, entwickelt also bspw die Direktmarketingstrategie und führt diese - durch den Versand von E-Mails, SMS oder das telefonische Kontaktieren der potentiellen Kunden - durch.

Diese Konstellation ist relativ eindeutig dem ersten Fall der obigen Unterscheidung zuzuordnen, wobei eben die genannten „übrigen Voraussetzungen“ nach den allgemeinen Ausführungen zur Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen sind: insb Selbstständigkeit als Handeln auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, Entgeltlichkeit und Grenzüberschreitung.

Die ersten beiden stehen prima facie wohl kaum in Frage. Das Erfordernis der vorübergehenden Ausübung entfällt wie gesagt bei Korrespondenzdienstleistungen.

Differenzierter fällt nur die Bewertung des Tatbestandsmerkmals des grenzüberschreitenden Bezuges aus, da mehrere Konstellationen der Ansässigkeit von A, N und V möglich sind. Zusätzlich macht die realiter vorhandene Beteiligung von T diesen Punkt kompliziert. Sicher wird eine Anwendung ausgeschlossen sein, wenn sich alle Parteien zu jeder Zeit im selben MS befinden. Zu beachten ist einerseits, dass sich die eigentliche Dienstleistung zwischen A und N abspielt, also theoretisch nur das Vorhandensein eines grenzüberschreitenden Elementes in

⁷⁴ EuGH 26.04.1988, Rs 352/85, Bond van Adverteerders, Slg 1988, 2085, Rn 14.

diesem Verhältnis berücksichtigt werden dürfte. Dieses Tatbestandsmerkmal wird aber zutreffend im Sinne einer möglichst umfassenden Abdeckung aller wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt weit ausgelegt.⁷⁵ So ist also anzunehmen, dass irgendein grenzüberschreitendes Moment in diesem Vierecksverhältnis, also zB die Ansässigkeit Ts in einem anderen MS, genügt. Das Kriterium der Selbstständigkeit (und in weiterer Folge auch der Entgeltlichkeit) wirft bei näherer Betrachtung ebenfalls schwierige gesellschaftsrechtliche Fragen in Fällen auf, in denen konzernartige Strukturen oder andere noch intensivere Verhältnisse und Abhängigkeiten zwischen A und N bestehen. Hierbei entstehen Fragen und Abgrenzungsprobleme bei Mischformen zwischen Selbstständigkeit und Abhängigkeitsverhältnis und projektbezogenem Entgelt zu konstanter Entlohnung.

4. Zweipoliges Verhältnis

Erbringt der Nutzer (N) im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit selbst die Werbeleistung, bleibt es bei der Zweipoligkeit der Beziehung N zu V (der Träger wird wie gesagt außer Acht gelassen).

Problematisch bei dieser Konstellation ist die Ortung der Dienstleistung, da N die Werbeleistung für sich selbst erbringt. Das in Punkt 3 zu den Tatbestandsmerkmalen Gesagte kann mit der Modifikation übernommen werden, dass die „gesellschaftsrechtliche Fusion“ vollständig nunmehr vollzogen ist. N ist Nutzer wie Anbieter der Werbeleistung. Es fehlt zur Gänze an der Selbstständigkeit und Entgeltlichkeit.

Der Schutz ein und derselben wirtschaftlichen Leistung durch die Art 49 ff EGV wäre je nach tatsächlicher Konstellation aktiviert oder nicht; das ist keine rechtlich akzeptable Lösung. Ebenso würde ein solches Ergebnis dem Auffangcharakter der Dienstleistungsfreiheit widersprechen.

Diese Fallkonstellation wäre in der Praxis bspw für größere Konzerne mit einer eigenen Marketingabteilung denkbar; aber auch für kleinere Unternehmen, die ohne professionelle Marketingstrategie oder diesbez Kenntnisse zB Werbe-E-Mails selbst gestalten und versenden oder potentielle Kunden direkt per Telefon ansprechen.

⁷⁵ Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 49 EGV, Rn 7.

E. Dienstleistung und Annex: die Rechtsprechung

1. Direktwerbung per se ist Dienstleistung

Die erste Fallgestaltung zeigt deutlich den klassischen Fall einer Dienstleistung iSd Art 49 ff EGV. Fragliche Werbedienstleistungen sind unschwer als solche zu qualifizieren, eben bei Vorliegen der „übrigen Voraussetzungen“, wie zuvor erörtert. Somit werden sich Erbringer von Dienstleistungen der kommerziellen Kommunikationsbranche - die Anbieter (in concreto Direktmarketingfirmen) - in aller Regel auf die Freiheit der Dienstleistungserbringung iSd Art 49 ff EGV berufen können. Hauptkriterium bzw -hürde hierbei wird wohl am häufigsten der grenzüberschreitende Bezug sein.

Geschützt ist aber auch die Empfangsfreiheit, sodass sich die Nutzer kommerzieller Kommunikation ebenso unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit wehren können.

Die zweite „klassische Dienstleistung“ liegt in Form der Ausstrahlung der kommerziellen Kommunikation durch die Träger vor. Wieder wird es primär am grenzüberschreitenden Bezug liegen, ob sie wirklich den Art 49 ff EGV unterliegt. Bez der Entgeltlichkeit sprach der EuGH in der Rs Bond van Adverteerders aus, dass es nicht darauf ankommt, ob das Entgelt vom Dienstleistungsempfänger oder von einem Dritten bezahlt wurde. Art 50 EGV verlange nicht, dass die Dienstleistung von demjenigen bezahlt wird, dem sie zugute kommt.⁷⁶

Die Besonderheit dieser „Mediendienstleistung“ liegt darin, dass sie sowohl für die Anbieter als auch für die Nutzer von Interesse ist, somit erbracht wird. Solange Entgeltlichkeit besteht, kommt es wie gesagt nicht darauf an, ob und von wem das Entgelt im Einzelfall entrichtet wurde. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, in welchem Umfang sich Anbieter und Nutzer auf die Dienstleistungsfreiheit in Form der Dienstleistungsempfangsfreiheit bei allgemeinen medialen Beschränkungen oder auf ein Medium bezogene Werbebeschränkungen berufen können. Von Interesse wäre dies, wenn sich bei den verschiedenen Dienstleistungen unterschiedliche Handlungsspielräume der MS auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben würden.

⁷⁶ EuGH 26.04.1988, Rs 352/85, Bond van Adverteerders, Slg 1988, 2085, Rn 16.

2. Die Problematik der zweiten Fallgestaltung

Bei der zweiten Fallgestaltung - dem „zweipoligen Verhältnis“ - liegt das Problem der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des Dienstleistungsbegriffes vor, obwohl es sich zweifelsohne um eine wirtschaftliche Leistung handelt. Der Inhalt bzw die wesentlichen Elemente der Leistung selbst bleiben unberührt, sodass es sich im Kern um dieselbe wirtschaftliche Leistung handelt - einmal dem Dienstleistungsbegriff unterliegend, einmal, nämlich bei der zweiten Variante, (scheinbar) nicht.

a) Die Entgeltlichkeit der Dienstleistung

Bei erneuter näherer Betrachtung dieser Tatbestandsmerkmale, insb des Entgeltlichkeitsbegriffs, könnte folgende Überlegung angestellt werden:

N erbringt die Werbeleistung für sich selbst, eine unmittelbare Gegenleistung des Leistungsempfänger scheidet also von vorneherein aus. Allenfalls könnte die Einbeziehung der Werbungskosten in den Produktpreis und die Umwälzung auf den Kunden als Entgeltlichkeit angesehen werden. Nachteil dieser Lösung ist, dass die wirkliche geldwerte Gegenleistung erst nachträglich mit dem Absatz des Produkts, in dem die Werbungskosten einkalkuliert sind, entrichtet würde und dies nur in den Fällen, in denen eine Geschäftsbeziehung über das beworbene Produkt zustande kommt. Dh die Entgeltlichkeit und somit der Schutz der Dienstleistungsfreiheit würde genau genommen nicht bei allen potentiellen, sondern nur bei den Verbrauchern entstehen, mit denen ein entgeltlicher Vertrag zustande kommt: keine befriedigende Lösung. Die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit muss vielmehr ex ante schon beurteilt werden können.

In diesem Sinne entschied auch der EuGH in der Rs Alpine Investments⁷⁷. So hängt die

„Geltung der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr ... nicht vom Vorhandensein einer Beziehung zwischen einem Leistungserbringer und einem bestimmten Leistungsempfänger ab. Artikel 59 des Vertrages [nunmehr Art 49 EGV] ist deshalb dahin auszulegen, daß er für telefonische Dienstleistungsangebote gilt, die ein Leistungserbringer in anderen Mitgliedstaaten ansässigen potentiellen Leistungsempfängern macht. ...

⁷⁷ EuGH 10. 05. 1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-1141, Leitsatz 1.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der freie Dienstleistungsverkehr illusorisch würde, wenn nationale Regelungen das Anbieten von Dienstleistungen nach Belieben behindern könnten. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr kann demnach nicht von der vorherigen Existenz eines bestimmten Empfängers abhängig gemacht werden.“

Auf die Entgeltlichkeit wird darüber hinaus nicht näher eingegangen. Auch GA Jacobs beschäftigt sich in seinem Schlussantrag⁷⁸ zu diesem Urteil im Rahmen der ersten Frage (Anwendbarkeit des Art 49 EGV) nicht mit diesem Tatbestandsmerkmal, sondern ausschließlich mit dem Erfordernis der Grenzüberschreitung.

Viel intensiver beschäftigt sich bspw GA Sir Gordon Slynn in seinem Schlussantrag zur Rs Humbel und Edel⁷⁹ mit dem Merkmal der Entgeltlichkeit. Dabei ging es um die Frage, ob eine staatliche Bildungsleistung - wenn auch gegen Gebühr - unter die Dienstleistungsfreiheit fällt. Das wirkliche Kriterium sei, ob die Dienstleistungen als Teil einer wirtschaftlichen Tätigkeit erbracht werden. Er verwendete auch die Begriffe "gewerblich" und "beruflich".

Dies würde bedeuten, dass bei elektronischer Direktwerbung Entgeltlichkeit (verstanden als unmittelbare wirtschaftliche Gegenleistung, auch von Dritten) und vorübergehende Ausübung wegfallen würden und im Wesentlichen nur mehr eine weit interpretierte Grenzüberschreitung und ein gewisser „thematischer“ Konnex zur Wirtschaft erforderlich wären.

b) Dienstleistung für sich selbst?

Problematisch ist somit gar nicht das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit, sondern mehr der Umstand, dass die Dienstleistung keinen wirklichen Empfänger hat, sondern eben A und N dieselbe „Person“ darstellen.

Fraglich ist, ob überhaupt ein Empfänger notwendig ist. Art 49 Abs 1 EGV spricht sehr abstrakt von „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“ und auch in der Rs Alpine Investments hängt die Anwendbarkeit der Art 49 ff EGV nicht vom Vorherigen Bestehen einer Beziehung zwischen einem Leistungserbringer und einem

⁷⁸ Schlussanträge des GA Jacobs 26.01.1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-1141, Rn 25 ff.

⁷⁹ Schlussanträge GA Slynn 15.03.1988, Rs 263/86, Humbel und Edel, Slg 1988, 5365.

bestimmten Leistungsempfänger ab. Dass nicht von vorneherein ein bestimmter Leistungsempfänger vorhanden sein muss, heißt umgekehrt aber nicht, dass gar kein Empfänger nötig ist.

c) Parallelität zur Warenverkehrsfreiheit

Fokussiert man den Blick auf das Produkt Dienstleistung selber, wäre die Lösung in Anlehnung an die Bestimmungen über den Warenverkehr zu sehen, nach dessen Art 23 f EGV Waren geschützt sind, die sich im Unionsgebiet im freien Verkehr befinden, unabhängig von einer konkreten Sender-Empfänger-Konstellation. Angelehnt an den Warenbegriff wäre die Dienstleistung grob gesagt eine unkörperliche Leistung, die einen wirtschaftlichen Wert und einen „thematischen“ Konnex zur Wirtschaft hat. Dies wäre wohl ein weiterer Schritt zur produktbezogenen Ausgestaltung des Dienstleistungsbegriffs: die Abstraktion von der Person des Dienstleistenden, das Abgehen von der Notwendigkeit der Existenz eines Empfängers und somit die weitere Annäherung zur Warenverkehrsfreiheit.

Um solche Leistungen wie staatliche Bildung, die ohne Zweifel einen wirtschaftlichen „Geldwert“ haben, weiterhin ausscheiden zu können, ist eben zusätzlich der Konnex zur Wirtschaft notwendig.

Sämtliche Leistungen der kommerziellen Kommunikationsbranche wären somit unabhängig von der konkreten Sender-Empfänger-Fallkonstellation unter den Dienstleistungsbegriff subsumierbar. Das personale Element wäre nur mehr dahingehend relevant, um zu bestimmen, wann sich eine Dienstleistung „im freien Verkehr“ befindet.

3. Der Annex: Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit

Nach stRsp des EuGH fallen Werbebeschränkungen je nach Art des beworbenen Produkts unter die jeweilige Grundfreiheit. Auf dieser Rsp fußt der zweite Punkt der Unterscheidung in Dienstleistung per se einerseits und Annex andererseits, nämlich dass kommerzielle Kommunikation in Bezug auf Waren und Dienstleistungen als

Annex der Verkehrsfreiheit des eigentlichen Produktes ebenfalls den einschlägigen Bestimmungen unterliegt.⁸⁰

Die folgende Standarderwägung des EuGH aus der Rs Oosthoek kann stellvertretend für die diesbezügliche Rsp stehen:⁸¹

„15 Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann - obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar regelt - geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, dass der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.“

Werbebeschränkungen sind also im Sinne der Dassonville-Formel⁸² geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beschränken, da sie das Einfuhrvolumen verringern und höhere Kosten für die Werbetreibenden verursachen können.

Seit dem Urteil in der Rs Keck und Mithouard⁸³ muss dies - zumindest für den Bereich des Warenverkehrs - noch modifiziert werden. Seit dieser Entscheidung wird in der Warenverkehrsfreiheit weiter unterschieden zwischen produktbezogenen und vertriebsbezogenen Beschränkungen. Letztere sind als Verkaufsmodalitäten, wenn sie rechtlich wie tatsächlich in- und ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleich berühren, aus dem Tatbestand des Art 28 EGV ausgenommen; der Tatbestand wurde eingeschränkt. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil sie erst auf der Rechtfertigungsebene stattfindet, entfällt.

Hat nun die Werbung, die einem Verbot oÄ unterliegt, eine enge körperliche Verbindung mit der Ware selbst (wie zB in der Rs Mars⁸⁴), handelt es sich um eine produktbezogene Beschränkung. Es entstehen zusätzliche Kosten in Bezug auf die

⁸⁰ EuGH 15.12.1982, Rs C-286/81, Oosthoek, Slg 1982, 4575; EuGH 07.03.1990, Rs C-362/88 GB-INNO-BM, Slg 1990, I-667; EuGH 25.07.1991, Rs C-1/90 und C-176/90, Aragonesa, Slg 1991, I-4151; EuGH 18.05.1993, Rs C-126/91, Yves-Rocher, Slg 1993, I-2361; EuGH 10.05.1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-01141.

⁸¹ EuGH 15.12.1982, Rs C-286/81, Oosthoek, Slg 1982, 4575.

⁸² EuGH 11.07.1974, Rs 8/74, Dassonville, Slg 1974, 837.

⁸³ EuGH 24.11.1993, Rs C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg 1993, I-6131.

⁸⁴ EuGH 06.07.1995, Rs C-470/93, Mars, Slg 1995, I-1923.

Aufmachung des Produkts selbst. Allgemein höhere Werbekosten, die nicht mit dem Produkt zusammenhängen, fallen aus dem Tatbestand des Art 28 EGV heraus.⁸⁵

4. Die Problematik der „Versperrung des Marktzugangs“ bzw der faktischen Diskriminierung

Einschränkungen der Keck-Formel ergeben sich dadurch, dass es sich eben um rechtlich wie faktisch gleich behandelnde Maßnahmen handeln muss. Umgekehrt formuliert fallen direkte wie indirekte Diskriminierungen wie zuvor unter die weite Dassonville-Formel. Manche sehen auch im Nichtvorliegen einer „Versperrung des Marktzugangs“ eine weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Keck-Formel.⁸⁶ Jedoch ist dieses Kriterium in der Keck-Formel als Ergebnis formuliert, deren Voraussetzung einzig die Nichtdiskriminierung ist, andererseits ist es aber durchaus hilfreich bei der schwierigen Abgrenzung der gleich behandelnden Beschränkung zur faktischen Diskriminierung: so „sei nicht auszuschließen“, dass sich eine weitgehende Werbebeschränkung bzw ein Werbeverbot wie in den Rs De Agostini oder Alpine Investments, auch wenn gleich auf in- wie ausländische Marktteilnehmer angewandt, stärker auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten auswirkt.⁸⁷ Durch die Versperrung des Marktzuganges entsteht eine faktische Diskriminierung und als Resultat die Nichtanwendbarkeit der Keck-Formel.

5. Übertragung der Keck-Rsp?

Umstritten ist insb die Übertragbarkeit der Keck-Formel auf die Dienstleistungsfreiheit.⁸⁸ Der EuGH hat sich dazu noch nicht ausdrücklich geäußert. Manche wollen gerade die Nichtanwendung der Keck-Rsp in der Rs Alpine Investments als Argument für deren Nichtübertragbarkeit sehen.⁸⁹ ME trifft das aber nicht zu, denn der EuGH prüft die Anwendbarkeit der Keck-Formel⁹⁰, kommt dann aber zu dem Schluss, dass das Verbot des Cold Calling erstens vom Heimatstaat und nicht vom Einfuhrstaat iSd Keck-Formel erlassen wurde. Zweitens beeinflusse es

⁸⁵ *Timmermans in Schwarze (Hrsg), Werbung* 26 (29).

⁸⁶ *Timmermans in Schwarze (Hrsg), Werbung*, 26 (30).

⁸⁷ EuGH 09.07.1995, Rs C-34/95 bis C-36/95, De Agostini, Slg 1997, I-3843

⁸⁸ Dafür *Timmermans in Schwarze (Hrsg), Werbung*, 26; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht*, Rn 1516; dagegen *Tiedje/Troberg in Von der Groeben/Schwarze*, *Kommentar*, Art 49 EGV, Rn 103 ff.

⁸⁹ *Kluth in Callies/Ruffert*, *EUV*, Art 49, 50 EGV.

⁹⁰ EuGH 10. 05. 1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-0114,1Rn 32 ff.

unmittelbar den Zugang zum Dienstleistungsmarkt anderer MS (und wirke deswegen faktisch diskriminierend).

ME spricht gerade die Auseinandersetzung mit diesen Argumenten und die nachfolgende Verneinung der Anwendbarkeit der Keck-Formel in diesem konkreten Fall für die prinzipielle Übertragbarkeit dieser Rsp, auch wenn dies bisher nicht ausdrücklich stattgefunden hat. Auch das Postulat der Kongruenz der Grundfreiheiten⁹¹ spricht eindeutig dafür.

Zuzustimmen ist aber der Meinung, dass die Formel wohl der Eigenart und vielfältigen Erscheinungsformen der Dienstleistung Rechnung tragen und dementsprechend adaptiert werden muss.⁹²

F. Verbot der Beschränkung, Diskriminierung

Folge der Anwendbarkeit einer oder beider behandelten Grundfreiheiten ist bekanntlich ein unmittelbar anwendbares Beschränkungsverbot. Es ist Oberbegriff einerseits für ein Diskriminierungsverbot, das direkte rechtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und indirekte faktische Diskriminierungen erfasst. Ebenso beinhalten die Grundfreiheiten ein Beschränkungsverbot iES, dem auch gleich behandelnde Maßnahmen unterliegen. Für den Dienstleistungsverkehr wendet der Gerichtshof folgende Formel an:⁹³

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Artikel 59 EG-Vertrag (nunmehr Art 49 EGV) nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Staat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten -, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“

Die personale Fokussierung ist nicht zu übersehen. Sinngemäß wurde ohnehin folgende Dassonville-Formel auf alle Grundfreiheiten übertragen:

⁹¹ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht, Rn 1357 ff.

⁹² Timmermans in Schwarze (Hrsg), Werbung 26 (34f).

⁹³ EuGH 25.07.1991, Rs C-76/90, Säger/Dennermeyer, Slg 1991, I-4221, Rn 12.

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme kontingentgleicher Wirkung anzusehen.“

Aus den Grundfreiheiten resultiert kein positives subjektives Recht - zB auf Zulassung zu einem bestimmten Markt -, sondern unterliegen entgegenstehende nationale Regelungen und Maßnahmen dem Anwendungsvorrang, dh sie bleiben im konkreten Fall unangewendet. Es wird deshalb vom normvernichtenden Charakter der Grundfreiheiten gesprochen.⁹⁴

G. Rechtfertigung

Auf der Rechtfertigungsebene bestehen für direkte Diskriminierungen nur die im Vertrag ausdrücklich vorhandenen Rechtfertigungsgründe (für die Warenverkehrsfreiheit Art 30 EGV, Dienstleistungsfreiheit Art 46 iVm Art 55 EGV). Für alle anderen Arten von Beschränkungen geschieht die Rechtfertigungsprüfung nach der Cassis-Formel:⁹⁵

„In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung sind Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung eines Erzeugnisses ergeben, hinzunehmen, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“

Auf der Rechtfertigungsebene findet also die schon angesprochene Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Der Katalog der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses ist nicht abschließend, schon die Cassis-Formel nennt jedoch die für dieses Thema wichtigsten, nämlich den Verbraucherschutz und den Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs.

⁹⁴ Kluth in Callies/Ruffert, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 48.

⁹⁵ EuGH 20.02.1979, Rs 120/78, Rewe Zentral, Slg 1979, 649.

H. Kritik

Nutzer, Anbieter und Träger kommerzieller Kommunikation sind durch die Grundfreiheiten des EGV geschützt, wobei sich Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit überschneiden können und man diese, trotz der „Kumulverbotsjudikatur“ des EuGH in anderen Zusammenhängen, parallel geltend machen kann.

Aktuell ist noch die Geltendmachung einer Beschränkung über Art 49 EGV weitreichender, da eine Übertragung der Keck-Rsp noch nicht stattgefunden hat.

Problematisch sind mE die Inkohärenzen, Ausnahmen, die Falljudikatur und der Mangel an eingehenden Begründungen, was die Konstruktion eines „dogmatischen Gerüstes“ erschweren.

III. Direktwerbung und Grundrechte

A. Allgemeines

Für Beschränkungen kommerzieller Kommunikation sind neben den Grundfreiheiten auch die Grundrechte von gewisser Bedeutung. Deshalb soll in diesem Punkt noch ein kurzer Überblick über die einschlägigen Grundrechte gegeben und vor allem auf das Verhältnis von Grundrechten zu Grundfreiheiten eingegangen werden.

Die Union „achtet“ gem Art 6 Abs 2 EUV die Grundrechte. Sie wurden als allgemeine Rechtsgrundsätze aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der MS und der EMRK im Wege der wertenden Rechtsvergleichung durch den EuGH geschaffen. Sie gelten als allgemeine Rechtsgrundsätze (ARG) auf Primärrechtsebene. Ebenfalls Rechtserkenntnisquelle ist die Grundrechte-Charta der EU, die mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon als angehängtes Protokoll nunmehr verbindliche Wirkung erlangen soll.

B. Grundrechtsträger, Grundrechtsadressaten

Die Grundrechte schützen in erster Linie die Unionsbürger und juristische Personen, wenn sie einem MS angehören und die Bestimmung wesensmäßig überhaupt auf juristische Personen anwendbar ist. Ebenfalls geschützt sind drittstaatsangehörige

natürliche und juristische Personen, soweit sie wie Staatsangehörige von MS durch Gemeinschaftsmaßnahmen betroffen sind.⁹⁶

Grundrechtsadressaten sind primär die Organe der EU, nach stRsp aber auch die MS beim Vollzug von Unionsrecht.⁹⁷ Neuerdings scheint der EuGH eine allgemeine Bindung der MS an die Grundrechte der EU anzunehmen.⁹⁸

C. Auflistung der einschlägigen Grundrechte

Von Bedeutung für die Beurteilung von Beschränkungen kommerzieller Kommunikation sind insb die Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Schutz personenbezogener Daten (Art 7 f der Charta der Grundrechte der europäischen Union [GRC]), andererseits die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art 11 GRC), die Berufsausübungsfreiheiten (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten und unternehmerische Freiheit; Art 15 f GRC) und die Eigentumsfreiheit (Art 16 GRC).

Bezüglich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens ist anzumerken, dass Art 7 GRC eng angelehnt ist an Art 8 EMRK⁹⁹ und dieser nicht nur negative Unterlassungspflichten, sondern auch positive Schutzpflichten normiert.¹⁰⁰ Somit stehen den Grundrechten der Meinungsfreiheit, den Berufsfreiheiten und der Eigentumsfreiheit, die gegen Beschränkungen von Direktwerbung per IKT geltend gemacht werden können, Grundrechte gegenüber, die Schutzpflichten der EU und der MS zum Schutz der Verbraucher vor zu aufdringlicher kommerzieller Kommunikation oder der Verwendung, (elektronischen) Speicherung und Verarbeitung ihrer persönlichen Daten normieren. Es wird also eine Interessenabwägung im Einzelfall stattfinden müssen.

Davon zu unterscheiden ist die Drittwirkung der Grundrechte, dh die Frage, ob die Grundrechte unmittelbar auch an Einzelne gerichtet sind und diese verpflichten. Europäische Judikatur zu dieser Frage ist bislang noch nicht vorhanden.¹⁰¹

⁹⁶ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1120 ff.

⁹⁷ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1123 f.

⁹⁸ EuGH 25.03.2004, Rs C-71/02, Karner, Slg 2004, I-3024 ff, Rn 42 u 48 ff.

⁹⁹ *Bernsdorf in Meyer (Hrsg)*, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union² (2006), Art 7 GRC, Rn 1.

¹⁰⁰ *Meyer-Ladewig in Meyer-Ladewig (Hrsg)*, Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention² (2006), Art 8 EMRK, Rn 2; so auch *Bernsdorf in Meyer*, Grundrechte, Art 7.

¹⁰¹ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1127.

D. Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten zueinander

Das Verhältnis von Grundrechten und Grundfreiheiten war bis auf die Tatsache, dass es sich bei beiden um primärrechtliche Garantien handelt, umstritten. Die überwiegende Meinung geht von einer Normkonkurrenz aus, wobei bislang strittig war, ob diese in Richtung eines Vorrangs einer der beiden zu lösen sei. Manche verneinen mit Hinweis auf den unterschiedlichen dogmatischen Wesensgehalt von Grundrechten und Grundfreiheiten, nämlich einerseits supranationale Legitimationsnormen und andererseits transnationale Integrationsnormen, die Möglichkeit einer Konkurrenz wegen des Fehlens einer gemeinsamen Schnittmenge.¹⁰²

Der EuGH hat dazu in der Rs Schmidberger¹⁰³ festgestellt:

„71 Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. ...

73 Daraus folgt, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechters anerkannt werden können, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind. ...

74 Da die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen. ...

78 Hierzu ist zum einen festzustellen, dass der freie Warenverkehr zwar eines der Grundprinzipien des Systems des EG-Vertrags darstellt, dass er aber unter bestimmten Voraussetzungen aus den in Artikel 36 dieses Vertrages aufgezählten Gründen oder aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses... beschränkt werden kann.

79 Zum anderen sind die Grundrechte, um die es im Ausgangsrechtsstreit geht, zwar ausdrücklich durch die EMRK anerkannt und stellen wesentliche Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft dar, doch können... [sie] durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Ausnahmen gesetzlich vorgesehen, von einem oder mehreren nach diesen Bestimmungen berechtigten Zielen getragen und in einer demokratischen Gesellschaft

¹⁰² Kingreen in Callies/Ruffert, EUV, Art 28 EGV, Rn 27.

¹⁰³ EuGH 12.07.2003, Rs C-112/00, Schmidberger, Slg 2003, I-5659.

notwendig sind, d. h. durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Ziel stehen

81 Demgemäß sind die bestehenden Interessen abzuwägen, und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt worden ist.

82 In dieser Hinsicht verfügen die zuständigen Stellen über ein weites Ermessen. Dennoch ist zu prüfen, ob die Beschränkungen, denen der innergemeinschaftliche Handel unterworfen wurde, in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehen, das mit ihnen verfolgt wird, hier dem Schutz der Grundrechte.“

Der EuGH hat diese Frage also iS einer Interessenabwägung im Kollisionsfall entschieden, wobei er den zuständigen Stellen ein weites Ermessen iVm einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zuerkannt hat. Begründet hat er dies damit, dass sowohl Grundfreiheiten wie auch Grundrechte Ausnahmen und Beschränkungsmöglichkeiten beinhalten, sozusagen als „Einfallstor“ für das jeweils andere Rechtsinstitut.

IV. Verbraucherschutz Art 153 EGV

A. Allgemeines

Art 153 EGV (ex-Art 129a EGV) wurde mit dem Vertrag von Maastricht als eigenständige Rechtsgrundlage eingeführt, erfuhr durch den Vertrag von Amsterdam gewisse inhaltliche und terminologische Veränderungen und besteht nun in der aktuellen Fassung in Titel XIV des 3. Teils des EGV. Es handelt sich dementsprechend ebenfalls wie bei den Grundfreiheiten um eine Politik der Gemeinschaft, was eine formale Gleichstellung bedeutet; unbeschadet natürlich des praktischen Gewichts, das den Grundfreiheiten zukommt.

Art 153 EGV ermächtigt nunmehr die EG formal und ausdrücklich zu einer eigenständigen Verbraucherpolitik und konkretisiert das Tätigkeitsfeld „Leistung eines Beitrages zum Verbraucherschutz“ in Art 3 Abs 1 lit t) EGV. Ebenfalls erwähnt

ist der Verbraucherschutz in Art 95 Abs 3 EGV sowie in Art 38 GRC. Subjektive Rechte für den Einzelnen ergeben sich aus diesen Bestimmungen jedoch nicht.¹⁰⁴

B. Der Verbraucherbegriff

Der EGV enthält keine Definition und allgemein kennt das Unionsrecht keinen einheitlichen Verbraucherbegriff, sondern variiert dessen Inhalt je nach Situation bzw Problemlage. Als vorläufige Umschreibung kann der Verbraucher funktional als natürliche Person in seiner Eigenschaft als Abnehmer und Nutzer von gewerblichen Leistungen zum privaten Zweck definiert werden.¹⁰⁵ Der EuGH entwickelte in stRsp das Leitbild des mündigen Durchschnittsverbrauchers, der im Hinblick auf das betreffende Produkt angemessen aufmerksam und kritisch ist. Dies wurde vom Sekundärrecht übernommen.¹⁰⁶

Vor diesem Hintergrund ließ der EuGH im Rahmen seiner Cassis-Rsp Informations- und Aufklärungspflichten als durch das zwingende Erfordernis des Verbraucherschutzes gerechtfertigt zu und hob einschneidendere ms Verbote und Beschränkungen als nicht verhältnismäßig auf.¹⁰⁷

Der Verbraucherschutz hat Binnenmarktrelevanz insofern, als der Verbraucher die passive, „negative“ Seite des Binnenmarktes darstellt. Der Verbraucherbegriff ist also auf die Rolle des Verbrauchers im Binnenmarkt bezogen zu sehen und hat den Zweck, durch Schutz der Rechtsgüter wie der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher deren Vertrauen in den Binnenmarkt zu stärken und ein mündiges Auftreten als „Marktgegenseite“ zu fördern und sicherzustellen. Dementsprechend haben die Organe der EU nach Art 95 Abs 3 EGV auch von einem hohen Verbraucherschutzniveau auszugehen.

¹⁰⁴ Riedel in Meyer, Grundrechte, Art 38, Rn 5 ff.

¹⁰⁵ Wichard in Callies/Ruffert, EUV, Art 153 EGV, Rn 4.

¹⁰⁶ Siehe Kap 3 Pkt III B 2.

¹⁰⁷ Zb EuGH 07.03.1990, Rs C-362/88 GB-INNO-BM, Slg 1990, I-667, Rn 14 ff; EuGH 13.12.1990, Rs C-238/89, Pall/Dahlhausen, Slg 1990, I-4827, Rn 18 ff; EuGH 18.05.1993, C-126/91, Yves Rocher, Slg 1993, I-2361, Rn 16 ff; EuGH 02.02.1994, Rs C-315/92, Clinique, Slg 1994, I-317, Rn 22 f; EuGH 06.07.1995, Rs C-470/93, Mars, Slg 1995, I-1923, Rn 24.

C. Inhalt

1. Ziele, ergänzende Kompetenz

Art 153 Abs 1 EGV enthält als Zielbestimmungen die „Förderung der Interessen der Verbraucher“ und die „Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“. Die Gemeinschaft leistet zu deren Erreichung einen Beitrag in vier Bereichen: dem Schutz der Gesundheit, der (Produkt-)Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie bei der Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen.

Die Formulierung ist eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips nach Art 5 EGV. Die Tätigkeit der Gemeinschaft in diesem Bereich hat nur Ergänzungsfunktion und ist der Politik der MS nachgeordnet. Nach Art 10 Abs 2 EGV dürfen die MS jedoch keine Maßnahmen erlassen, die das Verbraucherschutzniveau der EG senken würden.¹⁰⁸

Nach der Querschnittsklausel des Art 153 Abs 2 EGV muss dem Verbraucherschutz bei Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken lediglich Rechnung getragen werden. Insoweit ist diese Bestimmung deutlich schwächer formuliert als etwa Art 152 EGV (Umweltschutz). Die Gemeinschaft ist somit nicht verpflichtet, den Interessen oder dem Schutz der Verbraucher Vorrang einzuräumen oder in jedem Fall sicherzustellen. Art 153 Abs 2 EGV normiert nur eine - dennoch justitiable - Pflicht zur Abwägung und Berücksichtigung.¹⁰⁹

2. Handlungsformen nach Art 153 Abs 3 EGV

Nach Art 153 Abs 3 EGV leistet die EG einen Beitrag zur Erreichung der Ziele aus Art 153 Abs 1 EGV durch „Maßnahmen“, womit der gesamte Katalog des Art 249 EGV sowie ungekennzeichnete Rechtsakte offen stehen. Diese werden nach dem Verfahren der Mitentscheidung erlassen (Art 153 Abs 4 EGV verweist auf das Verfahren von Art 251 EGV). Zwei Möglichkeiten stehen hierbei offen:

1. Maßnahmen, die im Rahmen der Harmonisierung der Rechtsvorschriften im Binnenmarkt nach Art 95 EGV getroffen werden. Diese Vorschrift ist nur eine Klarstellung, denn die Verpflichtung, ein hohes Verbraucherschutzniveau sicherzustellen, ergibt sich bereits aus Art 95 Abs 3 EGV. Zusätzliche Kompetenzen

¹⁰⁸ Berg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 153 EGV, Rn 12.

¹⁰⁹ Berg in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar, Art 153 EGV, Rn 13 f.

werden ebenfalls nicht geschaffen.¹¹⁰ Jedoch können dadurch weitreichende Maßnahmen getroffen werden. Es muss aber immer noch ein ausreichender Binnenmarktbezug bestehen und es dürfen nicht Verbraucherschutzgesichtspunkte den alleinigen Zweck des Erlasses von Maßnahmen nach Art 95 EGV bilden. Die Verwirklichung der Ziele nach Art 14 EGV muss Hauptzweck sein, dann kann dem Verbraucherschutz durchaus entscheidende Bedeutung zukommen.¹¹¹ Da Art 153 Abs 3 lit a) EGV auf Art 95 EGV verweist, sind ansonsten Harmonisierungsmaßnahmen mit Verbraucherschutz Zwecken nach dessen Regeln zu beurteilen und ist die EG nicht auf einen bloßen Beitrag beschränkt.

2. Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der MS. Art 153 Abs 3 lit b) EGV erlaubt Maßnahmen ohne Binnenmarktbezug, jedoch nur zu genannten Zwecken, dh unter stärkerer Beachtung des Subsidiaritätsprinzips. Jedoch verfügt der Gemeinschaftsgesetzgeber über ein weites Ermessen, wann eine Maßnahme der Unterstützung, Ergänzung oder Überwachung dient. Eine eigenständige und umfassende Verbraucherpolitik oder Harmonisierung ist nach dieser Vorschrift jedenfalls unzulässig.¹¹² Außerdem hindern die nach Art 153 Abs 3 lit b) EGV erlassenen Maßnahmen die MS nach Art 153 Abs 5 EGV nicht, strengere Schutzmaßnahmen zu treffen („Schutzverstärkungsklausel“). Bei Harmonisierungsmaßnahmen nach Art 95 EGV - dh auch nach Art 153 Abs 3 lit a) EGV - besteht diese Möglichkeit nicht.

V. Zwischenergebnis

Direktwerbverbote sind, würden keine einschlägigen Sekundärrechtsakte vorliegen oder sind Sekundärrechtsakte Gegenstand der Überprüfung, im Wesentlichen anhand der dargestellten Primärrechtsbestimmungen zu beurteilen. Natürlich spielen in der Rechtsprechung des EuGH wie auch sonst in der Praxis die Grundfreiheiten die wesentliche Rolle.

¹¹⁰ EuGH 07.03.1996, Rs C-192/94, Rivero, Slg 1996, I-1281, Rn 19.

¹¹¹ *Wichard in Callies/Ruffert*, EUV, Art 153, Rn 15 f.

¹¹² *Berg in Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar, Art 153 EGV, Rn 17 f.

Kapitel 3. Sekundärrechtsakte

I. Grundlagen

A. Überblick über die einschlägigen Rechtsakte

Im Sekundärrecht besteht zur Regelung von Cold Calling, Spam und Werbe-SMS eine Mehrzahl an Rechtsakten. So bestehen materiellrechtliche Regelungen in folgenden Richtlinien:

- Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (sog Fernabsatzrichtlinie, FARL)¹¹³;
- Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation (sog ISDN-Richtlinie, ISDN-RL)¹¹⁴;
- Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (sog E-Commerce-Richtlinie, ECRL)¹¹⁵;
- Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, EK-DSRL)¹¹⁶;
- Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (Finanzdienstleistungs-RL)¹¹⁷;
- Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, UGP-RL)¹¹⁸.

¹¹³ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI 1997 L 144 S19.

¹¹⁴ Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABI 1998 L 24 S1.

¹¹⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI 2000 L 186 S1.

¹¹⁶ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABI 2002 L 201 S37.

¹¹⁷ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABI 2002 L 217 S16.

¹¹⁸ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und

Da einerseits nicht mehr alle dieser RL in Kraft sind - der ISDN-RL wurde durch Art 19 EK-DSRL formell derogiert -, sich die Richtlinien oft weitgehend überlagern und deshalb nicht mehr zur Anwendung kommen oder, wie die Finanzdienstleistungs-RL, für ganz spezielle Wirtschaftszweige wie den sensiblen Finanzdienstleistungssektor gelten, werden vorwiegend die EK-DSRL und die UGP-RL sozusagen als *leges generales* behandelt.

Fragen der Zusammenarbeit der Behörden der einzelnen MS bei Ermittlung und Durchsetzung der materiellrechtlichen Bestimmungen regelt insb die VO 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz¹¹⁹. Diese wird im Anschluss an das „materielle Recht“, also die beiden eben genannten RL behandelt.

Der Einzelfall ist natürlich unter Heranziehung aller potenziell einschlägiger Bestimmungen zu beurteilen. In concreto sind besonders die jeweiligen nationalen Umsetzungsrechtsakte (bei Europarechtskonformität¹²⁰) maßgeblich.

B. Regelungsbereiche, gemeinsame Charakteristika und Unterschiede

1. Ziel und Zweck

Die obige historische Aufzählung zeigt schon, dass sich Regelungen in Sekundärrechtsakten befinden, die ganz unterschiedliche Regelungsbereiche und Finalität aufweisen. Von Ziel und Zweck her einzuordnen sind die Richtlinien bzw deren hier relevante Bestimmungen in die schon im primärrechtlichen Teil behandelten Bereiche „Verbraucherschutz“, „Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs“ und „Schutz der Privatsphäre“. Dies ergibt sich natürlich schon weitgehend aus den jeweiligen Titulierungen. In den Erwägungsgründen der RL wird dies weiter vertieft und spezifiziert. So heißt es bspw in Erwägungsgrund (2) der EK-DSRL:

Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABI 2005 L 149 S22–39.

¹¹⁹ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden ABI 2004 L 364 S1–11.

¹²⁰ Auf das in diesem Zusammenhang hervortretende Problem der unmittelbaren Wirkung von RL und dem folgend dem Anwendungsvorrang kann an dieser Stelle nur verwiesen werden.

„Insbesondere soll mit dieser Richtlinie gewährleistet werden, dass die in den Artikeln 7 und 8 jener Charta [gemeint ist hier die EU-GRC] niedergelegten Rechte uneingeschränkt geachtet werden.“

2. Opt-in- und Opt-out-Prinzip

Gemeinsam ist den RL die Regelungstechnik: Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Cold Calling, Spam und Werbe-SMS hängt regelmäßig und grundsätzlich davon ab, ob der Begünstigte individuell entweder im Vorhinein seine Zustimmung zum Empfang gegeben oder sich gegen den Empfang ausgesprochen hat. Es wird in diesem Zusammenhang vom Opt-in- und Opt-out-Prinzip gesprochen.¹²¹ Das Erfordernis der vorherigen Zustimmung wird als Opt-in bezeichnet, alle unerwünschte Kontaktaufnahme ohne Vorliegen einer Zustimmung ist verboten. Muss der Begünstigte sich aktiv äußern, dass er keine solche Direktwerbung wünscht, besteht eine Opt-out-Regelung. Die Werbemaßnahme ist zulässig, bis sich der Begünstigte dagegen ausspricht. Das Opt-out ist zu vergleichen mit den „Bitte keine Werbung“-Aufklebern, die an Briefkästen angebracht werden können. Für den elektronischen Verkehr per E-Mail bestehen zur Kenntlichmachung, dass keine solche Werbung erwünscht ist, sog „Robinson-Listen“, auf denen sich die Begünstigten eintragen und dadurch dieses Opt-out wahrnehmen können. Mit diesen „Robinson-Listen“ verknüpft ist die Verpflichtung für Nutzer, Anbieter etc von elektronischer Direktwerbung, diese Listen regelmäßig zu konsultieren und eingetragene Personen aus ihren Verteilerlisten zu entfernen.

3. Zunehmende Deliberalisierung

Zur Verwirklichung der genannten Ziele „Verbraucherschutz“, „Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs“ und „Schutz der Privatsphäre“ schlug man ganz unterschiedliche Wege ein. Die historisch älteren RL sind eher gekennzeichnet durch einen liberaleren Ansatz, dh entweder eine einheitliche Anordnung des Opt-out-Prinzips, das mehr Freiheit für die Nutzer, Anbieter etc von elektronischer Direktwerbung bedeutet; oder die RL normierten das Opt-out-Prinzip sozusagen als „kleinsten gemeinsamen Nenner“ und überließen den MS ansonsten die Wahlmöglichkeit zwischen Opt-in und Opt-out oder sahen

¹²¹ Statt aller *Weiler*, Spamming- Wandel des europäischen Rechtsrahmens, MMR 4/2003, 223 (223 ff).

„Schutzverstärkungsklauseln“ vor, die es den MS erlaubte, strengere Schutzvorschriften zu erlassen oder beizubehalten (siehe bspw Art 14 FARL). Dies zeigt, dass man bei Erlassung der ersten RL zu diesem Thema noch nicht die Notwendigkeit einer vollständigen Harmonisierung sah und es bei einer Mindestharmonisierung und den oben genannten Möglichkeiten für jene MS beließ, die traditionell ein höheres Verbraucherschutzniveau aufwiesen.

Diese Richtung der Mindestharmonisierung wurde nunmehr weitgehend verlassen: aus dem Erwägungsgrund (40) der EK-DSRL ergibt sich, dass für den Binnenmarkt ein harmonisierter Ansatz vonnöten ist, „damit für die Unternehmen und die Nutzer [hier iSd Art 2 lit a) EK-DSRL] einfache, gemeinschaftsweite Regeln gelten.“ Die Konsequenz und Effizienz, mit der diese Richtung verfolgt wird, kann durchaus infrage gestellt werden.¹²² Auch wird neuerdings eher das Opt-in-Prinzip bevorzugt, ebenfalls ein Schritt in die Richtung „weniger unternehmerische Freiheit, mehr Privatsphäre und Verbraucherschutz“. Symbolträchtig für die neuere Linie der Kommission ist der Titel der Rede von Kommissar Erkki Liikanen, die er anlässlich einer Pressekonferenz über Spamming im Juli 2003 hielt: „Combating Spam on All Fronts“¹²³.

4. Unterschiedliche Bewertung von Cold Calling, Spam und Werbe-SMS

Nicht nur die RL untereinander unterscheiden sich in der Anwendung bzw Kombination der Opt-in- und Opt-out-Prinzipien je nach Regelungsgebiet und Zielsetzung, auch innerhalb der RL werden das Cold Calling, Spam und Werbe-SMS durchaus wertungsmäßig unterschiedlich behandelt. Zumindest Letztere werden - wie schon eingangs erwähnt - regelmäßig unter dem Begriff „elektronische Post“ zusammengefasst und gemeinsam geregelt.

¹²² Dazu jedoch mehr unten bei den Ausführungen zur EK-DSRL.

¹²³ *Mr Erkki Liikanen*, Member of the European Commission, responsible for Enterprise and the Information Society, Press Conference on Spam Brussels, 15 July 2003, "Combating Spam on All Fronts", SPEECH/03/365.

II. Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

A. Ziel und Zweck

Bei der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, EK-DSRL) handelt es sich um einen von mehreren Rechtsakten, die den Telekommunikationssektor regulieren. Die vorher für diesen Bereich in Geltung stehende ISDN-RL wurde wegen der rasanten Entwicklungen der Märkte und Technologien im Bereich der elektronischen Kommunikationsdienste als Regelungsrahmen nicht mehr ausreichend und aktuell angesehen und durch jene RL ersetzt¹²⁴.

Nach Art 1 Abs 1 EK-DSRL dient sie der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der MS, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie sowie den freien Verkehr dieser Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der Gemeinschaft zu gewährleisten.

B. Verhältnis zur RL 95/46/EG

Gem Art 1 Abs 2 EK-DSRL stellt diese RL eine Ergänzung und Detaillierung der allgemeinen Datenschutz-RL dar¹²⁵; zu dieser ist die EK-DSRL also *lex specialis*. Vielfach wird auf die allgemeine Datenschutz-RL verwiesen: Nach Art 2 EK-DSRL kommen subsidiär die Begriffsbestimmungen der RL 95/46/EG zur Anwendung und Art 15 EK-DSRL erklärt die Ausnahmebestimmung des Art 13 Abs 1 RL 95/46/EG bez der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung, der öffentlichen Sicherheit, der Verhütung, Ermittlung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten (Abs 1 *leg cit*) und die Bestimmungen des 3. Kapitels der RL 95/46/EG über Rechtsbehelfe,

¹²⁴ Erwägungsgrund (4) EK-DSRL, Art 19 EK-DSRL.

¹²⁵ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI 1995 L 281 S31–50.

Haftung und Sanktionen im Hinblick auf subjektive Rechte, die durch die EK-DSRL verliehen werden, für anwendbar (Abs 2 leg cit). Ebenso wird die nach der allgemeinen Datenschutz-RL eingesetzte Datenschutzgruppe für die durch die EK-DSRL geregelten Bereiche für zuständig erklärt (Abs 3 leg cit). Dies macht ein gemeinsames Lesen und Zurückgreifen auf die allgemeine Datenschutz-RL erforderlich.

C. Geltungsbereich

Die EK-DSRL betrifft den Schutz des Rechts auf Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Hinblick auf elektronische Nachrichten unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie. Grundsätzlich werden nur die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen geschützt. Bei juristischen Personen fällt nur der Schutz ihrer berechtigten Interessen in den Geltungsbereich der RL. Eine Verpflichtung der MS, die RL 95/46/EG auf den Schutz der berechtigten Interessen juristischer Personen auszudehnen, entfällt nach Erwägungsgrund (12), wenn dieser im Rahmen der geltenden gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften sichergestellt ist.¹²⁶

D. Art 13 EK-DSRL: Unerbetene Nachrichten

Art 13 EK-DSRL regelt nunmehr die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von unerbetenen Nachrichten für den Bereich der elektronischen Kommunikation. Dieser Artikel war Gegenstand weitreichender Diskussion im Europäischen Parlament und etlicher Änderungsvorschläge während des Rechtsetzungsverfahrens.¹²⁷ Der Begriff „Nachricht“ wird in Art 2 Abs 2 lit d) EK-DSRL definiert als „jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können.“

¹²⁶ *Ohlenburg*, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, MMR 2/2003, 82 (83).

¹²⁷ *Röder-Messell/König in König/Bartosch/Braun (Hrsg)*, EC Competition and Telecommunications Law (2002), 495.

Die Begriffe „elektronisches Kommunikationsnetz“ und „elektronischer Kommunikationsdienst“ wiederum sind in der EK-DSRL selbst nicht definiert, sondern ergeben sich aus dem Verweis in Art 2 Abs 1 EK-DSRL auf die RL 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“)¹²⁸. Demgemäß gelten, soweit nicht anders angegeben ist, deren Begriffsbestimmungen auch für die EK-DSRL.

Der Anwendungsbereich ist im Gegensatz zur ISDN-RL weiter, da mit der EK-DSRL der Schutz der Privatsphäre unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie sichergestellt werden soll. So wird statt des Begriffs „Anrufe“ in Art 12 ISDN-RL der Begriff „Nachricht“ verwendet; dieser umfasst somit nicht mehr nur Sprachnachrichten, sondern technologieneutral jede Art von Information im obigen Sinn. Insbesondere ist der Anwendungsbereich nunmehr neben den Sprachnachrichten auch für die elektronische Post (siehe dazu gleich unten) eröffnet, unter die eben E-Mail und SMS fallen.

1. Art 13 Abs 1 EK-DSRL: Opt-in

Art 13 Abs 1 EK-DSRL enthält kein Verbot schlechthin, sondern das zuvor beschriebene Opt-in-Prinzip: Er macht die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter Kommunikationsmittel und -arten für Zwecke der Direktwerbung von der vorherigen Zustimmung der Teilnehmer abhängig.

In concreto unterliegen diesem Opt-in-Prinzip des Art 13 Abs 1 EK-DSRL die Verwendung automatischer Anrufsysteme (sog Voice-Mail), Faxnachrichten und elektronischer Post.

„Elektronische Post“ wird in Art 2 Abs 2 lit h) EK-DSRL definiert als „jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird.“

Erwägungsgrund (40) EK-DSRL zählt ausdrücklich SMS zur elektronischen Post. Nach Art 2 Abs 1 EK-DSRL iVm Art 2 lit a) und lit d) ist auch das Internet „öffentliches Kommunikationsnetz“. Die Bezugnahme auf das Internet bzw gewisse einschlägige Phänomene in den Erwägungsgründen (6), (24), (25) EK-DSRL etc sprechen ebenso für die Anwendbarkeit der RL auf Aktivitäten, die das Internet betreffen. Andererseits

¹²⁸ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABI 2002 L 108, S33–50.

wird davon gesprochen, dass diese Formen unerbetener Werbenachrichten relativ leicht und preisgünstig zu versenden seien. Die preisgünstigste und leichteste Variante der Versendung unerbetener Werbenachrichten stellt derzeit wohl das Spamming dar. Hinzuzufügen ist, dass die einzelne E-Mail keine oder kaum Kosten bei der Übertragung verursacht, diese Kosten - im Gegensatz zu SMS und Fax - auch nicht von der Distanz oder einer Grenzüberschreitung abhängen und deshalb europa- und weltweit kostengünstig versandt werden können. Deswegen muss auch nach teleologischen Gesichtspunkten eine Subsumption erfolgen; ganz abgesehen von der schon längere Zeit andauernden politischen Aktualität auf europäischer wie internationaler Ebene¹²⁹. Somit fallen Spam-E-Mails und -SMS unter die Regelung des Art 13 Abs 1 EK-DSRL.¹³⁰

Bezüglich der Anforderungen an die vorherige Einwilligung des Teilnehmers stellt Erwägungsgrund (17) EK-DSRL klar, dass die Einwilligung des Nutzers oder Teilnehmers unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt, die selbe Bedeutung hat, wie die in Art 2 lit h) RL 95/46/EG definierte „Einwilligung der betroffenen Person“. Demnach ist eine Willensbekundung in jeder geeigneten Weise zulässig, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und in der der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt. Eine konkludente Einwilligung ist somit ebenfalls zulässig. Ausreichend ist bspw auch das Markieren eines Feldes (Tick-Box) auf einer Internet-Webseite. Nicht aber entsprechen jene Vorkehrungen den Vorgaben der RL, bei denen der Nutzer entweder eine schon im Voraus markierte Tick-Box deaktivieren muss, oder ein solches Feld aktivieren muss, um die Einwilligung nicht zu erteilen.¹³¹ Der Sache nach würde die letztere Variante eher einem Opt-out entsprechen.

Die Begriffe „Nutzer“ und „Teilnehmer“ sind einerseits in Art 2 Abs 2 lit a) EK-DSRL, andererseits in Art 2 lit k) Rahmen-RL definiert. Demnach ist Nutzer jede natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben. Teilnehmer ist demgegenüber jede natürliche oder juristische

¹²⁹ Siehe nur die Mitteilung der Kommission über unerbetene Werbenachrichten (Spam), KOM (2004) 28 endg; Mitteilung der Kommission über die Bekämpfung von Spam, Späh- und Schadsoftware, KOM (2006) 688 endg.

¹³⁰ Weiler, Spamming, MMR 4/2003, 223(228).

¹³¹ Fraiss, Das österreichische Spam-Verbot 2003- Ein (gemeinschafts)rechtlich bedenkliches Kuriosum, RdW 1/2004, 11 (12).

Person, die mit einem Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag über die Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat. Der Unterschied liegt also im persönlichen Anwendungsbereich; mit dem Begriff „Nutzer“ sind nur natürliche Personen erfasst, während der Begriff „Teilnehmer“ jede natürliche oder juristische Person meint. Andererseits ist zur Erfüllung des Teilnehmerbegriffs ein Vertrag mit einem Anbieter öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste erforderlich, was beim „Nutzer“ ausdrücklich nicht gefordert wird. Da Art 13 Abs 1 EK-DSRL den Teilnehmerbegriff verwendet, wären also natürliche wie juristische Personen geschützt. Die oben zu Art 1 EK-DSRL besprochene Einschränkung auf natürliche Personen stellt Art 13 Abs 5 EK-DSRL her, der den Geltungsbereich wieder auf natürliche Personen einschränkt und bez des Schutzes der berechtigten Interessen der juristischen Personen die Zielbestimmung aus Art 1 Abs 2 EK-DSRL dahingehend ausführt, dass die MS im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften für deren ausreichenden Schutz zu sorgen haben.

Auffallend ist weiters, dass ausdrücklich nicht der Verbraucher geschützt ist, sondern „Nutzer“ jede Person ist, die einen öffentlichen Kommunikationsdienst zu privaten oder geschäftlichen Zwecken nutzt. Auch der Teilnehmerbegriff bezieht sich auf die (natürliche oder juristische) Person, ohne bzgl des Zwecks der Nutzung eine eindeutige Aussage zu treffen, aber auch ohne Ausgrenzung der Vertragsschließung zu unternehmerischen Zwecken. Eine Umsetzung, wie sie bspw im österreichischen Telekommunikationsgesetz 2003¹³² (§ 107 Abs 2 TKG 2003 - mittlerweile geändert) noch zu finden war, die auf den Verbraucherbegriff iSd Konsumentenschutzgesetzes¹³³ abstellte, war demnach nicht richtlinienkonform.¹³⁴

Gem dem Erwägungsgrund (40) EK-DSRL sollten die MS „Vorkehrungen“ treffen, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung zu schützen. Den MS verbleibt demnach und gem der Rechtsnatur einer RL die Wahl der Mittel zur Umsetzung und zur Erreichung des Ziels der Bestimmung.

¹³² Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003), BGBl I 2003/70.

¹³³ Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl. Nr. 140/1979 idF BGBl. I Nr. 21/2008.

¹³⁴ So auch *Fraiss*, Spam-Verbot, RdW 1/2004, 11 (14).

2. Art 13 Abs 2 EK-DSRL: Ausnahmeregelung für bestehende Geschäftsbeziehungen

Art 13 Abs 2 EK-DSRL enthält eine Ausnahmeregelung für schon bestehende Kundenbeziehungen. Demgemäß kann eine natürliche oder juristische Person in Abweichung von Art 13 Abs 1 EK-DSRL, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden. Diese Kontaktinformationen müssen jedoch im Einklang mit den Bestimmungen der allg Datenschutz-RL 95/46/EG erlangt worden sein und der Kunde muss die Möglichkeit haben, eine solche Nutzung bei deren Erhebung und bei jeder weiteren Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht schon von vorneherein abgelehnt hat.

Bei Einhaltung der allg Datenschutz-RL 95/46/EG sind insb die Art 6 ff RL 95/46/EG zu beachten, die normieren, dass persönliche Daten nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden dürfen, sachlich richtig sein müssen, nicht länger als erforderlich aufbewahrt werden dürfen (Art 6 RL 95/46/EG, kumulative Voraussetzungen); nur nach Einwilligung, zur Verwirklichung eines berechtigten Interesses oder eines anderen in Art 7 RL 95/46/EG aufgezählten Grundes verarbeitet worden sind. Weiters sind besondere Erfordernisse bei sensiblen Daten wie ethnische Herkunft, Religion oder philosophische Überzeugung etc sowie bestimmte Mindestinformationsrechte zugunsten der betroffenen Person und Auskunftspflichten zulasten dessen, der die Daten verarbeitet, zu beachten.

Da Art 13 Abs 2 EK-DSRL im Gegensatz zu Art 13 Abs 1 EK-DSRL nicht auf bestimmte Kommunikationsmedien abstellt, gilt dieser unabhängig von der verwendeten Technologie.

Aus dem Wortlaut „im Zusammenhang mit dem Verkauf“ wird argumentiert, dass ein konkreter Vertragsabschluss nicht erforderlich sei, vielmehr die bloße Vertragsanbahnung ausreichend ist, um die erlangten persönlichen Daten später für Direktwerbzwecke weiterzuverwenden.¹³⁵

Das eigentliche Spamming, also ein Versenden elektronischer Post an eine Vielzahl von Adressen unabhängig davon, ob eine Kundenbeziehung bestand, wird natürlich

¹³⁵ Ohlenburg, EU-Datenschutzrichtlinie, MMR 2/2003, 82 (84).

von dieser Ausnahmeregelung nicht erfasst¹³⁶ und auch die Vermietung von bzw das Listbroking mit E-Mail-Adressen für Werbezwecke ist dadurch nicht abgedeckt¹³⁷, weil persönliche Kontaktdaten im Einklang mit der Datenschutz-RL 95/46/EG erlangt werden müssen, nach Art 7 lit a) iVm Art 2 lit b) RL 95/46/EG auch eine (jede) Weitergabe der Daten der vorherigen zweifelsfreien Einwilligung der betroffenen Person bedarf, Daten nicht länger als erforderlich aufbewahrt werden dürfen und nur für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwendet werden dürfen.

3. Art 13 Abs 3 EK-DSRL: Wahlmöglichkeit für die MS

Dieser Absatz normiert als Auffangtatbestand für alle anderen möglichen Kommunikationsarten eine Wahlmöglichkeit der MS zwischen dem Opt-in aus Art 13 Abs 1 EK-DSRL und einem Opt-out. Im Rahmen des Art 13 Abs 3 EK-DSRL müssen die MS geeignete Maßnahmen ergreifen, um - gebührenfrei für die Teilnehmer - sicherzustellen, dass unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind. Welche der beiden Optionen gewählt wird, ist wie gesagt Entscheidung des einzelnen MS.

Es bleibt somit weiterhin den MS überlassen, welche Variante für andere Kommunikationsarten außer den in Art 13 Abs 1 EK-DSRL genannten Arten Voice Mail, Fax und elektronische Post (also ua E-Mail und SMS) umgesetzt wird.

Unter diesen Absatz fällt ganz eindeutig auch das unerbetene Kontaktieren per Telefonanruf - das Cold Calling.¹³⁸

4. Kritikpunkte dieser Regelung

a) Grundrechte und Binnenmarkt

Fraglich ist, warum unerbetene Anrufe, die mE weitaus intensiver in die Privatsphäre des Einzelnen eindringen, der weniger restriktiven Regelung des Art 13 Abs 3 EK-DSRL unterliegen. So umstritten dieser Artikel im gesamten Legislativverfahren

¹³⁶ Weiler, Spamming, MMR 4/2003, 223 (227).

¹³⁷ Fraiss, Spam-Verbot, RdW 1/2004, 11 (13).

¹³⁸ so auch Brandl/Wolfbauer, Cold Calling für Finanzdienstleistungen- Reloaded, Ecolex 2004, 222 (224).

gewesen sein mag¹³⁹, diesbezüglich wurde am Vorschlag der Kommission¹⁴⁰ im Verfahren nichts geändert. Aus den Erwägungsgründen (2) und (8) EK-DSRL ergibt sich jedoch, dass die Achtung der Grundrechte - insb der Art 7 und 8 GRC - Ziel der EK-DSRL ist und zu diesem Zweck die Bestimmungen der MS, anders als in den vorherigen RL, vollständig und ohne „Schutzverstärkungsklausel“ harmonisiert werden sollten, um Behinderungen des Binnenmarktes der elektronischen Kommunikation zu beseitigen.

Auch wenn die Intention, automatisierte Kommunikation ohne menschliche Beteiligung restriktiver zu behandeln, eine gewisse Logik in sich trägt und der Kampf gegen das Spamming derzeit hochaktuell sein sollte¹⁴¹, ist im Lichte insb des Art 7 GRC betrachtet die fallende Restriktivität der Regelung der steigenden Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre nicht angepasst und ergibt mE gleichheitsrechtlich problematische Dissonanzen.

Auch von der Seite eines harmonisierten Binnenmarktes her betrachtet wird durch eine solche Wahlmöglichkeit das Ziel, gemeinschaftsweit einheitliche Regelungen zu etablieren, um einerseits Rechtssicherheit für Unternehmer wie Verbraucher zu schaffen und andererseits das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken, weniger zu erreichen sein als mit einer - wenn auch liberaleren (zB einer zwingenden Opt-out) - einheitlichen Lösung. Wahrscheinlich ist aber die Notwendigkeit, die verschiedenen Ansichten der MS auf einen Nenner zu bringen und einen politischen Konsens zu finden, der primäre Grund für dieses Ergebnis.

b) Das Verhältnis der Absätze 1-3 Art 13 EK-DSRL zueinander

Ebenso problematisch erscheint das Verhältnis der Absätze 1-3 Art 13 Abs EK-DSRL. Art 13 Abs 2 EK-DSRL war im ersten Entwurf der Kommission¹⁴² noch nicht vorhanden und wurde erst im weiteren Verlauf des Legislativverfahrens aufgenommen. Warum die Ausnahmeregelung jedoch zwischen beide Verbotstatbestände platziert wurde, ergibt sich weder aus den Materialien noch ist es

¹³⁹ Ohlenburg, EU-Datenschutzrichtlinie, MMR 2/2003, 82 (84)

¹⁴⁰ 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 endg.

¹⁴¹ Mr Erkki Liikanen, "Combating Spam on All Fronts", SPEECH/03/365.

¹⁴² 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 endg.

aus der Logik der systematischen Stellung ersichtlich. Da Art 13 Abs 2 EK-DSRL ausdrücklich nur „ungeachtet des Absatzes 1“ und Art 13 Abs 3 EK-DSRL „außer in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Fällen“ gilt, müsste nach Wortlaut und Stellung der Vorschrift eher davon ausgegangen werden, dass Art 13 Abs 2 EK-DSRL nur als Ausnahme zu Art 13 Abs 1 EK-DSRL vorgesehen ist. Teleologisch gibt es aber keinen Grund, warum die rechtmäßig erlangten persönlichen Daten nur bei der restriktiveren Regelung des Art 13 Abs 1 EK-DSRL weiterverwendet werden dürften, nicht aber bei der Auffangregelung des Art 13 Abs 3 EK-DSRL, die doch das liberalere Regime darstellt. Ausschlaggebend wird wohl Ziel und Zweck der Regelung sein, nachdem rechtmäßig erlangte persönliche Daten verwendet werden dürfen, um für weitere eigene Produkte oder Dienstleistungen zu werben, und zwar unabhängig von der verwendeten Technologie. Die Formulierung und Stellung der Vorschriften ist mE etwas unglücklich gewählt, sodass alle drei Absätze miteinander gelesen werden müssen und dieses Ergebnis von Wortlaut und Systematik her nicht unbedingt zwingend sein muss.

5. Verbot anonymer Nachrichten, Geltungsbereich nach Art 13 Abs 5 EK-DSRL

Nach Art 13 Abs 4 EK-DSRL sind unerbetene elektronische Nachrichten zu Direktwerbezwecken, bei denen die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, „auf jeden Fall verboten“. Das Verhältnis zu Art 13 Abs 2 EK-DSRL stellt sich somit schon von vornherein nicht. Jedoch bezieht sich der Wortlaut nur auf elektronische Nachrichten, was wohl mit dem Begriff „elektronische Post“ gleichgesetzt werden kann.

Art 13 Abs 5 EK-DSRL bestimmt, dass die Verbote aus Art 13 Abs 1 und 3 EK-DSRL für Teilnehmer gelten, die natürliche Personen sind. Die MS tragen jedoch im Rahmen der schon bestehenden gemeinschaftsrechtlichen und ms Rechtsvorschriften dafür Sorge, dass die berechtigten Interessen anderer Teilnehmer als natürlicher Personen (de facto also juristischer Personen) in Bezug auf unerbetene Nachrichten ebenso ausreichend geschützt sind.

E. Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen

Zur Gewährleistung eines umfassenden und effektiven Schutzes der Teilnehmer vor unerbetener Direktwerbung erklärt Art 15 Abs 2 EK-DSRL das Kapitel III der allg Datenschutz-RL 95/46/EG über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen im Hinblick auf innerstaatliche Rechtsvorschriften, die in Umsetzung der EK-DSRL erlassen werden, für anwendbar. So muss nach Art 22 RL 95/46/EG Rechtsschutz vor einem Gericht ermöglicht werden. Erleidet der Teilnehmer darüber hinaus einen Schaden, sieht Art 23 RL 95/46/EG vor, dass von dem für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen Schadenersatz verlangt werden kann und nach Art 24 RL 95/46/EG müssen die MS geeignete und effektive Maßnahmen ergreifen, um die volle Anwendung der EK-DSRL sicherzustellen, insb geeignete und effektive Sanktionen im Falle des Verstoßes gegen die EK-DSRL normieren.¹⁴³

F. Verhältnis zu weiteren einschlägigen RL

1. Verhältnis zur FARL 97/7/EG

Art 10 Abs 1 FARL bestimmt ebenso wie Art 13 Abs 1 EK-DSRL, dass Voice-Mail und Telefax der vorherigen Zustimmung bedürfen, während nach Art 10 Abs 2 FARL alle anderen Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben, nur verwendet werden dürfen, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.

Der Anwendungsbereich der FARL ist enger, weil sie das Verhältnis zwischen Verbrauchern und „Lieferern“ regelt (Art 1 FARL: Geltungsbereich).

Aus Erwägungsgrund (17) FARL ergibt sich jedoch, dass im Hinblick auf die Regelungen der unverlangten Kontaktaufnahme Garantien unberührt bleiben, die dem Verbraucher auf Grund gemeinschaftlicher Regelungen über den Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten zustehen.

Die FARL wird somit in diesem Punkt durch die EK-DSRL verdrängt.¹⁴⁴

¹⁴³ *Fraiss*, Spam-Verbot, RdW 1/2004, 11 (13).

¹⁴⁴ *Weiler*, Spamming, MMR 4/2003, 223 (227 f).

2. Finanzdienstleistungs-RL 2002/65/EG

Die Finanzdienstleistungs-RL normiert ganz parallel mit der FARL für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher in Art 10 Abs 1 Finanzdienstleistungs-RL das Opt-in Prinzip für Voice-Mail und Telefax und in Art 10 Abs 2 Finanzdienstleistungs-RL eine Wahlmöglichkeit zugunsten der MS zwischen Opt-in und Opt-out für andere Fernkommunikationsmittel, die eine individuelle Kommunikation erlauben. Auch diese RL erklärt sich in Erwägungsgrund (26) subsidiär gegenüber zusätzlichen Garantien, die dem Verbraucher aufgrund gemeinschaftlicher Regelungen über den Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten zustehen.¹⁴⁵

3. ECRL 2000/31/EG

Abschnitt 2 ECRL trägt den Titel „kommerzielle Kommunikationen“. Dabei verpflichtet Art 6 ECRL die MS sicherzustellen, dass kommerzielle Kommunikationen, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind, gewissen Informationsansprüchen gerecht werden. Insbesondere müssen solche Nachrichten eindeutig erkennbar und der Auftraggeber klar identifizierbar sein; weitere Erfordernisse sind für verkaufsfördernde Maßnahmen und Gewinnspiele normiert. Art 7 Abs 1 ECRL normiert zusätzlich zu diesen und zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts (verwiesen wird mehrfach ausdrücklich auf die allg Datenschutz-RL und die ISDN-RL), eine Verpflichtung der MS sicherzustellen, dass nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar ist.

Zusätzlich zu diesen Kennzeichnungs- und Informationspflichten müssen nach Abs 2 ECRL Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, die sog „Robinson-Listen“, in die sich natürliche Personen eintragen können, die keine derartigen kommerziellen Kommunikationen erhalten möchten, regelmäßig konsultieren und beachten.

Die ECRL erklärt sich zwar, was unerbetene Nachrichten betrifft, mehrfach subsidiär insb gegenüber der allg Datenschutz und der ISDN-RL (formell derogiert durch die EK-DSRL), normiert aber zusätzliche Pflichten für die Verwender unerbetener Direktwerbung und ist im Anwendungsbereich nicht von vorneherein auf natürliche

¹⁴⁵ Weiler, Spamming, MMR 4/2003, 223 (227 f).

oder juristische Personen oder Verbraucher beschränkt. Jedoch bestehen Einschränkungen bezüglich der verwendeten Technologie: Art 6 ECRL stellt auf kommerzielle Kommunikationen ab, die Bestandteil eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind, und Art 7 ECRL engt weiter ein auf unerbetene elektronische Post.

Der Anwendungsbereich bleibt trotz Subsidiarität, wenn die verwendeten Kommunikationsmittel die vorher genannten Anforderungen erfüllen, grob gesagt für den großen Bereich des B2B bzw die Fälle offen, in denen juristische Personen Empfänger unerbetener Nachrichten sind.

4. Sonstige RL

Als sonstige RL, die materiellrechtliche Regelungen bezüglich unerbetener Nachrichten enthalten, kommen die ISDN-RL und die UGP-RL in Betracht. Wie schon erwähnt wurde der ISDN-RL zur Gänze durch die neue EK-DSRL derogiert. Das Verhältnis der EK-DSRL zur UGP-RL wird im Abschnitt über letztere behandelt.

III. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern

A. Ziel und Zweck

Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (UGP-RL) zielt nach Art 1 UGP-RL darauf ab, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der MS über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung¹⁴⁶, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.

Zielrichtung der UGP-RL ist also nicht wie bei der EK-DSRL die Ausgestaltung und Detaillierung des Schutzes grundrechtlich verbürgter Garantien, sondern Binnenmarkt und Verbraucherschutz; sie bezieht sich dementsprechend auf das

¹⁴⁶ Erwägungsgrund (6) UGP-RL.

Binnenmarktziel nach Art 14 EGV¹⁴⁷ sowie auf Art 153 EGV¹⁴⁸, wonach die Gemeinschaft einen Beitrag zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zu leisten hat.

Da sich die Rechtsvorschriften der MS in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken deutlich voneinander unterscheiden und sich dadurch Verzerrungen und Hemmnisse für den Binnenmarkt ergeben sowie Rechtsunsicherheit bei Unternehmern wie Verbrauchern entsteht, wurde der bisherige Weg, lediglich Mindestkriterien für die Angleichung der diesbezüglichen Rechtsvorschriften festzulegen (wie zB in RL 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung¹⁴⁹), verlassen und durch die UGP-RL ein harmonisierter Ansatz verfolgt, um die Rechtssicherheit zu erhöhen und durch gemeinschaftsweit einheitliche Regelungen grenzüberschreitende Marketing-, Werbe- oder Verkaufskampagnen überhaupt erst möglich zu machen. Ein gemeinschaftsweit gleichmäßiges Schutzniveau soll Verbrauchern Klarheit über ihre Rechte verschaffen und damit grenzüberschreitende Nachfrage erleichtern und forcieren sowie das Vertrauen in den Binnenmarkt stärken.¹⁵⁰

Rechtstechnisch soll dies erreicht werden durch Normierung einer Generalklausel des Verbots unlauterer Geschäftspraktiken, durch die der unübersichtliche „Flickenteppich“¹⁵¹ einer Vielzahl von speziellen, nur enge Bereiche des Lauterkeitsrechts regelnden gemeinschaftsrechtlichen Normen zwar nicht ersetzt werden (weil sich die UGP-RL selbst gegenüber solchen *leges speciales* als subsidiär erklärt¹⁵²), aber zumindest als eine Art Basis ein einheitliches umfassendes Gesamtkonzept erstellt werden soll, das die MS wegen der vollständigen Harmonisierung nun ohne „Schutzverstärkungsmöglichkeit, dh weitgehend gleich ohne Möglichkeit eines neuerlichen nationalen Alleingangs umzusetzen haben. Durch diese Generalklausel werden die in den meisten MS schon bestehenden lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln ersetzt.¹⁵³

¹⁴⁷ Erwägungsgrund (2) UGP-RL.

¹⁴⁸ Erwägungsgrund (1) UGP-RL.

¹⁴⁹ Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl 1984 L 250 S17.

¹⁵⁰ Erwägungsgrund (3) und (4) UGP-RL.

¹⁵¹ *Mäsch*, Europäisches Lauterkeitsrecht - von Gesetzen und Würsten, EuR 2005, 625 (632).

¹⁵² Erwägungsgrund (10) UGP-RL.

¹⁵³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), KOM (2003) 356 endg.

B. Geltungsbereich

1. Business to Consumer

Die UGP-RL erfasst nach Art 3 Abs 1 leg cit unlautere Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern („Business to Consumer“-B2C) vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.

Unmittelbar geschützt sind also nur Verbraucher und nicht auch die ebenfalls durch unlautere Geschäftspraktiken benachteiligten Mitbewerber. Die Lehre von der sog „Schutzzwecktrias“, dh die zumindest in der deutschen wie in der österreichischen Wettbewerbsrechtsdogmatik herrschende Theorie, dass Wettbewerbsrecht auf den Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern sowie der Allgemeinheit gerichtet ist,¹⁵⁴ wird hierbei völlig ignoriert. Dies wird in der Literatur überwiegend scharf kritisiert; ua auch deswegen, weil noch in der RL 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung eben diese Schutzzwecktrias enthalten war.¹⁵⁵ Lauterkeitsrechtlicher Verbraucherschutz und Mitbewerberschutz seien doch zwei Seiten derselben Medaille.¹⁵⁶ Dass diese Trennung nicht nur der Fragmentierung des Rechtsbestands und somit der Rechtsunsicherheit, der eigentlich entgegen gewirkt werden wollte, beiträgt, sondern auch innerhalb der UGP-RL selbst gewisse „Ungereimtheiten“ erzeugt, kann bei Behandlung der Klagelegitimation unter Pkt D einfach gezeigt werden.

Anerkannt wird aber in Erwägungsgrund (8) UGP-RL, dass mittelbar – reflexartig - durch diese RL auch rechtmäßig handelnde Mitbewerber geschützt sind und dass unlautere Geschäftspraktiken auch für Mitbewerber nachteilig sein können, ohne einen Verbraucher unmittelbar zu schädigen; deswegen sollte die Kommission prüfen, ob auf diesem Gebiet ebenfalls ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ist.¹⁵⁷ Dies ist erfreulich, denn - wie schon oben angemerkt - sind Verbraucher- und Konkurrenteninteressen im Wettbewerb wesensmäßig miteinander verknüpft.¹⁵⁸ Bspw schädigt das sklavische Nachahmen von Produkten in erster Linie

¹⁵⁴ *Gamerith*, Der Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken- Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 391 (392 ff).

¹⁵⁵ Erwägungsgrund (6) RL 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung.

¹⁵⁶ *Henning-Bodewig*, Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRUR Int 2004, 188.

¹⁵⁷ Erwägungsgrund (8) UGP-RL.

¹⁵⁸ *Mäsch*, Lauterkeitsrecht, Eur 2005, 625 (638).

den um seine Ideen und Innovationen „bestohlenen“ Mitbewerber, der Verlust an Renditechancen durch Innovation senkt zwangsläufig Investitionen in diesen Bereich, was sich letztlich auch auf den Verbraucher auswirkt; ganz abgesehen von regelmäßig minderer Qualität und Lebensdauer der Plagiate selbst, der Täuschung des Verbrauchers und von der Tatsache, dass dieser das gewünschte Original nicht erhält.

Wegen der bedauernswerten Beschränkungen des Geltungsbereiches auf B2C wird die UGP-RL dem für sie verwendeten Begriff „Rahmenrichtlinie“, der die umfassende Regelung des europäischen Lauterkeitsrechtes verdeutlichen soll,¹⁵⁹ wenig gerecht. Schutzsubjekte dieser RL sind weiters nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, nicht aber Fragen der guten Sitten, des Anstandes oder des guten Geschmacks, ihrer Gesundheit und Sicherheit.¹⁶⁰

2. Begriffsbestimmungen

Den Begriffsbestimmungen des Art 2 UGP-RL zufolge ist „Verbraucher“ jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr zu nichtberuflichen, -gewerblichen oder -handwerklichen Zwecken handelt¹⁶¹, umgekehrt ist „Gewerbetreibender“ jede natürliche oder juristische Person (der Art 3 UGP-RL spricht demgegenüber von „Unternehmer“; dies wird wohl gleichzusetzen sein), die zu gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Zwecken handelt, und jede Person, die in dessen Auftrag handelt.¹⁶²

Die Bezeichnung „Produkt“ umfasst sowohl Waren als auch Dienstleistungen einschließlich Immobilien, Rechte und Verpflichtungen¹⁶³.

„Geschäftspraktik“ ist jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung eines Produktes an Verbraucher zusammenhängt.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 7.

¹⁶⁰ Erwägungsgrund (7) UGP-RL; Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 11 f; siehe auch gleich unten Pkt d) Ausnahmen, Subsidiarität.

¹⁶¹ Art 2 lit a) UGP-RL.

¹⁶² Art 2 lit b) UGP-RL.

¹⁶³ Art 2 lit c) UGP-RL.

¹⁶⁴ Art 2 lit d) UGP-RL.

3. Das „Handelsgeschäft“ als zentrale Schnittstelle

Auffällig ist die zentrale Bedeutung des Begriffs „Handelsgeschäft“ in der Formulierung des Art 3 Abs 1 UGP-RL: Die RL gilt (nur) für unlautere Geschäftspraktiken vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts. Weist eine Geschäftspraxis nicht einen solch engen Bezug zum Vertragsabschluss auf, unterliegt diese nicht der UGP-RL.¹⁶⁵

4. Ausnahmen, Subsidiarität

In der UGP-RL sind mehrere Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich sowie mehrere Subsidiaritätsklauseln normiert: So betrifft diese RL nach Art 3 Abs 2 *leg cit* nicht das Vertragsrecht und insb Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrages und die Zuständigkeit der Gerichte (Art 3 Abs 7 UGP-RL). Art 3 Abs 3 UGP-RL bestimmt, dass Rechtsvorschriften der Gemeinschaft und der MS in Bezug auf Produktsicherheit und produktbezogenem Gesundheitsschutz (siehe Art 153 Abs 1 EGV) unberührt bleiben. Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die spezielle lauterkeitsrechtliche Aspekte regeln, gehen dieser RL vor (Art 3 Abs 4 UGP-RL). Ausdrücklich genannt ist für Letzteres bspw der Finanzdienstleistungssektor, für den wegen der hohen Komplexität der Produkte und des erhöhten Risikos für die Verbraucher die Finanzdienstleistungs-RL erlassen wurde.¹⁶⁶

Ausdrücklich ausgenommen vom Anwendungsbereich ist nach Erwägungsgrund (14) UGP-RL Art 13 Abs 3 EK-DSRL. Damit soll den MS die oben schon beschriebene Wahlmöglichkeit zwischen Opt-in und Opt-out im Bereich der unerbetenen Nachrichten belassen werden, die - wie noch zu klären ist - ebenfalls in den Anwendungsbereich dieser RL fallen, sodass Art 13 Abs 3 EK-DSRL möglicherweise in irgendeiner Form derogieren würde und somit diese Wahlmöglichkeit entfielen. Das weitere Verhältnis der UGP-RL zur EK-DSRL und die Anwendbarkeit der UGP-RL auf unerbetene Nachrichten ist unten in zwei eigenen Abschnitten zu vertiefen.

Die UGP-RL betrifft auch nicht individuelle Klagen von Personen, die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt wurden.¹⁶⁷ Sie gewährt den Verbrauchern

¹⁶⁵ Handig, Neues zur E-Mail-Werbung, *ecolex* 2006, 223 (225).

¹⁶⁶ Erwägungsgrund (10) UGP-RL.

¹⁶⁷ Erwägungsgrund (9) UGP-RL.

nach hA nur kollektiven Rechtsschutz.¹⁶⁸ Den Überlegungen der GD SANCO (Generaldirektion „Santé et Protection des Consommateurs“), doch einen Schadenersatzanspruch zugunsten individueller Verbraucher einzuführen¹⁶⁹, wurde nicht gefolgt.¹⁷⁰

5. „Schutzverstärkungsklauseln“

Trotz aller vorigen Ausführungen zur „Totalharmonisierung“ und zusätzlich zu den Ausnahmen und Subsidiaritätsklauseln ermächtigt die UGP-RL die MS zur eingeschränkten Beibehaltung eines höheren Schutzniveaus im Anwendungsbereich der RL.

Nach Art 3 Abs 5 leg cit können die MS zeitlich begrenzt mit sechs Jahren nach dem 12. Juni 2007 im Anwendungsbereich der RL nationale Vorschriften beibehalten, die restriktiver oder strenger sind als diese RL und zur Umsetzung von anderen RL erlassen wurden, die Klauseln über eine Mindestangleichung enthalten. Diese Maßnahmen müssen jedoch zum Schutz der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken unbedingt erforderlich sein und müssen zur Erreichung dieses Ziels verhältnismäßig sein. Die zeitliche Grenze von sechs Jahren ist im Rahmen der Überprüfung nach Art 18 UGP-RL verlängerbar.

Art 3 Abs 9 UGP-RL normiert ebenfalls die Möglichkeit für die MS, im Rahmen von Finanzdienstleistungen iSd Finanzdienstleistungs-RL im Vergleich strengere oder restriktivere Maßnahmen zu erlassen oder beizubehalten. Die Beschränkung, dass solche Maßnahmen unbedingt erforderlich sein müssen, entfällt bei dieser Bestimmung, was natürlich nicht bedeutet, dass ms Maßnahmen in diesem Bereich nicht mehr der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach allg europarechtlichen Grundsätzen unterzogen werden können.

¹⁶⁸ Statt aller *Gamerith*, Richtlinienvorschlag, WRP 2005, 391 (402 ff).

¹⁶⁹ Mitteilung der Kommission- Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU KOM (2002) 289 endg.

¹⁷⁰ *Gamerith*, Richtlinienvorschlag, WRP 2005, 391 (403 f).

C. Verbotsaufbau und -inhalt

1. Die Generalklausel

Art 5 Abs 1 UGP-RL enthält das schon erwähnte generalklauselhafte Verbot, das durch diese RL normiert wird und formuliert lapidar: „Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.“

Nach Art 5 Abs 2 UGP-RL ist eine Geschäftspraxis dann unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und sie das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers oder - falls sich die Geschäftspraktik vernünftigerweise vorhersehbar für den Gewerbetreibenden auf eine eindeutig identifizierbare Gruppe von Verbrauchern bezieht, die wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig ist - eines Durchschnittsmitgliedes dieser Gruppe¹⁷¹ wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

IVm den Begriffsdefinitionen aus Art 2 UGP-RL, wo auch das Tatbestandsmerkmal der „beruflichen Sorgfalt“ sowie der „wesentlichen Beeinflussung“ definiert ist, ergibt sich Folgendes:

Das erste Tatbestandsmerkmal des Widerspruchs gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt auf Seiten des Unternehmers ist erfüllt, wenn der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, der dem Unternehmer billigerweise und nach Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich zugemutet werden kann, nicht eingehalten wird. Nach den Materialien¹⁷² sollen dem Unternehmer keine positiven Verpflichtungen aufgeladen werden, die er erfüllen müsste, um die Lauterkeit seines Geschäftsgebarens nachzuweisen. Durch eine solche negative Definition der Unlauterkeit iVm einer Unterlassungspflicht des Unternehmers sei mehr Rechtssicherheit gegeben als umgekehrt mit einem positiven Konzept des lautereren Handelns.

Das zweite Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Beeinflussung“ wiederum ist zweigeteilt: einerseits muss die Geschäftspraxis im konkreten Fall eine so erhebliche Wirkung haben, dass sie das Verhalten des Verbrauchers ändert oder zu ändern geeignet ist, und ihn dadurch veranlasst, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er sonst nicht getroffen hätte, und andererseits muss sie diese Wirkung dadurch

¹⁷¹ Siehe Art 5 Abs 3 UGP-RL.

¹⁷² Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 8.

entfalten, dass sie die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, beeinträchtigt.¹⁷³ Diese komplizierte Formulierung in Art 5 Abs 1 lit b) iVm Art 2 lit e) UGP-RL, die in den Art 6 ff leg cit ähnlich wiederholt wird, ist im Wesentlichen dem Art 2 Z 2 IrreführungsRL nachgebildet, der darauf abstellt, ob das Verhalten täuscht bzw schädigt oder dazu nur geeignet ist. Diese „Nachteiligkeitsprüfung“ gilt nun im Bereich der UGP-RL für alle Fälle unlauterer Beeinflussung und hat bisher im engeren Bereich der IrreführungsRL, die wiederholt Gegenstand von Vorabentscheidungen des EuGH war, zu keinen praktischen Schwierigkeiten geführt.¹⁷⁴

Als dritte Komponente wird im Entwurf der Kommission das Verbraucherleitbild des EuGH genannt,¹⁷⁵ der in seiner RSp das Bild des verständigen, mündigen und informierten Verbrauchers entwickelt hat.¹⁷⁶ Dieses Konzept, das den Verbrauchern - anders als bspw das in Österreich vormals vorherrschende Konzept des flüchtigen Verbrauchers, der anfällig für Beeinflussungen ist - relativ viel abverlangt, wird durch Art 5 Abs 3 UGP-RL abgeschwächt. So sind Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Unternehmer vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen und diese aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit als besonders schutzbedürftig erscheint, am Durchschnittsmitglied dieser Verbrauchergruppe zu messen. Davon unberührt bleibt nur die übliche und rechtmäßige Werbepaxis, übertriebene und nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen.

Die Möglichkeit einer Ex-ante-Betrachtung ist gegeben, weil es nicht auf eine tatsächliche Beeinflussung ankommt (was nur ex-post im konkreten Fall und nicht am normativen Durchschnittsverbraucher festgestellt werden kann), sondern die bloße Eignung der Geschäftspraxis, den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu verleiten, ausreichend ist. Erforderlich ist aber jedenfalls eine gewisse Kausalität zwischen der Geschäftspraxis und einem (wenn auch antizipierten potentiellen) Handeln eines Durchschnittsverbrauchers. Die tatsächliche Handlung eines Verbrauchers aufgrund einer Geschäftspraktik hat aber sicherlich Indizwirkung für die Unlauterkeit, dennoch kommt es auf den normativen

¹⁷³ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 15.

¹⁷⁴ *Gamerith*, Richtlinien vorschlag, WRP 2005, 391 (418 f).

¹⁷⁵ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 14.

¹⁷⁶ *Berg in Von der Groeben/Schwarze*, Kommentar, Art 153 EGV, Rn 7 f.

Durchschnittsverbraucher an. Entspricht das Maß an Sorgfalt des konkreten Verbrauchers in der konkreten Situation nicht dem des Durchschnittsverbrauchers, ist, weil die drei Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, die Unlauterkeit der Geschäftspraktik nicht gegeben; es sei denn, es liegen die Voraussetzungen von Art 5 Abs 3 UGP-RL vor.

Diese Generalklausel stellt die erste Stufe oder die Basis einer dreistufigen Unlauterkeitsprüfung dar. Problematisch an dieser ist mE bereits das erste Tatbestandsmerkmal des „Widerspruchs gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht“, weil es sich um einen sehr unbestimmten Begriff handelt. Die Legaldefinition des Art 2 lit h) UGP-RL enthält Ausdrücke wie „anständige Marktgepflogenheiten“, „Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns“ und den „allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben“, die ebenso wenig konkret sind und darüber hinaus in den MS mit ganz unterschiedlichen Wertinhalt und in verschiedenen Zusammenhängen verwendet werden (bspw wird der Grundsatz von Treu und Glauben im spanischen UWG, in Österreich und der BRD jedoch als Auslegungsmaßstab bei vertraglichen Beziehungen verwendet; „berufliche Sorgfalt“ wiederum ist in der österreichischen und deutschen Rechtssprache eher ein Begriff des Schadenersatzrechts). Alle diese Typenbegriffe sind schwer abgrenzbar und erschweren die einheitliche Anwendung.¹⁷⁷ ME „verwischt“ die Definition den Begriff „berufliche Sorgfalt“ durch diese Ansammlung an unbestimmten Begriffen mehr als dass er näher definiert würde. Zumindest werden Maßstäbe genannt, an denen man sich bei der Auslegung zu orientieren hat. Jedenfalls bedarf es wohl einer Konkretisierung durch die rechtliche Beurteilung des EuGH im Wege mehrerer Vorabentscheidungsverfahren (wie bspw beim Konzept des Verbraucherleitbildes), der aber wohl sehr divergierende nationale RSp vorausgehen wird.

2. Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken

a) Allgemeines

Als zweite Stufe normieren die Art 6 ff UGP-RL zwei Kategorien unlauterer Geschäftspraktiken, die der Intention des Rechtsetzers nach typische Arten solcher Praktiken erfassen sollen: irreführende Geschäftspraktiken iSd Art 6 f UGP-RL und

¹⁷⁷ *Gamerith*, Richtlinien vorschlag, WRP 2005, 391 (416 f).

aggressive Geschäftspraktiken iSd Art 8 f UGP-RL. Diese Artikel beinhalten immer noch abstrahierende, jedoch viel konkretere Indikatoren, wann eine Geschäftspraktik irreführend oder aggressiv und damit direkt und ohne Rückgriff auf Art 5 UGP-RL unlauter ist. Diese lassen den MS viel weniger Spielraum in der Umsetzung und Auslegung und versprechen damit eine einheitlichere Anwendung. Nicht zulässig ist aber der Umkehrschluss, dass eine Geschäftspraktik gar nicht der UGP-RL unterliegt, sollte sie nicht als irreführend oder aggressiv einzustufen sein, sondern sie muss immer noch an der Generalklausel des Art 5 UGP-RL gemessen werden.¹⁷⁸

Nach den Materialien kommen dieselben Tatbestandsmerkmale wie bei der Generalklausel in spezifischerer Form zum Tragen:¹⁷⁹ Die Irreführung oder aggressives Verhalten gegen Verbraucher gilt für sich allein schon als wesentliche Beeinflussung des Verbrauchers und nicht mehr als zulässige Einflussnahme und verstößt somit stets gegen das Gebot der beruflichen Sorgfalt. Der Voraussetzung der „Wesentlichkeit“ wird dadurch Rechnung getragen, dass die Geschäftspraxis in ihrer Intensität so beschaffen sein muss, dass sie den Durchschnittsverbraucher zu einer Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Schließlich stellen auch die Art 6 ff UGP-RL auf den Verbraucherbegriff des EuGH ab; modifiziert durch Art 5 Abs 3 leg cit; dh an bestimmte „gefährdetere“ Verbrauchergruppen werden geringere Anforderungen bezüglich ihrer Diskretionsfähigkeit, Skepsis oder dgl gestellt. Umgekehrt ausgedrückt sind im Verhältnis zu diesen Gruppen bestimmte Geschäftspraktiken schneller als „unlauter“ zu qualifizieren.

b) Irreführende Geschäftspraktiken

Die irreführenden Geschäftspraktiken sind unterteilt in irreführende Handlungen (Art 6 UGP-RL) und irreführende Unterlassungen (Art 7 UGP-RL).

Als irreführend gilt demnach eine Geschäftspraxis, wenn sie falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn sie in irgendeiner Art und Weise einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben Verbraucher in einem oder mehreren in Art 6 Abs 1 lit a)- g) UGP-RL genannten Punkten täuscht oder zu täuschen geeignet ist und ihn tatsächlich oder

¹⁷⁸ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 9 f.

¹⁷⁹ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 15 f.

voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

Der Begriff „geschäftliche Entscheidung“, der auch bei den aggressiven Geschäftspraktiken Verwendung findet, wird in Art 2 lit k) UGP-RL (weit) definiert als „jede Entscheidung eines Verbraucher darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen“.

Als Beispiele für „täuschungsrelevante Punkte“ sind beispielhaft zu nennen: Art oder Vorhandensein des Produkts; dessen wesentliche Merkmale, Preis oder Preisnachlässe, Notwendigkeit einer Reparatur; Identität, Vermögen, Befähigungen, Zulassung etc des Unternehmers oder seines Vertreters; Rechte des Verbrauchers.

Nach Art 6 Abs 2 UGP-RL gilt eine Praxis weiters als irreführende Handlung, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte und eines der folgenden Merkmale hinzukommt: Die Praxis birgt in der Art ihrer Vermarktung eine Verwechslungsgefahr mit anderen Produkten, Marken etc (Art 6 Abs 2 lit a) UGP-RL) oder es werden eindeutige nachprüfbare Verpflichtungen nicht eingehalten, die der Unternehmer im Rahmen der Unterzeichnung eines Kodex eingegangen ist, sofern er im Rahmen dieser Praxis darauf hingewiesen hat, dadurch gebunden zu sein (Art 6 Abs 2 lit b) UGP-RL). Die Aufzählung in Art 6 UGP-RL ist nach dem Willen der Normverfasser abschließend (taxativ) zu verstehen,¹⁸⁰ wodurch die Generalklausel einen weiteren Anwendungsbereich erhält.

Der Tatbestand der irreführenden Unterlassung (Art 7 UGP-RL) gilt als erfüllt, wenn im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände und der Beschränkungen des Informationsmediums wesentliche Informationen vorenthalten, verheimlicht, auf unklare oder unverständliche Weise oder verspätet vermittelt werden, die erforderlich sind, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und den Durchschnittsverbraucher dazu bewegen, eine Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Art 7 Abs 3 UGP-RL bestimmt, dass

¹⁸⁰ *Gamerith*, Richtlinienvorschlag, WRP 2005, 391 (422).

Besonderheiten des Kommunikationsmediums und dessen Ausnützen durch den Unternehmer ebenfalls in die Entscheidung, ob wesentliche Informationen unzulässig vorenthalten wurden, als Faktoren miteinfließen. Art 7 Abs 4 UGP-RL enthält eine deskriptive Liste mit Informationen, die jedenfalls als wesentlich gelten und somit vermittelt werden müssen, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben. Schließlich normiert Art 7 Abs 5 UGP-RL, dass im Gemeinschaftsrecht festgelegte Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing, auf die in der nicht erschöpfenden Liste im Anhang II UGP-RL verwiesen wird, ebenfalls wesentliche Informationen sind. Bspw wird in diesem Anhang auf Art 4 und 5 FARL und insb auf Art 5 und 6 ECRL verwiesen. Letztere enthalten allg Informationspflichten sowie spezielle, die auf kommerzielle Kommunikation gerichtet sind. Warum der Verweis nicht auch noch Art 7 ECRL mit einschließt, der Regelungen für nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation - also unerbetene Nachrichten, beschränkt jedoch auf Dienste der Informationsgesellschaft (elektronische Post) - enthält, ist nicht ganz einsichtig.

c) Aggressive Geschäftspraktiken

Die Art 8 f UGP-RL normieren den Tatbestand der „aggressiven Geschäftspraktiken“. Demnach ist eine Geschäftspraktik als aggressiv einzustufen, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände die Fähigkeit eines Durchschnittsverbrauchers eine freie, informierte und rationale Entscheidung zu treffen durch Belästigung, Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt oder durch unzulässige Beeinflussung in Bezug auf ein Produkt erheblich beeinträchtigt wird oder dazu geeignet ist und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich eine geschäftliche Entscheidung trifft, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

Art 9 leg cit normiert Kriterien, anhand derer zu beurteilen ist, ob es sich bei der Geschäftspraktik des Unternehmers um eine der in Art 8 UGP-RL „inkriminierten“ Handlungen handelt. Dabei wird ua abgestellt auf die Intensität, Ort und Dauer der Handlung; drohende oder beleidigende Formulierungen oder Verhaltensweisen; ob der Verbraucher sich in speziellen Unglückssituationen oder sonstigen Situationen befindet, in denen sein Urteilsvermögen beeinträchtigt ist, der Unternehmer sich dessen bewusst ist und dies ausnutzt. In letzterer Formulierung des Art 9 lit c) leg cit sind bei genauer Lesart zwei Verschuldenselemente zu erkennen: erstens muss sich

der Gewerbetreibende über die Unglückssituation des Verbrauchers „bewusst“ sein, zweitens benutzt er diese Schwäche mit dem Ziel (arg „um“), die Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen.

Allgemein wird kritisiert, dass Formulierungen wie „unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles“ oder dgl Gesetzgebungstätigkeit in Wahrheit nur „vorgaukeln“ und es für solche Floskeln nicht unbedingt Rechtsakten aus Brüssel bedarf;¹⁸¹ sehr wahrscheinlich fördern solch unbestimmte Tatbestandsmerkmale die einheitliche Anwendung in den MS nicht.

3. Die „Schwarze Liste“ im Anhang

Die dritte Stufe bildet eine sog „schwarze Liste“ im Anhang der UGP-RL mit ganz konkreten Fällen irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten. Diese Liste gilt einheitlich in allen MS und kann nur durch Änderung dieser RL abgeändert werden.¹⁸² Die aufgeführten Geschäftspraktiken tragen die unwiderlegbare Vermutung in sich, dass sie stets die Entscheidung eines Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflussen, jedenfalls gegen die berufliche Sorgfaltspflicht verstoßen, und sind deshalb mit diesem Ex-ante-Verbot belegt.¹⁸³

An dieser „Blacklist“ wird kritisiert, dass solche Per-se-Verbote im Lichte des Primärrechts verpönt sind und nur gerechtfertigt seien, wenn die Gefahr der Irreführung sehr hoch sei,¹⁸⁴ dass die Auswahl der Geschäftspraktiken, die in diese Liste aufgenommen wurden, eher willkürlich denn als systematische Aufzählung der „schwersten“, häufigsten oder problematischsten „Vergehen“ erscheine, der Unrechtsgehalt der aufgezählten Geschäftspraktiken sehr unterschiedlich und bei manchen die wettbewerbsrechtliche Relevanz stark zu bezweifeln sei. Bspw sei es doch Verbrauchern relativ gleichgültig, ob sich Unternehmer unberechtigterweise als Unterzeichner eines Verhaltenskodex¹⁸⁵ gerieren würden oder nicht.¹⁸⁶

¹⁸¹ *Mäsch*, Lauterkeitsrecht, EuR 2005, 625 (630); in einem anderen Zusammenhang.

¹⁸² Art 5 Abs 5 UGP-RL.

¹⁸³ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 10.

¹⁸⁴ *Gamerith*, Richtlinien vorschlag, WRP 2005, 391 (425).

¹⁸⁵ Pkt 1 Anhang I UGP-RL.

¹⁸⁶ *Henning-Bodewig*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6. 2003 und einer Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7. 2003, GRURInt 2003 926 (926 ff).

D. Rechtsschutz, Rechtsdurchsetzung, Sanktionen

Nach Art 11 UGP-RL haben die MS im Interesse der Verbraucher geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorzusehen, um die Einhaltung der UGP-RL sicherzustellen.

So sollen Personen oder Organisationen, die ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, entweder die Möglichkeit erhalten, in einem gerichtlichen Verfahren und/oder einem Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde gegen unlautere Geschäftspraktiken vorzugehen.¹⁸⁷

Besonders bemerkenswert ist mE, dass Art 11 Abs 1 UAbs 2 UGP-RL ausdrücklich Mitbewerber als Personen erwähnt, die ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung solcher Praktiken haben können und denen dementsprechend ebenfalls Klage- oder Beschwerdebefugnis zukommen soll. Einerseits soll entgegen aller Kritik am Abgehen von der „Schutztrias-Theorie“ und gegen das bewährte System der IrreführungsRL eine Trennlinie zwischen B2C und B2B gezogen werden und damit der Anwendungsbereich der UGP-RL auf das B2C-Verhältnis beschränkt bleiben und individuelle Klagen von Personen, die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt wurden, ausgenommen werden¹⁸⁸, andererseits soll ausdrücklich Mitbewerbern nach Art 11 UGP-RL Aktivlegitimation zuerkannt werden, um die kollektiven Interessen der Verbraucher zu schützen. Die eigenen individuellen Interessen der mittelbar geschädigten Mitbewerber können nur über diesen Umweg, Interessen unmittelbar geschädigter Mitbewerber im harmonisierten Bereich dieser RL gar nicht durchgesetzt werden. Der Kritik von *Mäsch*, die für die Ausarbeitung der einzelnen Richtlinienvorschläge zuständigen Generaldirektionen (im konkreten Fall die GD SANCO) sollten doch ab und zu über ihren eigenen Zuständigkeitsbereich hinausschauen, um kohärente und stimmig in den übrigen Rechtsrahmen einfügbare Rechtsakte zu produzieren¹⁸⁹, ist beizupflichten. Die Vorstellung, dass mittelbar geschädigte Mitbewerber (nach dieser RL) zwar „bei Witterung“ von unlauteren Geschäftspraktiken, die zumindest die Eignung in sich tragen, Verbraucher unmittelbar zu schädigen, wegen eines vorhandenen berechtigten Interesses aktiv klagelegitimiert sein sollen, nicht aber die eigene „Schlechterstellung“ per Unterlassungsklage unterbinden können (zumindest im Rahmen dieser UPG-RL), ist

¹⁸⁷ Art 11 Abs 1 UAbs 2 UGP-RL.

¹⁸⁸ Erwägungsgrund (9) UGP-RL.

¹⁸⁹ *Mäsch*, Lauterkeitsrecht, Eur 2005, 625 (639 ff).

doch sehr befremdlich. Positiv ist, dass überhaupt eine Klagelegitimation im harmonisierten Bereich der RL besteht und ausdrücklich angeführt wird, und natürlich bietet das nationale Recht die fehlende Klagelegitimation „in eigener Sache“ und gleicht dadurch diese Unstimmigkeit aus.

Bei Durchführung dieser Bestimmung haben die MS wie üblich die Wahl, welche der Varianten - also ein Verfahren vor Gerichten, Verwaltungsbehörden oder eine Mischform - innerstaatlich umgesetzt wird. Ausdrücklich kann auch ein vorgeschaltetes Verfahren vor einer anderen bestehenden Einrichtung zur Regelung von Beschwerden (bspw vor einer Schlichtungsstelle) vorgeschrieben werden. Rechtsschutz muss jedoch unabhängig davon gewährt werden, ob die Verbraucher sich im Hoheitsgebiet des MS, in dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, oder in einem anderen MS befinden.¹⁹⁰

Sache des innerstaatlichen Rechts ist weiters, ob solche Rechtsbehelfe getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors gerichtet werden können und ob sie sich auch gegen Urheber von Verhaltenskodices richten können, wenn der Kodex zur Nichteinhaltung rechtlicher Vorschriften beiträgt.¹⁹¹

Die MS sind verpflichtet, den zuständigen Stellen die geeigneten Instrumente in die Hand zu geben, um unter Berücksichtigung aller betroffenen Interessen, insb auch dem öffentliche Interesse, wirksam die Einstellung oder bei Gefahr einer bevorstehenden Anwendung die Unterlassung unlauterer Geschäftspraktiken anzuordnen oder ein diesbezügliches gerichtliches Verfahren einzuleiten. Weder ein tatsächlicher Verlust, Schaden noch ein Verschuldenselement (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist erforderlich.¹⁹² Auch ein beschleunigtes Verfahren mit - nach Wahl des MS - vorläufiger oder endgültiger Wirkung muss vorgesehen werden.¹⁹³

Nach Art 11 Abs 2 UAbs 3 UGP-RL können die MS vorsehen, dass die zuständige Stelle die Befugnis zur Anordnung der vollständigen oder auszugsweisen Veröffentlichung in angemessener Form und/oder der Veröffentlichung einer berichtigenden Erklärung erhält.

Art 11 Abs 3 UGP-RL normiert Anforderungen an die Zusammensetzung der Verwaltungsbehörde, damit deren Unparteilichkeit nicht in Zweifel gezogen werden

¹⁹⁰ Art 11 Abs 1 UAbs 3 UGP-RL.

¹⁹¹ Art 11 Abs 1 UAbs 4 UGP-RL.

¹⁹² Art 11 Abs 2 UAbs 1 UGP-RL.

¹⁹³ Art 11 Abs 2 UAbs 2 UGP-RL.

kann sowie, dass diese über ausreichende Befugnisse zur wirksamen Überwachung und Durchsetzung ihrer Entscheidung verfügen und sie ihre Entscheidungen in der Regel begründen muss. Falls ausschließlich Verwaltungsbehörden Befugnisse nach Art 11 Abs 2 UGP-RL ausüben, sind Entscheidungen immer zu begründen; in diesem Fall muss eine Überprüfungsmöglichkeit vor einem Gericht bestehen.¹⁹⁴

Art 12 UGP-RL enthält eine Beweislastumkehr: Demnach muss die zuständige Stelle (außer im gerichtlichen Strafverfahren) vom Unternehmer den Beweis der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen, die im Zusammenhang mit der beanstandeten Geschäftspraxis stehen, verlangen können, wenn dies nach einer Abwägung aller berechtigter Interessen angemessen erscheint, und im Falle des Misslingen des Beweises die Tatsachenbehauptung als unrichtig anzusehen.

Nach Art 13 UGP-RL sind von den MS wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser RL und geeignete Maßnahmen vorzusehen, um deren Durchsetzung sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten müssen demnach die Wirksamkeit der Richtlinie in Übereinstimmung mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-68/88 Kommission gegen Griechenland¹⁹⁵ sicherstellen.

Nach den Materialien sollten diese Bestimmungen keine weiteren Umsetzungsmaßnahmen erfordern, da die Durchsetzungsbestimmungen dieser RL die einschlägigen Bestimmungen mehrerer anderer RL (insb der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung idF der RL 97/55/EG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung) wiedergeben und somit eine Ausdehnung auf den Anwendungsbereich dieser RL ausreichend sein sollte.¹⁹⁶

E. Anwendbarkeit auf unerbetene Nachrichten

1. Anwendungsbereich

Bei der konkreten Prüfung, ob und inwiefern die RL auf das Versenden von unerbetenen Nachrichten einschlägig ist, sind nach den Bestimmungen über den Anwendungsbereich und dessen zahlreichen Ausnahmen die drei Stufen des Verbotes - in umgekehrter Reihenfolge - zu prüfen.

¹⁹⁴ Art 11 Abs 3 UAbs 2 UGP-RL.

¹⁹⁵ EuGH 21.09.1989, Rs C-68/88, Kommission gegen Griechenland, Slg 1989, 2965.

¹⁹⁶ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 19.

Erstens sind nur Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern von der UGP-RL erfasst. Nach Art 2 lit d) ist eine Geschäftspraktik im B2C-Bereich jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung sowie ausdrücklich jede kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an Verbraucher zusammenhängt. Dh unerbetene Nachrichten stellen grundsätzlich, unabhängig vom verwendeten Medium und der Kommunikationsform, - wenn im B2C-Verhältnis versendet - eine Geschäftspraxis iS dieser RL dar. Die UGP-RL ist anwendbar, wenn keine Ausnahme oder Subsidiaritätsanordnung greift.¹⁹⁷

Für die Beurteilung der (Un-)Lauterkeit solcher Nachrichten sind wie erwähnt die drei Stufen in umgekehrter Reihenfolge zu prüfen.

2. Stufe 1: Black List

Nach Pkt 26 der schwarzen Liste ist - unbeschadet der allg Datenschutz-RL und der EK-DSRL - (nur) das hartnäckige und unerwünschte Werben von Kunden durch Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien, außer in den Fällen und Grenzen, in denen ein solches Verhalten gerechtfertigt ist, um vertragliche Verpflichtungen durchzusetzen, mit einem Per-se-Verbot belegt.

Dagegen wird vorgebracht, dass nach der EK-DSRL schon die erstmalige unerbetene Nachricht unzulässig sei und das Merkmal der Entscheidungsbeeinflussung nicht wirklich passe, weil es mehr um den Schutz der Privatsphäre¹⁹⁸ gehe. Überhaupt wird sehr bedauert, dass es die Kommission neuerlich verpasst habe, das Regelungswirrwarr von EK-DSRL, ECRL, FernabsatzRL usw durch eine klare Regelung zu ersetzen, und stattdessen eine neue Teilregelung hinzugefügt habe, die neuerliche Abgrenzungsprobleme aufwerfe.¹⁹⁹

Diesbezüglich ist die unterschiedliche Bewertung mE schon begründet, da die verschiedenen RL ganz unterschiedliche Zielrichtungen (Schutz der Privatsphäre, Verbraucherschutz, Binnenmarkt, Regulierung des elektronischen Geschäftsverkehrs

¹⁹⁷ Ebenso für E-Mail: *Handig*, E-Mail-Werbung, *ecolex* 2006, 223 (224).

¹⁹⁸ *Hecker*, Geschäftspraktiken, *WRP* 2006, 640 (644).

¹⁹⁹ *Henning-Bodewig*, Geschäftspraktiken, *GRURInt* 2004, 193.

etc) haben und mit dieser schwarze Liste von Per-se-Verboten - ob die Auswahl nun glücklich ist oder nicht - ein Raster aufgestellt wird, um lauterkeitsrechtlich höchst problematischen Verhaltensweisen einheitlich in allen MS vorzubeugen (zumindest sollte dies mE das Ziel einer solchen Liste sein).

Auf dieser Stufe nicht von Bedeutung ist das Merkmal der Entscheidungsbeeinflussung, das erst bei der weiteren Prüfung Schwierigkeiten bereitet. Hier ist nur von Bedeutung, was unter „hartnäckigem Ansprechen“ zu verstehen ist. Auf den ersten Blick dürfte damit eine besondere Frequenz und Dauer gemeint sein. Da dieser Pkt 26 auf der schwarzen Liste unter den „aggressiven Geschäftspraktiken“ angeführt ist, müssten zur Konkretisierung auch die Merkmale aus Art 9 UGP-RL herangezogen werden können (hermeneutischer Zirkel²⁰⁰), wozu eben auch Umstände wie Zeit, Art und Dauer (lit a), die Ausnutzung einer Unglückssituation (lit c) gehören sowie inhaltliche Kriterien wie beleidigende oder drohende Formulierungen (lit b). Da es sich um Per-se-Verbote handelt, muss natürlich qualitativ oder quantitativ mehr verlangt werden, als auf der nächsten Prüfungsstufe, zu deren Beurteilung diese Kriterien an sich vorhanden sind. Nach Meinung von *Hecker*²⁰¹ kann schon die erstmalige Werbung bei Verstoß gegen Art 13 EK-DSRL (oder anderer einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen) ohne weiteres als unlauter verboten werden; auch wegen des Vorrangs, den die UGP-RL spezielleren Normen (insb der EK-DSRL²⁰²) einräumt. Jedoch begründet ein Verstoß gegen die EK-DSRL oder sonstiger Rechtsbruch keine Präjudizwirkung für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung²⁰³ nach der UGP-RL und schon gar nicht für die Per-se-Verbote. Dies kann auch mit der Anordnung des „unberührt bleibens“ von Art 13 EK-DSRL in Erwägungsgrund (14) UGP-RL nicht gemeint sein. Vielmehr ist an dieser Stelle mE die Rede davon, dass den MS die Wahl zwischen Opt-in- und Opt-out-System vollumfänglich iSd Art 13 EK-DSRL belassen werden sollte, nicht von einer Präjudizwirkung auf die UGP-RL.

ME ist die Frage der „Hartnäckigkeit“ im Auslegungsweg unter Zugrundelegung insb der Kriterien des Art 9 UGP-RL, aber auch der Generalklausel des Art 5 leg cit zu ermitteln, wobei natürlich ein bewusstes - wenn auch erstmaliges - Ignorieren bspw

²⁰⁰ *Köhler/Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz*²⁶ (2008) , Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, Rn 4.

²⁰¹ *Hecker, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken...*, WRP 2006, 640 (644).

²⁰² Erwägungsgrund (14) UGP-RL.

²⁰³ *Handig, E-Mail-Werbung, ecolex* 2006, 223 (224).

eines Robinsonvermerkes durch den Unternehmer eine gewisse Hartnäckigkeit darstellen kann. Ob dies allein schon ausreicht, die Unlauterkeit der Geschäftspraktik nach Pkt 26 auszulösen, möchte ich jedoch bezweifeln.

3. Stufe 2: irreführende und aggressive Geschäftspraktiken

Auf der zweiten Stufe ist die sog „Nachteiligkeitsprüfung“ der zentrale Punkt. Eine Geschäftspraktik, die entweder (zumindest) zu täuschen geeignet ist, tatsächlich wesentliche Informationen vorenthält oder geeignet ist, die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit erheblich zu beeinträchtigen und dadurch zumindest potentiell ein für den jeweiligen Durchschnittsverbraucher nachteiliges Verhalten zu veranlassen, ist nach den Art 6 ff UGP-RL verboten.

Da das hartnäckige Ansprechen über Fernkommunikationsmittel in die Sparte der aggressiven Geschäftspraktiken eingegliedert ist, müssten logischerweise weniger „hartnäckig“ in die Privatsphäre eindringende Werbenachrichten den Art 8 f UGP-RL und insb dem Tatbestandsmerkmal der „Belästigung“ unterzuordnen sein. Wie schon erörtert, sind hier insb die Kriterien des Art 9 leg cit zur Konkretisierung heranzuziehen. Diese sind qualitative bzw quantitative Merkmale, die trotz des Wortlauts nicht zur Abgrenzung der Begriffe „Belästigung“, „Nötigung“ und „unzulässige Beeinflussung“ dienen. Vielmehr helfen sie zur Beurteilung der Beeinflussungsintensität, die jede an sich zulässige Geschäftspraxis im Einzelfall zu einer aggressiven gem Art 8 leg cit werden lässt. Art 9 UGP-RL ist demnach nicht als definitorische Norm für die Frage anzusehen, ob eine der drei genannten Formen einer aggressiven Geschäftspraktik vorliegt, sondern ob die Intensität der Geschäftspraktik so erheblich ist, dass sie die Eignung in sich trägt, den Verbraucher voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.²⁰⁴

Diese Erheblichkeit oder Wesentlichkeit in Form der Eignung zur Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers ist auf dieser zweiten und in weiterer Folge auch auf der dritten Stufe der Prüfung ein zentrales Element.

Hier kommt der mehrfach in der Literatur kritisierte Aspekt zum Tragen, dass das Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Beeinflussung“ bei unerbetenen

²⁰⁴ Hecker, Geschäftspraktiken, WRP 2006, 640 (641).

Werbemitteilungen nicht wirklich passe.²⁰⁵ Diese könnten kaum eine solche Beeinflussungswirkung in sich tragen. Es gehe mehr um die Belästigung, den Eingriff in die Privatsphäre an sich, der sich der Einzelne aber leicht durch Löschen der Nachricht oder Trennen der Telefonverbindung entziehen könne.²⁰⁶ Die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit werde durch diese Nachrichten wenig beeinträchtigt, ein psychischer „Kaufzwang“ sei schwer vorstellbar. Anders bspw bei der nach Pkt 25 Anhang I UGP-RL verbotenen Haustürwerbung, die ebenfalls der „Belästigung“ nach Art 8 UGP-RL untergeordnet werden kann.²⁰⁷ Dort ist der Verbraucher direkt in seiner unmittelbaren Privatsphäre mit dem Werbenden konfrontiert, die Anonymität des elektronischen Verkehrs nicht gegeben und letzte Möglichkeit, sich der Situation zu entziehen, wenn der Unternehmer sich durch verbale Aufforderung nicht zum Gehen bewegen lässt, ist der aktive „Hinauswurf“ oder aber der Abschluss des beworbenen Vertrags.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass beim Cold Calling die Beeinflussungswirkung schon in erhöhtem Maße vorhanden ist, weil man zumindest akustisch mit einer realen Person verbunden ist und der Kunde mit Tricks davon abgehalten werden kann, das Gespräch einseitig zu beenden, ohne unhöflich zu sein. Auch Werbe-SMS können leicht zu unüberlegten Vertragsabschlüssen verleiten („überrumpeln“), wenn man bspw auf eine solche zur Annahme des Angebots nur eine kurze Antwort-SMS mit dem Wort „Ja“ senden muss. Wegen der weithin bekannten Spam-E-Mail-Problematik ist die Mehrheit der Nutzer wohl schon vor den Gefahren dieses Mediums gewarnt, sodass mehr die Belästigung denn die Überrumpelungsgefahr im Vordergrund steht.

Jedenfalls ist nicht befriedigend, dass hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über solche Medien nach Pkt 26 Anhang I UGP-RL jedenfalls unlauter sein soll, ein nicht hartnäckiges Ansprechen aber überhaupt nicht erfasst wird, weil bei der weiteren Prüfung auf den Stufen zwei und drei ein Tatbestandsmerkmal „nicht ganz passt“. Dies widerspricht auch der Intention der Kommission, die erklärtermaßen den Umkehrschluss als nicht zulässig ansieht.²⁰⁸ Irgendwie scheint es, als sollte ohne Rücksicht auf die sonstige Systematik und die Tatbestandserfordernisse der UGP-RL

²⁰⁵ Hecker, Geschäftspraktiken, WRP 2006, 640 (644).

²⁰⁶ Handig, E-Mail-Werbung, *ecolex* 2006, 223 (225).

²⁰⁷ Hecker, Geschäftspraktiken, WRP 2006, 640 (644 f)

²⁰⁸ Vorschlag für eine RL über unlautere Geschäftspraktiken, KOM (2003) 356 endg, 9 f; auch wenn dort auf das Verhältnis zwischen Stufe 1 und 2 Bezug genommen wird, sollte man doch von einer wertungsmäßigen Homogenität ausgehen.

die lauterkeitsrechtliche Relevanz unerbetener kommerzieller Nachrichten klargestellt werden.

Auf Seiten der irreführenden Geschäftspraktiken stellen neben dem Täuschungsverbot und dem allgemeinen Verbot des Vorenthaltens wesentlicher Informationen Art 7 Abs 5 UGP-RL iVm Art 5 und 6 ECRL²⁰⁹ für elektronische Werbenachrichten Informationserfordernisse auf, nämlich insb dass die kommerzielle Nachricht klar als solche erkannt werden kann und der Auftraggeber dieser Nachricht klar identifizierbar sein muss. Diese gelten als wesentlich iSd Art 7 UGP-RL ohne die Notwendigkeit der weiteren Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Wegen des Anwendungsbereiches der ECRL nur auf Dienste der Informationsgesellschaft sind unerbetene Anrufe (Cold Calling) von dieser Bestimmung nicht erfasst.²¹⁰ Weitere ausdrückliche Mindestinformationspflichten gelten im Falle der Aufforderung zum Kauf (im untechnischen Sinn, dh einem konkreten Anbot und nicht einer invitatio ad offerendum) nach Art 7 Abs 5 UGP-RL. Ansonsten ist im Einzelfall „unter Berücksichtigung aller Umstände“ zu bestimmen, ob eine Werbenachricht zu täuschen geeignet ist oder welche Informationen als wesentlich anzusehen sind, um dem Durchschnittsverbraucher eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, was eine Beurteilung schwierig macht.

Jedenfalls muss der Durchschnittsverbraucher gerade durch die täuschenden Angaben, die vorenthaltenen wesentlichen Informationen oder die erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit zumindest potentiell beeinflusst werden. Es ist also Kausalität erforderlich und es besteht ein gewisser Konnex zwischen der Geschäftspraxis und dem potentiellen Verhalten des Verbrauchers. Auf Stufe zwei der Prüfung sind also bei strikter Anwendung der Tatbestandsmerkmale unerbetene kommerzielle Mitteilungen nur schwer subsumptionsfähig.

²⁰⁹ Siehe Anhang II UGP-RL.

²¹⁰ Nach Art 2 lit a) ECRL sind „Dienste der Informationsgesellschaft“ Dienste im Sinne von Art 1 Ziff 2 RL 98/34/EG idF RL 98/48/EG. Art 1 Ziff 2 RL 98/34/EG idF RL 98/48/EG verweist jedoch unter anderem auf die demonstrative Auflistung in Anhang V, wo ausdrücklich Sprachtelefonie (Ziff 2 lit a) und Direktmarketing per Telefon/Telefax (Ziff 2 lit f) ausgenommen sind.

4. Stufe 3: Generalklausel

Auch bei der Generalklausel des Art 5 UGP-RL zeigt sich ein ähnliches Bild. Neben der Verletzung der Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht (Art 5 Abs 2 lit a) UGP-RL) ist die Beeinflussungseignung (Art 5 Abs 2 lit b) UGP-RL) zweites zentrales Moment, was wiederum bezüglich der Anwendbarkeit auf unerbetene Nachrichten problematisch ist.

Nach der Definition des Art 2 lit d) UGP-RL sind durch diese Auffangklausel alle Arten von Handlungen, also nicht nur irreführende oder aggressive, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an Verbraucher zusammenhängen, erfasst. So können auch solche Praktiken, die ursprünglich vorrangig durch die (nunmehr nicht in Kraft getretenen) VerkaufsförderungsVO²¹¹ geregelt werden sollten, lauterkeitsrechtlich erfasst werden. Zu denken wäre bspw an Gewinnspiele, Gewinnversprechen, Zugaben etc. Diese verkaufsfördernden Maßnahmen sind weder als irreführend noch als aggressiv zu bezeichnen. Auf Stufe zwei wäre auch eine Subsumtion unter den Tatbestand der „unzulässigen Beeinflussung“ in Frage gekommen. Nach der Definition in Art 2 lit j) UGP-RL ist dafür aber das Ausnutzen einer Machtposition erforderlich, was bei verkaufsfördernden Massnahmen auch bei sehr weiter Interpretation nicht der Fall ist, sodass diese nicht an Art 8 UGP-RL, sondern „nur“ an der Generalklausel gemessen werden können.²¹²

Zumindest bei solchen Formen der Direktwerbung ist das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Beeinflussung weniger problematisch, da diese ganz regelmäßig darauf abzielen, das Verbraucherverhalten in irgendeine Weise zu beeinflussen. So werden bspw bei der Gewinnspielkoppelung die Verbraucher durch die Aussicht auf den Gewinn hoher Geld- oder Sachpreise in erheblichem Maße von einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Produkt abgelenkt; ab einer bestimmten Werthaltigkeit der Gewinne wird der Kaufpreis (zB bei Zeitungen) sogar nur noch als Einsatz für die Beteiligung am Gewinnspiel gesehen.²¹³

Im Lichte der Homogenität der UGP-RL und der Rechtssicherheit wäre es vorteilhaft, würde diese RL ein einheitliches Regime für alle Arten von unerbetenen Nachrichten

²¹¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001) 546 endg; Zurückgezogen durch: Mitteilung der Kommission- Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden KOM (2005) 462 endg.

²¹² Hecker, Geschäftspraktiken, WRP 2006, 640 (642).

²¹³ Hecker, Geschäftspraktiken, WRP 2006, 640 (642 f).

- unabhängig von „allen Umständen des Einzelfalls“ und von ihrem konkreten Inhalt - aufstellen. Deshalb ist fraglich, ob im Rahmen von Art 5 UGP-RL nicht eine umfassende Interessenabwägung unter Einbeziehung der beiden Tatbestandsmerkmale die bessere Lösung wäre. Dabei könnte die Beeinflussungswirkung oder die Geeignetheit dazu in dem Maße vernachlässigt werden, je mehr die Geschäftspraktik den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht. Anders gesagt: je „rechtswidriger“ die Geschäftspraktik an sich ist, desto weniger maßgeblich ist das potentielle Verhalten der Verbraucher, weil es für sich genommen die Eignung in hohem Maße in sich trägt, die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher zu schädigen, und deshalb gegen die berufliche Sorgfalt verstößt.

Zur Veranschaulichung kann das Beispiel aus der Einleitung verwendet werden: Ein reines Werbe-SMS wird über eine Mehrwertnummer versendet. Bei dessen Öffnung fallen aufgrund des Versandes über eine solche Mehrwertnummer und ohne vorherige Warnung Gebühren von mehreren Euro pro einzelner SMS („Event“) an. Die Öffnung ist in den meisten Fällen notwendig, da eine dem E-Mail-Verkehr entsprechende Betreff-Zeile bei der Mehrzahl der Mobiltelefone (oder überhaupt?) noch nicht vorhanden ist. Unabhängig davon, ob schon eine (nicht verlangte) Dienstleistung in Form eines Klingeltones oder einer animierten Bilddatei und unabhängig von ihrem weiteren Inhalt (mit dem bspw zum Abschluss eines Abos oder zur Inanspruchnahme von „weiteren“ Dienstleistungen aufgefordert wird) und von der Beeinflussungseignung, die wohl eher gering ist oder gänzlich verneint werden kann, werden die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher durch die vergleichsweise hohe Gebühr beeinträchtigt. Als erstmalige (oder vielleicht auch wiederholte) Nachricht muss sie ebenfalls noch nicht unter Pkt 26 Anhang I UGP-RL fallen. Trotzdem widerspricht dies in hohem Maße dem Standard an Sorgfalt, den der Gewerbetreibende billigerweise gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden hat. Eine solche Praktik kann durchaus schon strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, kann aber kaum - wegen der fehlenden Beeinflussungseignung - unter Art 5 UGP-RL subsumiert werden.

Anders aber, wenn man Art 5 Abs 2 lit a) und lit b) UGP-RL im Wege einer umfassenden Interessensabwägung kombinieren würde. Schließlich sollten durch diese RL die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln der MS abschließend, dh ohne

Abweichungs- oder „Schutzverstärkungsmöglichkeit“ (mit Ausnahme der Sechsjahres-Frist von Art 3 Abs 5 und Abs 9 UGP-RL), harmonisiert werden. Ein lauterkeitsrechtlicher „Sanktus“ kann nicht Absicht und Ziel des Rechtsetzers gewesen sein.

F. Verhältnis zur EK-DSRL

Bezüglich des Verhältnisses von UGP-RL und EK-DSRL wurde schon mehrfach erwähnt, dass die UGP-RL ausdrücklich spezifischeren Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, den Vorrang einräumt.²¹⁴ Ebenso lässt sie das bestehende Gemeinschaftsrecht unberührt, das den MS ausdrücklich die Wahl zwischen mehreren Regelungsoptionen für den Verbraucherschutz auf dem Gebiet der Geschäftspraktiken lässt, und bezieht sich insbesondere auf Art 13 Abs 3 EK-DSRL, der den MS - wie schon eingehend behandelt - die Wahl lässt zwischen dem Opt-in- und Opt-out-Prinzip hinsichtlich unerbetener Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung mit anderen Formen als automatischen Anrufsystemen, Faxgeräten oder elektronischer Post; also insb unerbetenen Telefonanrufen.²¹⁵

Wegen der unterschiedlichen Schutzrichtung der beiden RL: Schutz der Privatsphäre einerseits und der kollektiven wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bzw der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs andererseits, sind dennoch beide RL unabhängig voneinander und, ohne gegenseitig ein bestimmtes Ergebnis zu präjudizieren, auf denselben Sachverhalt anwendbar; vorausgesetzt, der Sachverhalt liegt in der Schnittmenge des gemeinsamen Anwendungsbereiches, betrifft also insb ein B2C-Verhältnis.

Ansonsten tritt die UGP-RL lediglich bei derselben Schutzrichtung, also der Regelung unlauterer Geschäftspraktiken und Ansiedlung eines Sachverhalts in der Schnittmenge beider Anwendungsbereiche aufgrund der Subsidiaritätsanweisung des Erwägungsgrundes (10) UGP-RL in den Hintergrund.

²¹⁴ Erwägungsgrund (10) UGP-RL.

²¹⁵ Erwägungsgrund (14) UGP-RL.

IV. Verordnung (EG) 2006/2004 über die Zusammenarbeit der Behörden der MS im Verbraucherschutz

A. Ziel und Zweck

Nach den Materialien²¹⁶ erfordert das wirksame Funktionieren des Binnenmarktes eine erheblich verbesserte Durchsetzung der Rechtsvorschriften zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bei grenzüberschreitenden Transaktionen. Für Unternehmer bestehen im Binnenmarkt weitreichende Möglichkeiten, sich den Verbraucherschutznormen der einzelnen MS durch Wahl und Verlagerung der Niederlassung, Rechtswahl undgl zu entziehen. Dies untergräbt das Vertrauen der Verbraucher, führt zu Wettbewerbsverzerrungen zuungunsten rechtstreuer Unternehmer und behindert das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes; dies alles forciert durch die immer weiter zunehmende Nutzung der Möglichkeiten des Internet und die zur Zeit der Erlassung der VO anstehende Osterweiterung. Deswegen wurde auf formalrechtlicher Seite zur wirksamen und effizienteren Durchsetzung der auf europäischer Ebene erlassenen Verbraucherschutzrechtsakte die VO 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (nunmehr ZVVO) verabschiedet.

Mit der ZVVO wurde ein EU-weites System der Amtshilfe zwischen öffentlichen Behörden der MS zum Schutz der kollektiven Interessen der Verbraucher geschaffen. Die von den MS zu nominierenden Behörden sind mit bestimmten gemeinsamen Mindestbefugnissen zur Untersuchung und zur Durchsetzung der Einstellung vermeintlicher Verstöße ausgestattet und zur Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch entweder auf Ersuchen einer Behörde eines anderen MS oder von Amts wegen verpflichtet.

Nach Art 2 ZVVO regelt diese VO die Bedingungen, unter denen die zuständigen Behörden der MS, die als verantwortlich nominiert wurden, miteinander und mit der Kommission zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und der Sicherstellung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts zusammenarbeiten.

²¹⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), KOM (2003) 443 endg.

Für Österreich ergab sich durch die ZVVO eine neue Situation im Bereich des Verbraucherschutzes, weil staatliche (Verwaltungs-)Behörden als zuständig zur Durchsetzung von Verbraucherrecht benannt werden mussten. Dies entspricht der Situation in der Mehrzahl der MS, während in Österreich (wie auch in Deutschland, Luxemburg und in den Niederlanden) Verstößen gegen Verbraucherschutznormen privatrechtlich durch klagebefugte Verbände begegnet wird.²¹⁷ Diese spielen zwar nach Erwägungsgrund (14) ZVVO eine große Rolle bei der Aufklärung und dem Schutz der Interessen der Verbraucher und können nach Art 4 Abs 2 ZVVO auch als Stelle benannt werden, die ein legitimes Interesse an der Einstellung oder dem Verbot innergemeinschaftlicher Verstöße hat, woraus sich die Möglichkeit der Delegation bestimmter Aufgaben von der zuständigen Behörde an solche Stellen nach Art 8 Abs 3 *leg cit* ergibt; darüber hinausgehende Befugnisse werden den Verbänden nach dieser VO aber nicht verliehen, insb dürfen keine vertraulichen Informationen an diese Stellen weitergegeben werden.²¹⁸

B. Geltungsbereich

Die Bestimmungen über die Amtshilfe in den Kap II und III gelten nach Art 2 Abs 1 iVm Art 3 lit a) und b) ZVVO für innergemeinschaftliche Verstöße gegen die im Anhang der VO aufgeführten Rechtsakte bzw deren innerstaatliche Umsetzungen. Die einleitenden Bestimmungen (Kap I), die Bestimmungen über die Gemeinschaftstätigkeiten und Schlussbestimmungen (Kap IV und V) sind (*arg e contrario*) ohne diese Einschränkung in allen ihren Teilen unmittelbar verbindlich und gelten nach Art 22 *leg cit* ein Jahr früher als die Bestimmungen der Kap II und III. Dies deswegen, weil die Kap I, IV und V allgemeine Bestimmungen und insb Aufgaben der Gemeinschaft betreffen, die iW keiner Umsetzung durch die MS bedürfen; die Kommission spricht hierbei von der Förderung des Austausches von „Besten Praktiken“ (Best Practice), das neben der Zusammenarbeit zwischen den Behörden der MS das zweite Standbein dieser VO bildet.²¹⁹ Dieser Aspekt der ZVVO soll in diesem Kontext nicht weiter behandelt werden.

²¹⁷ *Podbelsek*, Überblick über die neue Behördenkooperation gemäss dem VBGK, ÖJZ 2007/66, 765 (766).

²¹⁸ *Podbelsek*, Überblick, ÖJZ 2007/66, 765 (768).

²¹⁹ Vorschlag für eine Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, KOM (2003) 443 endg, 6+11.

Die weite Definition des „innergemeinschaftlichen Verstoßes“ beinhaltet nach Art 3 lit b) leg cit jede Handlung oder Unterlassung, die gegen die genannten Gesetze verstößt und (zumindest) geeignet ist, die Kollektivinteressen von Verbrauchern zu schädigen, die in einem oder mehreren anderen MS ansässig sind als dem bzw denen, wo die Handlung oder Unterlassung ihren Ursprung hatte oder stattfand oder in dem der verantwortliche Unternehmer niedergelassen ist oder in dem sich Beweismittel oder Vermögensgegenstände betreffend die Handlung oder Unterlassung (vermutlich) befinden.

Nach Art 3 lit k) leg cit sind unter „Kollektivinteressen der Verbraucher“ die Interessen mehrerer Verbraucher, die durch einen Verstoß geschädigt worden sind oder geschädigt werden können, zu verstehen. Dh ein innergemeinschaftlicher Verstoß muss sich auf die Interessen der Allgemeinheit der Verbraucher des betroffenen Verkehrskreises mit diesem zuvor beschriebenen grenzüberschreitenden Bezug nachteilig auswirken, bspw bei der Werbung eines Unternehmens über eine Homepage, dem Versenden von Spam-Mails oÄ. Nach *Podbelsek* sollen vereinzelte Verstöße aus dem Anwendungsbereich der VO ausgenommen sein, weil sie grundsätzlich nicht geeignet sind, die Kollektivinteressen der Verbraucher zu beeinträchtigen.²²⁰ ME sollte aber nicht nur auf die Anzahl der Verstöße abgestellt werden. Gerade am Bsp der Internet-Werbung eines Unternehmens auf einer Homepage kann gezeigt werden, dass ein solcher Werbeauftritt, auch wenn er einmalig stattfindet und die Homepage nach kurzer Zeit wieder aus dem Internet genommen wird, durchaus geeignet ist, eine Vielzahl von Verbrauchern zu erreichen, und somit schon geeignet ist, die Kollektivinteressen der Verbraucher zu beeinträchtigen. Natürlich hat die Häufigkeit von Verstößen oder Verbraucherbeschwerden eine Indizwirkung für das Vorliegen der Beeinträchtigung von Kollektivinteressen der Verbraucher.

Jedenfalls aber ist die Durchsetzung individueller Leistungsansprüche von Verbrauchern bei Verstößen nicht Gegenstand dieser VO und deren Vorschriften haben auch keine drittschützende Wirkung.²²¹

Art 2 Abs 2-7 leg cit enthält eine Auflistung zahlreicher Ausnahmen und Vorrangklauseln. Demnach lässt die ZVVO folgende Normen unberührt: gemeinschaftliche Regeln über die Zuständigkeit der Gerichte und das anwendbare

²²⁰ *Podbelsek*, Überblick, ÖJZ 2007/66, 765 (766f).

²²¹ *Gumpoltsberger*, Auskunftsbegehren nach dem VBKG, *ecolex* 2007, 71.

Recht; Regeln über die Durchführung von Maßnahmen im Bereich der zivil- und strafrechtlichen Zusammenarbeit sowie die Tätigkeit des Europäischen Justiziellen Netzes; die RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen²²²; gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum Binnenmarkt, insb zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr; Fernsehdienstleistungen; gegenüber weitergehenden bi- oder multilateraler Abkommen der MS in diesem Bereich gilt die ZVVO nur subsidiär.

C. Überblick über den Inhalt und Systematik der ZVVO

1. Zentrale Verbindungsstelle, zuständige Behörden

Nach Art 4 Abs 1 ZVVO hat jeder MS eine zentrale Verbindungsstelle und eine oder mehrere zuständige Behörden zu benennen, die für die Anwendung dieser VO verantwortlich sind, und der Kommission mitzuteilen. Diese veröffentlicht und aktualisiert das Verzeichnis der zentralen Verbindungsstellen und öffentlichen Behörden im ABI der EU.²²³ Nach den Materialien können schon bestehenden Behörden die Verantwortlichkeiten und Befugnisse übertragen werden, um Synergieeffekte zu nutzen.²²⁴ Die MS können weiters andere Behörden sowie Stellen benennen, die gem Art 8 Abs 3 *leg cit* ein legitimes Interesse an der Bekämpfung von Verstößen gegen Verbraucherschutznormen haben.²²⁵

Die zentrale Verbindungsstelle hat primär die Aufgabe, die einlangenden ausländischen Ersuchen an die jeweils zuständige inländische Behörde und die von inländischen zuständigen Behörden hinausgehenden Ersuchen an die jeweilige ausländische zentrale Verbindungsstelle weiterzuleiten bzw die Anwendung der VO zu koordinieren.²²⁶

Die gemeinsamen Mindestbefugnisse im Bereich Ermittlung und Durchsetzung stehen ausschließlich den zuständigen Behörden zu.²²⁷ Diese können ihre Befugnisse entweder unmittelbar in eigener Verantwortung, unter Aufsicht der Justiz

²²² Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABI 1998 L 166 S 51–55.

²²³ Art 5 ZVVO.

²²⁴ Vorschlag für eine Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, KOM (2003) 443 endg, 9 f.

²²⁵ Art 4 Abs 2 ZVVO.

²²⁶ *Podbelsek*, Überblick, ÖJZ 2007/66, 765 (767).

²²⁷ Art 4 Abs 3 ZVVO.

oder im Wege eines Antrags an die Gerichte ausüben. Bei Letzterem sind die Gerichte für die Erlassung der erforderlichen Entscheidungen zuständig.²²⁸

Die zuständigen Behörden sind verpflichtet, die beruflichen Standards und Verhaltensregeln, insb was den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die Einhaltung der Rechts auf ein faires Verfahren und die Wahrung der Vertraulichkeit und des Berufsgeheimnisses betrifft, einzuhalten.²²⁹

2. Mindestbefugnisse der zuständigen Behörden

Art 4 Abs 6 ZVVO listet die Mindestbefugnisse auf, über die die zuständigen Behörden verfügen müssen.

Demnach umfassen diese zumindest das Recht: der Einsicht relevanter Unterlagen, die mit dem innergemeinschaftlichen Verstoß zusammenhängen; von jedermann einschlägige Auskünfte über den innergemeinschaftlichen Verstoß zu verlangen; die erforderlichen Ermittlungen vor Ort durchzuführen; die betreffenden Verkäufer oder Dienstleistungserbringer schriftlich aufzufordern, einen von ihnen begangenen innergemeinschaftlichen Verstoß einzustellen; von diesen eine schriftliche Verpflichtungserklärung zur Einstellung des Verstoßes zu erwirken und diese gegebenenfalls zu veröffentlichen; gerichtlich die Einstellung oder das Verbot eines innergemeinschaftlichen Verstoßes zu fordern, gegebenenfalls diese Entscheidung zu veröffentlichen und im Fall der Nichtbeachtung einer Entscheidung von der unterlegenen beklagten Partei die Zahlung eines bestimmten Betrages an eine öffentliche Kasse oder einen anderen im Rahmen der Rechtsvorschriften der MS Begünstigten durchzusetzen.

Jede zuständige Behörde muss öffentlich bekannt machen, welche Rechte und Pflichten ihr im Rahmen dieser VO übertragen wurden, und die zuständigen Beamten benennen.²³⁰

Nach Art 4 Abs 6 ZVVO dürfen diese und weitergehende Befugnisse nur ausgeübt werden, wenn ein begründeter Verdacht auf einen innergemeinschaftlichen Verstoß besteht. Daneben ist ein Informationsaustausch nur zulässig, wenn er erforderlich ist, um festzustellen, ob sich der begründeter Verdacht als richtig erweist und somit ein innergemeinschaftlicher Verstoß vorliegt; auch Durchsetzungsmaßnahmen sind nur

²²⁸ Art 4 Abs 4 und 5 ZVVO.

²²⁹ Art 4 Abs 7 ZVVO.

²³⁰ Art 4 Abs 8 ZVVO.

im Rahmen der Erforderlichkeit zulässig, um unverzüglich eine Einstellung oder ein Verbot des innergemeinschaftlichen Verstoßes zu bewirken.²³¹ Weiters müssen die zu ermittelnden Informationen „relevant“ bzw „einschlägig“ sein²³², dh sie müssen in einem konkreten Sachzusammenhang zu dem Verstoß stehen. Eine allgemeine Ermächtigung, alle Unterlagen einzusehen, die mit einem inkriminierten Unternehmensgeschäftszweig (zB der Gewährung von Verbraucherkrediten) in Verbindung stehen, ist in der VO jedenfalls nicht vorgesehen. Ebenso ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten.²³³

Eine Hierarchie der verschiedenen Befugnisse normiert Art 4 Abs 6 ZVVO nicht.²³⁴ Es steht innerhalb der Grenzen der oben angeführten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit im Ermessen der zuständigen Behörde, durch welche ihr eingeräumten Rechte sie dem jeweiligen Antrag der ersuchenden Behörde nachkommt.

3. Die Arten der Amtshilfe

Die ZVVO beinhaltet drei Formen der Zusammenarbeit der Behörden.²³⁵

- Informationsaustausch auf Ersuchen einer ausländischen Behörde²³⁶
- Informationsaustausch ohne Ersuchen²³⁷
- Durchsetzungsersuchen einer ausländischen Behörde²³⁸

Alle Amtshilfeersuchen und jede Übermittlung von Informationen erfolgen nach Art 12 Abs 3 ZVVO schriftlich unter Verwendung eines vom nach Art 19 leg cit eingesetzten Regelungsausschuss erarbeiteten Standardformulars auf elektronischem Weg über eine Datenbank. Diese wird von der Kommission unterhalten und betreut. Auf ihr werden alle gem Art 6, 7 und 8 ZVVO zugehenden Informationen gespeichert und verarbeitet; dabei ist die allg DatenschutzRL und die VO (EG) 45/2001²³⁹ zu beachten.

²³¹ Siehe Art 6 Abs 1, Art 8 Abs 1 ZVVO.

²³² Siehe Art 4 Abs 6 lit a) bzw Art 6 Abs 1 ZVVO.

²³³ *Gumpoltsberger*, Auskunftsbegehren, *ecolex* 2007, 71 (72 f).

²³⁴ *Podbelsek*, Überblick, *ÖJZ* 2007/66, 765 (768).

²³⁵ *Podbelsek*, Überblick, *ÖJZ* 2007/66, 765 (767).

²³⁶ Art 6 ZVVO.

²³⁷ Art 7 ZVVO.

²³⁸ Art 8 ZVVO.

²³⁹ Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, *ABI* 2001 L 8, S1–22.

Ersuchen werden von der ersuchenden Behörde über die jeweiligen zentralen Verbindungsstellen der MS und die Datenbank der Kommission der ersuchten Behörde übermittelt. Eine Ausnahme hiervon bildet der Informationsaustausch ohne Ersuchen, der sog „Warnmechanismus“. An diesem sind die zentralen Verbindungsstellen nicht beteiligt.²⁴⁰

Ersuchen müssen ausreichende Informationen enthalten, damit die ersuchte Behörde dem Ersuchen Folge leisten kann.²⁴¹

4. Möglichkeiten der Ablehnung von Ersuchen

Die ersuchte Behörde ist nicht in jedem Fall unbedingt verpflichtet, einem Ersuchen auch zu entsprechen. Die ZVVO sieht mehrere Ausnahmen vor, die die ersuchte Behörde zur Verweigerung von Ersuchen ermächtigt. Erstens sieht Art 15 leg cit für jede der drei Formen der Amtshilfe einen „Ne-bis-in-idem-Vorbehalt“ vor.²⁴² Weiters kann sie ein Ersuchen um Durchsetzungsmaßnahmen nach Art 8 ZVVO nach Abstimmung mit der ersuchenden Behörde ablehnen, wenn sie nach ordnungsgemäß durchgeführten Ermittlungen zu der Ansicht gelangt, dass kein innergemeinschaftlicher Verstoß vorliegt oder die ersuchende Behörde ihrer Ansicht nach keine ausreichenden Informationen gem Art 12 Abs 1 leg cit vorgelegt hat. Ein Ersuchen um Informationen nach Art 6 leg cit kann sie weiters ablehnen, wenn sie nach Abstimmung mit der ersuchenden Behörde zu der Ansicht gelangt, dass die erbetenen Informationen zur Feststellung, ob ein innergemeinschaftlicher Verstoß vorliegt, nicht benötigt werden, oder sich die ersuchende Behörde nicht damit einverstanden erklärt, dass die Informationen den in Art 13 Abs 3 leg cit enthaltenen Bestimmungen zur Vertraulichkeit und zur beruflichen Schweigepflicht unterliegen.

Die ersuchte Behörde muss ihre Ablehnung begründen und die ersuchende Behörde kann die Angelegenheit an die Kommission verweisen; diese muss gem Art 19 Abs 2 ZVVO iVm Art 5 und 7 Beschluss 1999/468/EG unter Beachtung von Art 8 Beschluss 1999/468/EG entscheiden. Dieses Verfahren gilt im Übrigen auch sonst für die Mehrzahl der durch die Gemeinschaft durchzuführenden Bestimmungen der ZVVO.

²⁴⁰ *Podbelsek*, Überblick, ÖJZ 2007/66, 765 (767).

²⁴¹ Art 12 Abs 2 ZVVO.

²⁴² Art 15 Abs 2 lit a), Abs 3 lit c, Abs 4 ZVVO.

D. Anwendbarkeit der EK-DSRL und der UGP-RL

Im Anhang der ZVVO sind die Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen iSd Art 3 lit a) leg cit aufgelistet. Nur ein Verstoß gegen diese ist ein innergemeinschaftlicher Verstoß gem Art 3 lit b) leg cit und löst die Rechte und Pflichten aus dieser VO bzw allgemein die Anwendbarkeit der ZVVO aus.

Weder die EK-DSRL noch die UGP-RL sind im Anhang der ZVVO angeführt. Für dieses Thema relevante direkt gelistete Rechtsakte sind die FARL, die ECRL und die FDRL.

Konsequent und logisch ist die Nichtlistung der EK-DSRL, da ihre Schutzrichtung bzw Ziel und Zweck nicht der Schutz der kollektiven Interessen der Verbraucher ist, sondern Schutz der Privatsphäre jedes Einzelnen. Auch ihr Anwendungsbereich ist dementsprechend größer. Die EK-DSRL schützt nicht nur Verbraucher, sondern jede natürliche Person.

Anders ist die Situation bei der UGP-RL. Diese bezweckt gerade den Schutz der wirtschaftlichen kollektiven Interessen der Verbraucher. Da diese jedoch zeitlich erst nach der ZVVO erlassen wurde, war eine Listung im Anhang der ZVVO nicht möglich. Deshalb ist der Anwendungsbefehl in der UGP-RL selbst enthalten. So wurde mit Art 16 UGP-RL in den Anhang der ZVVO unter Punkt 16 die UGP-RL eingefügt. Somit ist diese als Gesetz zum Schutz der Verbraucherinteressen anzusehen und innergemeinschaftliche Verstöße gegen die UGP-RL können (müssen) mit den Mitteln und nach dem Verfahren der ZVVO bekämpft werden.

Für die EK-DSRL existiert Vergleichbares gegenwärtig noch nicht. Die Kommission plant jedoch die Änderung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze.²⁴³ Im Rahmen der Lissabonner Strategie für Wachstum und Beschäftigung ist die Schaffung eines europäischen Informationsraums ein Hauptpfeiler der i2010-Initiative „i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“.

Im Zuge dieser Reform soll einerseits die EK-DSRL inhaltlich verändert werden. Es soll nämlich ein Art 13 Abs 6 EK-DSRL eingefügt werden, wonach natürliche und

²⁴³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, KOM (2007) 698 endg, 2 f; weitere Vorschläge des Reformpaketes sind: KOM (2007) 696 endg, KOM (2007) 697 endg.

juristische Personen, die ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung von Verstößen gegen die nationalen Umsetzungen des Art 13 EK-DSRL haben - insbesondere Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste, die ihre berechtigten Geschäftsinteressen und die Interessen ihrer Kunden schützen wollen - gerichtlich gegen solche Verstöße vorgehen können.²⁴⁴ Andererseits soll im Anhang der ZVVO ein Punkt 17 mit dem Titel der EK-DSRL und einem ausdrücklichen Verweis auf Art 13 EK-DSRL eingefügt werden, damit auch Verstöße gegen diesen Artikel bzw dessen nationale Umsetzungen mit den Mitteln und Verfahren der ZVVO bekämpft werden können.²⁴⁵

Kapitel 4. Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

A. Primärrecht

Für das Cold Calling, Spam und unerbetene Werbe-SMS, unerbetene Nachrichten, Direktwerbung oder Werbung ganz allgemein sind im Primärrecht einerseits vor allem die Grundfreiheiten des EGV und innerhalb derer insb die Warenverkehrsfreiheit gem den Art 28 ff EGV und die Dienstleistungsfreiheit gem den Art 49 ff EGV maßgeblich.

Deren Inhalt - das Beschränkungs- und Diskriminierungsverbot - ermöglicht den Werbeunternehmen das grenzüberschreitende Erbringen ihrer Leistungen frei von staatlichen nicht gerechtfertigten Beschränkungen im gesamten Binnenmarkt. Andererseits bestehen für die Werbung schon im Primärrecht etliche Einschränkungen. Im Rahmen der Grundfreiheiten selber sind Beschränkungen iSd Cassis de Dijon-Rsp²⁴⁶ gerechtfertigt, wenn sie zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses entsprechen. Zu diesen zwingenden Erfordernissen zählen insb die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz. Da unerbetene Nachrichten - wie im sekundärrechtlichen Teil gezeigt - besonders auch solche Belange betreffen, sind theoretisch schon auf dieser Ebene Maßnahmen der MS zu

²⁴⁴ Vorschlag zur Änderung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze, KOM (2007) 698 endg, 37.

²⁴⁵ Vorschlag zur Änderung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze, KOM (2007) 698 endg, 39.

²⁴⁶ EuGH 20.02.1979, Rs 120/78, Cassis de Dijon, Slg 1979, 649.

tolerieren. Diese müssen nach der Rsp des EuGH jedoch verhältnismäßig und notwendig sein, um zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerecht zu werden.²⁴⁷ Auf diese Grundregeln ist jedoch nur in Ermangelung einer speziellen gemeinschaftlichen Regelung zurückzugreifen ist; *leges speciales* aber sind für unerbetene Nachrichten im Sekundärrecht zuhauf vorhanden.

Für die Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH im Keck-Urteil²⁴⁸ auf der Tatbestandsebene eine weitere Einschränkung eingeführt. Nationale Regeln, die zwar beschränkend sein können, sich aber, ohne zu diskriminieren nicht auf das Produkt selbst, sondern auf Aspekte des Vertriebes beziehen, sind als Verkaufsmodalitäten vom Tatbestand der „Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen“ ausgenommen; weil diese Prüfung auf Tatbestandsebene stattfindet, ohne Berücksichtigung der Erforderlichkeit, Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit.

Da die Werbung im Rahmen der Grundfreiheiten einerseits als Dienstleistung, andererseits als Annex der betreffenden Freiheit geltend gemacht werden kann, mit der das jeweilige Produkt korrespondiert (insb also Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit), und das Prinzip der Verkaufsmodalitäten aus dem Keck-Urteil derzeit noch nicht auf die Dienstleistungsfreiheit ausgedehnt worden ist, ergeben sich je nachdem, ob eine Ware oder eine Dienstleistung beworben wird, Wertungsunterschiede.

Im Rahmen des Primärrechts sind auch die Grundrechte von Bedeutung, insb das Recht auf Achtung der Privatsphäre gem Art 7 GRC und Art 8 EMRK sowie auf der anderen Seite das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art 11 GRC, das nach hM auch Werbebotschaften beinhaltet.²⁴⁹ Diese richten sich zwar - im Gegensatz zu den Grundfreiheiten, die primär die MS verpflichten - in erster Linie an die Organe der EU, sind aber nach der Rsp des EuGH in Form einer umfassenden Interessenabwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten allgemein zu beachten.

Letztlich ist die EU nach mehreren Bestimmungen des EGV (ua Art 95 Abs 3, Art 153 EGV) zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus verpflichtet. Sie hat nach Art 153 EGV zur Förderung der Interessen der Verbraucher durch

²⁴⁷ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 1402 f.

²⁴⁸ EuGH 24.11.1993, C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg 1993, I-6131.

²⁴⁹ *Calliess in Calliess/Ruffert*, EUV, Art 11 GRC, Rn 6.

Maßnahmen im Rahmen der Rechtsharmonisierung nach Art 95 EGV einen Beitrag zu leisten sowie durch die Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der MS. Aus dieser Verpflichtung resultiert konsequenterweise, dass Verbraucherbelangen bei einer Interessenabwägung iS eines hohen Schutzniveaus anderen Zielen oder Politiken des EGV (bspw den Grundfreiheiten; konkret könnte an eine politische Entscheidung zwischen dem liberaleren Opt-out-Prinzip und einem strikteren Opt-in-Prinzip gedacht werden) gegebenenfalls der Vorrang einzuräumen ist.

B. Sekundärrecht

Das Sekundärrecht führt die genannten Prinzipien des Primärrechts näher aus. Als Rechtsgrundlage beruft sich die Kommission - auch bei Rechtsakten, die vorrangig oder fast ausschließlich Verbraucherschutzbelangen dienen - meist nicht direkt auf den Art 153 Abs 3 EGV, sondern fast immer auf Art 95 EGV. Ob dies mit der „Schutzverstärkungsklausel“ des Art 153 Abs 5 EGV und dem damit verbundenen Fehlen der Möglichkeit einer Totalharmonisierung zusammenhängen könnte, kann dahingestellt bleiben. Da sich Verbraucherschutz und Binnenmarktziele in den allermeisten Fällen nicht gegenseitig ausschließen, sondern die Verbraucher die „negative Seite des Binnenmarktes“ bilden, der Schutz der Verbraucher bzw das Fördern des Vertrauens der Verbraucher in den Binnenmarkt durch Rechtsharmonisierung diesen selbst zugute kommt, ist an der Wahl der Rechtsgrundlage wenig zu bemängeln. Außerdem betreffen die einschlägigen Sekundärrechtsakte nicht nur den Verbraucherschutz, sondern in Übereinstimmung mit dem Primärrecht auch Belange der Lauterkeit des Handelsverkehrs (UGP-RL) und den Schutz der Privatsphäre (EK-DSRL).

Auf der Seite des Verfahrens soll die ZVVO ein gemeinschaftsweites System an Durchsetzungsbehörden zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher etablieren, damit innergemeinschaftlichen Verstößen schnell, wirksam und effizient entgegengewirkt werden kann.

C. Schutzzwecktrias

Insgesamt unterliegt das unerbetene Kontaktieren von Personen zu Werbezwecken einer Vielzahl von Rechtsnormen und Beschränkungen, die eben auf den Schutz der oben genannten „zwingenden Allgemeininteressen“ und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes gerichtet sind.

Betont werden soll, dass es nicht nur um den Schutz der „negativen Seite des Binnenmarkts“ geht, sondern durch die Rechtssicherheit, die harmonisierte Regeln im Binnenmarkt bieten sollten, auch Unternehmer profitieren. Ein einheitlicher gemeinschaftsweiter Rechtsrahmen mit Opt-in-, Opt-out-Prinzip, Per-se-Verboten und verbesserten Durchsetzungsverfahren ermöglicht grenzüberschreitende Werbung, einheitliche Werbestrategien und Kampagnen im gesamten Binnenmarkt, schafft Rechtsklarheit und -sicherheit und schützt neben den Interessen der Verbrauchern iS der „Schutzzwecktrias“ des Lauterkeitsrechts auch die der Mitbewerber und die Interessen der Allgemeinheit.

D. Spamming als internationales, Cold Calling und unerbetene Werbe-SMS als regionales Problem

Auffällig ist, dass die Organe der EU, allen voran die Kommission, besonders das Spamming (ieS) als überaus großes Problem sehen. Spamming bzw vorgelagert das Sammeln und Vermieten von E-Mail-Adressen (sog Listbroking) stellt mittlerweile eine eigene Branche dar und verursacht in den Volkswirtschaften hohe Kosten. Es hat aus der Sicht der „Schutzzwecktrias“ eine starke kollektive Dimension angenommen, die die Interessen der Allgemeinheit betrifft. Ua deswegen vertritt die Kommission eine sehr restriktive Linie und es wird wie schon mehrfach erwähnt, das Spamming an „allen Fronten bekämpft“.²⁵⁰

Die Kommission ist sich natürlich auch dessen bewusst, dass „selbst“ die EU allein dem Problem nicht gewachsen ist. Ein Grossteil des „Spam-Mail-Aufkommens“ in der EU hat den Ursprung in Drittländern, namentlich den USA, China und in geringerem Umfang Kanada. Dadurch stellt Spamming ein Problem internationaler Dimension dar, zu dessen Lösung es verstärkter und effektiverer Zusammenarbeit auf

²⁵⁰ Mr Erkki Liikanen, "Combating Spam on All Fronts", SPEECH/03/365.

völkerrechtlicher Ebene bedarf.²⁵¹ Aus dem Vergleich der Höhe der Strafen, die in den verschiedenen Staaten auf Spamming drohen, kann man sehen, zu welcher Größe dieses Problemfeld herangewachsen ist.²⁵² Auch die Unterschiede - international wie innereuropäisch - sind signifikant: im „EU-Raum“ reicht die Spanne von Euro 3000,- bis Euro 150.000,-.²⁵³ Die Strafen in der EU sind im internationalen Vergleich noch moderat. Während in Norwegen Gefängnisstrafen von bis zu sechs Monaten angedroht sind, sieht der CAN-SPAM Act of 2003 Strafen bis zu 2 Mio USD vor und nach dem in Kalifornien ebenfalls 2003 eingeführten Anti-Spam-Gesetz können Strafen von bis zu einer Mio USD sowie USD 1000,- pro unerwünscht versandter Werbe-E-Mail verhängt werden.²⁵⁴

Nicht auf so hoher politischer Ebene von Relevanz ist das Cold Calling und das unerbetene Versenden von Werbe-SMS, ua weil sie mit höheren Kosten und Aufwand für den Werbenden verbunden und technologisch bedingt die internationale und die oben angesprochene kollektive Komponente nicht dermaßen stark ausgeprägt ist. Diese haben weniger Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft bzw die Interessen der Allgemeinheit, weil ein solch massenweises Versenden ohne Rücksicht auf geographische Entfernungen technologisch schwerlich möglich ist; insb ist für individuelle unerbetene Verkaufsgespräche über Telefon (abgesehen von Voice-Mail-Technologien) jeweils ein Verkäufer notwendig, der darüber hinaus die selbe Sprache sprechen sollte wie der „Beworbene“. Telefongebühren und Kosten für eine SMS steigen ebenfalls mit der Anzahl bzw bei einer Verbindung/Versendung ins Ausland. Dafür ist die Belästigungswirkung, Betrugs- oder Überrumpelungsgefahr - die „Werbewirkung“ - zumindest bei unerbetenen Anrufen eine wesentlich höhere als bei Spam-E-Mails, die hauptsächlich als Belästigung empfunden werden. Unerbetene Werbe-SMS müssen in den meisten Fällen geöffnet werden, damit erkennbar wird, dass es sich um eine solche handelt. Durch die überwiegend regionale Dimension dieser Technologien müssten jedoch effektive harmonisierte Regeln im Binnenmarkt und vor allem ein funktionierendes Durchsetzungsregime einen guten Schutz gegen lauterkeitsrechtliche oder andere Verstöße mittels solcher Direktwerbung bieten.

²⁵¹ Siehe Art 18 ZVVO, Erwägungsgrund (10) ZVVO.

²⁵² *Bresich*, Spamming und Gambling- eine brisante Verbindung, ÖJZ 2006, 23.

²⁵³ Italien: bis zu Euro 90.000,-; Spanien: bis zu Euro 150.000,-; Irland: bis zu Euro 3000,-; Österreich: bis zu Euro 37.000,- (§ 107 iVm § 109 TKG).

²⁵⁴ *Bresich*, Spamming, ÖJZ 2006, 23.

E. Kritik in der Literatur an der Rechtsetzung der EU

Weithin kritisiert und bemängelt wird eben der Mangel an Effektivität und Übersichtlichkeit der erlassenen Normen.²⁵⁵ Schon erwähnt wurde das Problem des eingeschränkten Geltungsbereiches der UGP-RL und die Vielzahl an unterschiedlichen Normen, die unerbetene Nachrichten aus dem Blickwinkel des Schutzes der Privatsphäre regeln bzw verbieten, und deren Verhältnis zueinander. Diese Unübersichtlichkeit und Uneinheitlichkeit konterkariert gerade das Ziel, einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen zu etablieren, und fördert so eher die Rechtsunsicherheit; insb in Verbindung mit dem in diesem Zusammenhang nicht behandelten Herkunftslandprinzip²⁵⁶.

II. Fazit

Für das Cold Calling, Spamming und unerbetene Werbe-SMS ist aus europarechtlichem Blickwinkel insb das Sekundärrecht bzw dessen nationale Umsetzungen bedeutsam, wodurch die einschlägigen primärrechtlichen Bestimmungen weitgehend überlagert werden. Das Sekundärrecht bildet mittlerweile insb durch die behandelten Rechtsakte EK-DSRL, UGP-RL und ZVVO einen sehr umfassenden Rechtsrahmen, der viele Aspekte und Probleme, die sich im Zusammenhang mit unerbetenen Nachrichten zu Direktwerbezwecken ergeben, abzudecken vermag und dem man die grundsätzliche Eignung, die gesteckten (Schutz-) Ziele, namentlich Vervollständigung des Binnenmarktes bzw Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, Rechtssicherheit durch Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit des Rechtsrahmens, Schutz der Verbraucher, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Privatsphäre sowie die effektive Durchsetzung der diesbezüglichen gemeinschaftlichen Regelungen zu erreichen, nicht absprechen sollte.

Die vielen Spezialregelungen und Ausnahmen, die nicht nur nicht beseitigt wurden, sondern zu denen immer weitere RL hinzukamen und denen die behandelten RL

²⁵⁵ *Mäsch*, Europäisches Lauterkeitsrecht- von Gesetzen und Würsten, Eur 2005, 625 (632).

²⁵⁶ *Kluth in Callies/Ruffert*, EUV, Art 49, 50 EGV, Rn 63ff; *Albath/Gießler*, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie- eine Kodifizierung der Rechtsprechung? EuZW 2006, 38.

teilweise auch noch Vorrang einräumen, tragen jedoch eher zu Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit bei und konterkarieren so die gesteckten Zielsetzungen.

ME wäre ein einheitliches grundsätzliches Opt-out-System für alle Technologien iVm der Eintragungsmöglichkeit in sog „Robinson-Listen“ und einer regelmäßigen Konsultationspflicht am sinnvollsten, was Rechtssicherheit, Beweisbarkeit und praktische Umsetzbarkeit betrifft. Ein Opt-in-System hat praktisch gesehen den Nachteil, dass schon die erste Anfrage, ob man überhaupt Werbemittelungen erhalten möchte, eine unerbetene Nachricht zu Werbezwecken bildet, die mit Strafe bedroht ist. Diesem Problem wird durch die Robinson-Listen vorgebeugt. Eine Eintragung in eine solche Liste stellt mE eine effektive Art dar, zu erklären, dass man keine Direktwerbung erhalten möchte. Diese kann vom Zeitpunkt her für Beweis Zwecke genau bestimmt werden; ihre Vornahme ist dem mündigen Verbraucher durchaus zuzumuten. Diese Listen könnten nach Technologien unterteilt werden, so dass man bspw den Erhalt von Werbe-E-Mails ablehnen kann, ohne dass man gleichzeitig vielleicht gewünschte Werbeanrufe oder -SMS ausschließt. Ein solches System könnte mit einem speziellen Opt-in gekoppelt werden, um den Informationsbedürfnissen der Verbraucher gerecht zu werden. Diese Ausnahme könnte zB dem Art 13 Abs 2 EK-DSRL ähnlich sein oder auch darin bestehen, dass nur auf ausdrückliche Einwilligung oder aktiven (ev konkludenten) Wunsch hin für Produkte des Unternehmens, für das die Einwilligung gilt, geworben werden darf. Den hierbei zwangsläufig auftretenden Beweis- und Abgrenzungsproblemen müsste durch eindeutige und klare Formulierung der Vorschrift und möglichst einheitliche Formerfordernisse (was natürlich angesichts der unterschiedlichen Technologien eine gewisse Schwierigkeit darstellt) für die Zustimmung oÄ entgegengetreten werden.

Die größte Herausforderung und Chance, das Problem rechtswidriger Direktwerbung - zumindest bei innergemeinschaftlichem Ursprung - in den Griff zu bekommen, stellt mE die grenzüberschreitende Durchsetzung bzw die Zusammenarbeit der Behörden dar. Sowohl die UnterlassungsklagenRL²⁵⁷ als auch die ZVVO geben den Behörden bzw Interessenvertretungen Werkzeuge in die Hand, mit denen gegen innergemeinschaftliche Verstöße vorgegangen werden kann. Jedoch haben ausländische Verbände bzw sonstige Stellen von ihrer Klagsbefugnis, die ihnen die

²⁵⁷ RL 98/27/EG, ABI 1998 L 166 S51–55.

UnterlassungsklagenRL in Österreich bietet, bisher kaum (oder gar nicht?) Gebrauch gemacht²⁵⁸ und auch aus einer Anfrage²⁵⁹ an den österreichischen Nationalrat bzw deren Beantwortung²⁶⁰ aus dem ersten Quartal 2007 ergibt sich, dass zumindest in Österreich bis zu diesem Zeitpunkt keine Rechtshilfeersuchen iSd Art 6 bzw 8 ZVVO eingegangen sind, ebenso wenig Aktivität nach dem „Warnmechanismus“ des Art 7 ZVVO stattgefunden hat und auch nur jeweils ein Ersuchen nach Art 6 bzw 8 ZVVO an eine ausländische zuständige Behörde gerichtet wurde.

Angesichts dieser Tatsachen werden die EU-Organe, allen voran die Kommission, ihr Augenmerk darauf zu richten haben, dass sie nicht nur einheitliche und effiziente Durchsetzungsinstrumente und -verfahren zur Verfügung stellen, sondern dass die nationalen Behörden in der Praxis auch von diesen Rechten Gebrauch machen und ihre diesbezüglichen Pflichten wahrnehmen. Die Verletzung einer solchen Pflicht ist durch das Vertragsverletzungsverfahren nach Art 226 EGV zu sanktionieren. Sehr fraglich ist aber, ob dieses das geeignete und effiziente Mittel bildet, um rein nationales Denken und Agieren abzustellen und die Zusammenarbeit der nationalen Behörden zu fördern, damit die Bemühungen letztlich erfolgreich sind und nicht dem sprichwörtlichen Kampf gegen Windmühlen gleichen.²⁶¹

²⁵⁸ *Gamerith*, Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ÖBI 2004, 61.

²⁵⁹ Schriftliche parlamentarische Anfrage Nr. 329/J betreffend „Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz (VBKG): Zuständige Behörde - Bundeswettbewerbsbehörde(BWB)“, eingebracht am 15. Februar 2007.

²⁶⁰ 285/AB XXIII. GP – Anfragebeantwortung 27.03.2007.

²⁶¹ *Krüger*, Kampf gegen Windmühlen- Herkömmliche Strategien versagen bei der Spambekämpfung, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/24/24198/1.html>.

Literaturverzeichnis

I. Selbstständige Publikationen und Kommentare

Callies/Ruffert, EUV/EGV- Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar³, Verlag C. H. Beck, München 2007

Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz²⁶, Verlag C. H. Beck, München 2008

König/Bartosch/Braun (Hrsg), EC Competition and Telecommunications Law, Verlag Kluwer Law International, Biggleswade Bedfordshire 2002

Meyer (Hrsg), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union², Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006

Meyer-Ladewig (Hrsg), Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention², Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006

Schwarze (Hrsg), Werbung u Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999

Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht- Das Recht der Europäischen Union, Manz'Sche Verlags- U. Universitätsbuchhandlung, Wien 2007

Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003

II. Unselbstständige Beiträge

Albath/Gießler, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie- eine Kodifizierung der Rechtsprechung? EuZW 2006, 38

Brandl/Wolfbauer, Cold Calling für Finanzdienstleistungen- Reloaded, ecolex 2004, 222

Bresich, Spamming und Gambling- eine brisante Verbindung, ÖJZ 2006, 23

Dauses, Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbraucherschutz und zur Werbefreiheit im Binnenmarkt, EuZW 1995, 425

Dethloff, Grenzüberschreitende Telefaxwerbung und Grundfreiheiten, IPRax 1999, 347

Fraiss, Das österreichische Spam-Verbot 2003- Ein (gemeinschafts)rechtlich bedenkliches Kuriosum, RdW 1/2004, 11

Funk, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411

Gamerith, Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken- Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 391

Gamerith, Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ÖBI 2004, 61

Gumpoltsberger, Auskunftsbegehren nach dem VBKG, ecolex 2007, 71

Handig, Neues zur E-Mail-Werbung, ecolex 2006, 223

Hecker, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken..., WRP 2006, 640

Henning-Bodewig, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRURInt 2004, 188

Henning-Bodewig, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6. 2003 und einer Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7. 2003, GRURInt 2003 926

Krüger, Kampf gegen Windmühlen- Herkömmliche Strategien versagen bei der Spambekämpfung, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/24/24198/1.html>

Lettl, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449

Mäsch, Europäisches Lauterkeitsrecht- von Gesetzen und Wörtern, EuR 2005, 625

Mosing, The Ups and Downs in the History of EU-Spam-Regulations and their practical Impact, <http://www.it-law.at/papers/publikationsdetail/publications/the-ups-and-downs-in-the-history-of-eu-spam-regulations-and-their-practical-impact/>

Ohlenburg, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, MMR 2/2003, 82

Podbelsek, Überblick über die neue Behördenkooperation gemäß dem VBGK, ÖJZ 2007/66, 765

Stein, Freier Wettbewerb und Werbeverbote in der Europäischen Union, EuZW 1995, 435

Wägenbauer, Werberecht und Werbeverbote, EuZW 1995, 431

Weiler, Spamming- Wandel des europäischen Rechtsrahmens, MMR 4/2003, 223

III. Veröffentlichungen der EU-Organe

A. Richtlinien

Richtlinie des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung, ABI 1984 L 250 S 17

Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI 1995 L 281 S 31–50

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

Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABI 1998 L 24 S 1

Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABI 1998 L 166 S 51–55

Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring von Tabakerzeugnissen, ABI 1998 L 213 S 9

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI 2000 L 186 S 1

Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABI 2002 L 108, S 33–50

Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABI 2002 L 201 S 37

Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABI 2002 L 217 S 16

Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABI. 2005 L 149 S 22–39

B. Verordnungen

Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABI 2001 L 8, S 1–22

Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden, ABI 2004 L 364 S 1–11

C. Rechtsprechung

EuGH 10.12.1968, Rs 7/68, Kommission/Italien, Slg 1969, I-634

EuGH 30.04.1974, Rs 155/73, Sacchi, Slg 1974, I-409
EuGH 12.12.1974, Rs 36/74, Walrave, Slg 1974, 1405
EuGH 11.07.1974, Rs 8/74, Dassonville, Slg 1974, 837
EuGH 24.10.1978, Rs 15/78, Koestler, Slg 1978, 1971
EuGH 20.02.1979, Rs 120/78, Cassis de Dijon (Rewe Zentral), Slg 1979, 649
EuGH 15.12.1982, Rs C-286/81, Oosthoek, Slg 1982, 4575
EuGH 31.01.1984, Rs 286/82 und 26/83, Luisi und Carbone, Slg 1984, 377
EuGH 26.04.1988, Rs 352/85, Bond van Adverteerders, Slg 1988, 2085
EuGH 15.03.1988, Rs 263/86, Humbel und Edel, Slg 1988, 5365
EuGH 21.09.1989, Rs C-68/88, Kommission gegen Griechenland, Slg 1989, 2965
EuGH 07.03.1990, Rs C-362/88 GB-INNO-BM, Slg 1990, I-667
EuGH 13.12.1990, Rs C-238/89, Pall/Dahlhausen, Slg 1990, I-4827
EuGH 25.07.1991, Rs C-1/90 und C-176/90, Aragonesa, Slg 1991, I-4151
EuGH 25.07.1991, Rs C-76/90, Säger/Dennermeyer, Slg 1991, I-4221
EuGH 09.07.1992, Rs C-2/90, Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-4431
EuGH 18.05.1993, Rs C-126/91, Yves-Rocher, Slg 1993, I-2361
EuGH 24.11.1993, Rs C-267/91 und C-268/91, Keck und Mithouard, Slg 1993, I-6131
EuGH 02.02.1994, Rs C-315/92, Clinique, Slg 1994, I-317
EuGH 10.05.1995, Rs C-384/93, Alpine Investments, Slg 1995, I-1141
EuGH 09.02.1995, Rs C-412/93, Leclerc-Siplec, Slg 1995, I-187
EuGH 06.07.1995, Rs C-470/93, Mars, Slg 1995, I-1923
EuGH 09.07.1995, Rs C-34/95 bis C-36/95, De Agostini, Slg 1997, I-3843
EuGH 07.03.1996, Rs C-192/94, Rivero, Slg 1996, I-1281
EuGH 06.07.2000, Rs C-281/98, Angonese, Slg 2000, I-4139
EuGH 12.07.2003, Rs C-112/00, Schmidberger, Slg 2003, I-5659
EuGH 25.03.2004, Rs C-71/02, Karner, Slg 2004, I-3024
EuGH 03.10.2006, Rs C-452/04, Fidium Finanz, Slg 2006, I-9521

D. Mitteilungen

Grünbuch der Kommission Kommerzielle Kommunikation im Binnenmarkt, KOM (1996) 192 endg

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 endg

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001) 546 endg

Mitteilung der Kommission- Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU KOM (2002) 289 endg

Mr Erkki Liikanen, Member of the European Commission, responsible for Enterprise and the Information Society, Press Conference on Spam Brussels, 15 July 2003, "Combating Spam on All Fronts", SPEECH/03/365

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG and 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), KOM (2003) 356 endg

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), KOM (2003) 443 endg

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über unerbetene Werbenachrichten (Spam), KOM (2004) 28 endg

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“, KOM (2005) 229 endg

Mitteilung der Kommission- Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden KOM (2005) 462 endg

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Bekämpfung von Spam, Späh- und Schadsoftware, KOM (2006) 688 endg

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, KOM (2007) 698 endg

Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2007, ABI 2007 C 303 S 1

IV. Sonstiges

Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG), BGBl. Nr. 140/1979 idF BGBl. I Nr. 21/2008

Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003- TKG 2003), BGBl I 2003/70