

Privacy, Direktmarketing und das neue UWG

Thomas Hoeren

Seit dem 8. Juli 2004 ist die Neufassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Kraft getreten, die zu einigen wenigen Änderungen für die Werbung führt. Sie betreffen die Werbung über Fax- und E-Mail gegenüber Gewerbetreibenden, eine Ausnahme für die Werbung über E-Mail-Werbung im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen sowie die Aufnahme eines Anspruchs auf Gewinnabschöpfung bei unzulässiger Werbung. Thomas Hoeren erläutert und bewertet diese Änderungen.

1 Einleitung

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

Gegenstand dieses Beitrags sind die Auswirkungen der Neuregelungen auf den Bereich der Informationstechnologie. Im Mittelpunkt stehen dabei nicht Wettbewerbshandlungen zum Zwecke der Werbung für Produkte und Dienstleistungen aus dem Bereich der Informationstechnologie, sondern Wettbewerbshandlungen, bei denen Informationstechnologie zu Werbezwecken eingesetzt wird. Es versteht sich von selbst, dass sich die Abschaffung des Sonderveranstaltungsrechts, das Verbot sogenannter Mondpreiswerbung und andere Neuerungen auch auf den Vertrieb von IT-Produkten auswirken.

Aus der Sicht des Informations-, Telekommunikations- und Medienrechtlers gilt das besondere Interesse jedoch der Betrachtung der modernen Werbeformen der Informationsgesellschaft, die in besonderem Umfang Gegenstand der Kodifizierung, Modifizierung und Ergänzung der bisherigen Rechtsprechung durch die Gesetzesnovelle geworden sind.

2 Auswirkungen auf Direktmarketing

Zentrale Bedeutung hat der Schutz vor belästigenden Wettbewerbshandlungen, zu denen insbesondere Werbemaßnahmen im Bereich des Direktmarketings zählen können. Nach § 7 Abs. 1 UWG handelt unlauter im Sinne der Generalklausel des § 3 UWG, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Hierunter fallen Handlungen, die unabhängig von ihrem Inhalt bereits wegen der Art und Weise der Einwirkung auf die Empfänger als Belästigung empfunden werden.

Marktteilnehmer sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG alle Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit bringt zum Ausdruck, dass nicht jede geringfügige Belästigung ausreichen soll, wobei die Schwelle nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu hoch anzusetzen ist. Die generalklauselartige Umschreibung der unzumutbaren Belästigung wird durch die in § 7 Abs. 2 UWG genannten, nicht abschließenden Fallgruppen konkretisiert. Die Fallgruppen Nummer 2 bis 4 setzen dabei Art. 13 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹ in innerstaatliches Recht um.

2.1 Erkennbar unerwünschte Werbung

In § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG wird der allgemeine Grundsatz geregelt, dass eine unzumutbare Belästigung vorliegt, wenn gegen



Prof. Dr.
Thomas Hoeren

Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster.

E-Mail: hoeren@uni-muenster.de

¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG L 201 vom 31.07.2002, S. 37 ff.

den erkennbaren Willen des Empfängers erworben wird. Hierunter fällt etwa die herkömmliche Werbewerksendung, wenn der Empfänger durch einen Aufkleber am Briefkasten deutlich gemacht hat, dass er eine solche Werbung nicht wünscht.

2.2 Telefonwerbung

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

Soweit die Telefonwerbung an einen sonstigen Marktteilnehmer gerichtet ist, genügt nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die mutmaßliche Einwilligung des Adressaten. Dies entspricht dem Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung, dass unverlangte Telefonanrufe gegenüber Gewerbetreibenden auch dann zulässig sind, wenn aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an dem Anruf vermutet werden kann.³

Ebenso wie die Rechtsprechung begründet der Reformgesetzgeber die genannten Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Belästigung mit dem erheblichen Eingriff in die Individualität des privaten Anschlussinhabers sowie mit der Störung betrieblicher Abläufe des Gewerbetreibenden, die gerechtfertigt ist, wenn der Anruf im konkreten Interessensbereich des Gewerbetreibenden liegt.

Der Gesetzgeber hat sich damit im Bereich der Telefonwerbung für die sogenannte Opt-in-Lösung entschieden. Bei der Opt-in-Lösung ist die geregelte Werbemaßnah-

me erst dann zulässig, wenn sich der Adressat zuvor ausdrücklich oder konkludent mit der Maßnahme einverstanden erklärt hat. Das sogenannte Opt-out-Modell hingegen sieht vor, dass die Werbemaßnahme erst dann unzulässig ist, wenn der Adressat der Maßnahme zuvor widersprochen hat.⁴

Art. 13 Abs. 3 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation lässt den Mitgliedsstaaten für den Bereich der Telefonwerbung die Wahl zwischen den genannten Modellen. Diesen Spielraum hat der Gesetzgeber in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zugunsten der restriktiven Opt-in-Lösung genutzt, obwohl der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren unter Hinweis auf mögliche Wettbewerbsnachteile gegenüber europäischen Nachbarländern eine Regelung nach dem Opt-out-Modell und damit eine Liberalisierung der Telefonwerbung gefordert hatte.

2.3 Fax- und E-Mail-Werbung

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

2.3.1 Änderung der Rechtslage

Die Gerichte sahen den belästigenden Charakter der Fax- und E-Mail-Werbung im Hinblick auf den zu erwartenden Nachahmungseffekt vor allem im Ressourcenverbrauch beim Empfänger durch den

Verbrauch von Toner und Papier, die Belegung von Server-Speicherplatz und die Inanspruchnahme entgeltpflichtiger Ladezeiten, in der Blockierung des Fax- und Telefonanschlusses bei Faxempfang und Download sowie in der zeitlichen Inanspruchnahme des Empfängers beim Aussortieren unerwünschter Werbemails.

Im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung differenziert die neue gesetzliche Regelung allerdings nicht mehr zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden als Adressaten. Bislang nahm die Rechtsprechung bei Telefaxschreiben und E-Mails gegenüber Gewerbetreibenden eine Ausnahme von der wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit nicht nur bei ausdrücklich oder konkludent erklärtem Einverständnis an, sondern auch dann, wenn das Einverständnis auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände vermutet werden konnte.⁶

Der Wegfall dieser mutmaßlichen Einwilligung stellt eine Verschärfung der Rechtslage für die Werbung gegenüber Gewerbetreibenden dar. Der Reformgesetzgeber hat sich hier bewusst für eine einheitliche Regelung entschieden, obwohl Art. 13 Abs. 1 der Europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation nach Abs. 5 der Richtlinie die Opt-in-Lösung zwingend nur für Fax- und E-Mail-Werbung gegenüber natürlichen Personen vorsieht.

Angesichts der Tatsache, dass gerade im Bereich wettbewerbswidriger E-Mail-Kampagnen die Zuwiderhandelnden häufig aus dem außereuropäischen Ausland vorgehen, dürfte die tatsächliche Anpruchsdurchsetzung allerdings auch nach der Harmonisierung im europäischen Rechtsraum erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

2.3.2 Ausnahme

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

² BGH GRUR 1989, 753 (754) – Telefonwerbung II; BGH GRUR 1990, 280 (281) – Telefonwerbung III; BGH GRUR 1995, 220 (221) – Telefonwerbung V; BGH GRUR 2000, 818 (819) – Telefonwerbung VI. Ebenso Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 Rn. 67; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 143 ff.

³ BGH GRUR 1991, 764 (765) – Telefonwerbung IV; BGH GRUR 2001, 1181 (1182) – Telefonwerbung für Blindenwaren. Ebenso Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 Rn. 68; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 153 ff.

⁴ Dies kann entweder direkt gegenüber dem Werbenden geschehen oder durch Eintragung in ein allgemein verbindliches Opt-out-Register, das für den Bereich personalisierter Werbefriefe in Form der Robinson-Liste des Deutschen Direktmarketing-Verbandes existiert.

⁵ Zur Fax-Werbung BGH GRUR 1996, 208 (209) – Telefax-Werbung; OLG Koblenz GRUR 1996, 207; OLG Stuttgart WRP 1995, 254. Zur E-Mail-Werbung BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung; LG Traunstein NJW 1998, 1648; LG Hamburg WRP 1999, 250; LG Ellwangen MMR 1999, 675 (676). Ebenso Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 Rn. 69b und Rn. 70a f.; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 162 und Rn. 167.

⁶ Zur Fax-Werbung BGH GRUR 1996, 208 (209) – Telefax-Werbung. Zur E-Mail-Werbung BGH GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung. Ebenso Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 Rn. 69b und Rn. 70a f.; Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 161 f. und Rn. 169.

einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat und diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet.

Voraussetzung ist weiter, dass der Kunde der Verwendung der Adresse *nicht widersprochen* hat und bei ihrer Erhebung und jeder einzelnen Verwendung klar und deutlich auf sein Widerrufsrecht hingewiesen wird, das er ausüben können muss, ohne dass hierfür mehr als die normalen Übermittlungskosten entstehen.

„Zusammenhang mit dem Verkauf“

Im Hinblick auf diese Ausnahmeregelung sind insbesondere zwei Tatbestandsmerkmale auslegungsbedürftig. Dies betrifft zum einen die Frage, was unter dem Begriff „im Zusammenhang mit dem Verkauf“ zu verstehen ist. Sowohl das Gesetz als auch die zugrunde liegende Richtlinie verwenden diese Formulierung, obwohl die Formulierung „bei dem Verkauf“ ebenfalls zwanglos möglich gewesen wäre. Dies legt den Schluss nahe, dass der Abschluss eines Vertrages nicht erforderlich ist, sondern bereits *Vertragsverhandlungen* ausreichen.

Um den Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift nicht ausufern zu lassen und dem Gesetzeswortlaut Rechnung zu tragen, dürfte allerdings eine lediglich allgemein gehaltene Informationsanfrage per E-Mail, bei der die eigene Adresse zwangsläufig übermittelt wird, nicht genügen. Erforderlich dürfte vielmehr sein, dass zumindest Vertragsverhandlungen in Bezug auf ein *konkretes Produkt* aufgenommen worden sind. In der Praxis dürften sich erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben.

„Ähnliche Waren und Dienstleistungen“

Besondere Bedeutung für die unternehmerische Praxis kommt weiterhin der Frage zu, wie weit der Begriff der „ähnlichen Waren und Dienstleistungen“ zu fassen ist. Weder die Gesetzesbegründung noch die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Richtlinie konkretisieren dieses Tatbestandsmerkmal.

Auch ein Rückgriff auf die Kriterien zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 2 MarkenG verbietet sich angesichts des gänzlich anderen Rege-

lungsgegenstandes und Schutzzwecks. Da die theoretisch eindeutige Grenze zwischen ähnlichen und nicht ähnlichen Waren wegen der im Verkehr gebräuchlichen Arten, Unterarten und Überschneidungen von Produkten und Produktgruppen fließend ist, dürften Abgrenzungsfragen zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit nach § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG künftig verstärkt die Gerichte beschäftigen.

Wie schwierig die Entwicklung einzelfallunabhängiger Abgrenzungskriterien ist, wird am Beispiel des Kaufs eines Personalcomputers deutlich. Notebooks und andere PC-Modelle zählen sicherlich zu den ähnlichen Waren im Sinne des Gesetzes. Zweifel könnten aber bereits bei Hardwarezubehör wie Monitoren und Druckern, entsprechenden Verbrauchsgegenständen wie Farbpatronen und bei Software aufkommen. Ein Personalcomputer hat im Hinblick auf seine Beschaffenheit und Funktionsweise mit einem Tintenstrahldrucker wenig und mit einer Tintenpatrone und einem Textverarbeitungsprogramm überhaupt nichts gemein.

Gleichwohl eignen sich die genannten Produkte im Kern für den gleichen Verwendungszweck und unterfallen nach allgemeinem Verständnis der Produktgruppe Computerartikel. Auch ein Computer-Reparaturservice ist rein begrifflich keine dem Personalcomputer ähnliche Ware, stellt aber eine der verkauften Ware zuzuordnende Dienstleistung dar. Digitalkameras hingegen können zwar auch für die digitale Bildbearbeitung am PC eingesetzt werden, haben jedoch neben dieser Einsatzmöglichkeit weitergehende Anwendungsfelder im Fotobereich und sind daher eher der Produktgruppe Fotoartikel zuzuordnen. Gleichwohl fallen sie nach allgemeinem Verständnis zusammen mit Computerartikeln in die übergeordnete Produktgruppe Elektronikartikel.

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

Kriterien, also etwa den *Verwendungszweck*, beschränkt.

Zwar ist § 7 Abs. 3 UWG angesichts des kundenschützenden Zwecks von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG als Ausnahmetatbestand grundsätzlich eng auszulegen. Eine Begrenzung auf die Vergleichbarkeit der äußeren Beschaffenheit würde jedoch dazu führen, dass in vielen Branchen die Unternehmen von der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelung kaum in sinnvoller Weise Gebrauch machen können. Zum einen dürfte das in § 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorausgesetzte Hauptgeschäft außerhalb des Bereichs niedrigpreisiger Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs in vielen Fällen bereits zur Befriedigung der Nachfrage nach Artikeln der gleichen äußeren Beschaffenheit führen.

Zum anderen wird es für die werbenden Unternehmen kaum praktikabel sein, den Inhalt ihrer elektronischen Werbemitteilungen in Kleinstkategorien aufzuteilen und für jeden Kunden individuell anzupassen. Auch wenn die Gesetzesbegründung insofern schweigt, kann der Zweck der Eingrenzung auf ähnliche Waren und Dienstleistungen nur sein, die ausnahmsweise zulässigen Werbemöglichkeiten ohne Einwilligung des Kunden so einzuschränken, dass der Kunde nicht mit Werbung konfrontiert wird, die *mit der verkauften Ware in keinem vernünftigen Zusammenhang* steht. Daher müssen auch Zubehörgegenstände dem Begriff der Warenähnlichkeit unterfallen.

Im Ergebnis dürfte daher bei der Abgrenzung zwischen ähnlichen und nicht ähnlichen Waren dem Verwendungszweck eines Produktes maßgebliche Bedeutung zukommen. Hierbei ist im Interesse der Rechtssicherheit der werbenden Unternehmen ein objektiver Maßstab zugrunde zu legen, auch wenn der Kunde subjektiv möglicherweise einen anderen Verwendungszweck verfolgt oder wenn er einem Verkehrskreis angehört, der auf einen anderen Verwendungszweck gegebenenfalls Rückschlüsse zulässt.

Ein Unternehmer braucht also beim Verkauf von Bürosoftware einen etwaigen entgegenstehenden Willen des Kunden im Hinblick auf künftige Werbemaßnahmen für Unterhaltungssoftware weder erkennen noch erforschen. Durch die jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit und die entsprechenden Hinweispflichten des Unternehmers ist der Kunde in ausreichender Weise geschützt.

2.4 SMS- und MMS-Werbung

Die Ausführungen zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung gelten *gleichermaßen auch* für die Werbung mit SMS- und MMS-Nachrichten. Der in § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 UWG verwendete Begriff der elektronischen Post wird in Art. 2 h der Europäischen Richtlinie für elektronische Kommunikation als Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht definiert, die über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickt wird und im Netz oder im Endgerät des Empfängers bis zum Abruf gespeichert werden kann.

Die SMS-Nachricht wird zudem in Erwägungsgrund 40 der Richtlinie als Unterfall der elektronischen Post genannt. Unter der elektronischen Postadresse im Sinne der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG ist damit bei SMS- und MMS-Werbung die Mobiltelefonnummer des Kunden zu verstehen.

2.5 Transparenzgebot

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG ist schließlich eine unzumutbare Belästigung immer dann anzunehmen, wenn bei einer Werbung mit Nachrichten die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder keine gültige Adresse angegeben wird, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten zu den normalen Übermittlungskosten richten kann.

Das Tatbestandsmerkmal der *Nachricht* wird in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG legal definiert und umfasst im wesentlichen die Sprachtelefonie, Telefaxschreiben und elektronische Post wie E-Mail und SMS-Nachrichten. Das Transparenzgebot soll die Durchsetzung der Ansprüche gegen den Werbenden erleichtern.

3 Auswirkungen auf Online-Marketing

Im Bereich des Online-Marketings ist das Lauterkeitsrecht nicht nur für die E-Mail-Werbung, sondern für zahlreiche weitere Fallkonstellationen von Bedeutung. Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, den jeweiligen Meinungsstand zu diesen Fallkonstellationen erschöpfend zu referieren. Daher soll an dieser Stelle lediglich auf die jeweils einschlägige Problemstellung und

etwaige Änderungen durch die neue Gesetzesfassung hingewiesen werden.

3.1 Deep-Links und Inline-Links

Wettbewerbsrechtliche Fragestellungen ergeben sich beispielsweise bei der *Verwendung von Hyperlinks*, also den Verknüpfungen von Websites mit anderen Websites im Internet. Als Wesensmerkmal des Internet sind Hyperlinks grundsätzlich rechtlich nicht zu beanstanden. Probleme ergeben sich jedoch bei den sogenannten Deep-Links und Inline-Links.

Beim *Deep-Linking* werden Hyperlinks in der Weise eingesetzt, dass der Nutzer direkt auf einzelne Seiten einer anderen Website geleitet wird, ohne dass er zunächst die Einstiegsseite dieses Internetangebotes zur Kenntnis nimmt. Beim *Inline-Linking* wird der Inhalt einer anderen Website auf der eigenen Website ohne Wechsel der Internetadresse in einem Frame dargestellt, so dass der Benutzer den Eindruck hat, er finde das Angebot noch auf dem ursprünglichen Server.

Abgesehen von der urheberrechtlichen Problematik solcher Links stellte sich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht unter dem Regime der alten Gesetzesfassung die Frage nach dem Vorliegen einer Ausbeutung durch Übernahme fremder Leistung und durch Herkunftstäuschung als Fallgruppe des § 1 UWG.

In der neuen Gesetzesfassung ergeben sich durch die Aufnahme des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in § 4 Nr. 9 UWG keine relevanten Änderungen gegenüber der alten Rechtslage, zumal die dort genannten Fallgruppen entsprechend der allgemeinen Regelungsstruktur der Beispielstatbestände nicht abschließend ist.

3.2 Meta-Tags

Weitere Probleme ergeben sich für den Bereich der sogenannten *Meta-Tags*. Meta-Tags sind Angaben im HTML-Quellcode einer Internetseite, die für den Internetnutzer zwar nicht sichtbar sind, aber bei der Stichwortsuche im Internet von den Suchmaschinen berücksichtigt werden. Dies führt dazu, dass viele Unternehmen in den Meta-Tags ihrer Website fremde Namen und Kennzeichen oder mit dem eigenen Angebot nicht zusammenhängende sachfremde Gattungsbegriffe unterbringen, um durch eine möglichst hohe Platzierung im

Ergebnis der Suchmaschine Kunden auf ihre eigene Website zu leiten, obwohl dort keine dem Suchbegriff entsprechenden Waren oder Dienstleistungen angeboten werden.

Unabhängig von einschlägigen Regelungen des Markenrechts stellte sich in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nach der alten Gesetzesfassung sowohl bei der Verwendung fremder Namen und Kennzeichen als auch bei der Verwendung von sachfremden Gattungsbegriffen die Frage nach einer *Absatzbehinderung* durch gezieltes Abfangen von Kunden als Fallgruppe des § 1 UWG und die Frage nach einer Irreführung von Verbrauchern im Sinne des § 3 UWG.

In der neuen Gesetzesfassung ergeben sich insofern weder durch die Aufnahme des Behinderungstatbestands in § 4 Nr. 11 UWG noch durch die Neufassung des Irreführungstatbestands in § 5 UWG relevante Neuerungen gegenüber der alten Rechtslage. Dies gilt im Ergebnis auch für die entsprechenden Fallkonstellationen bei der Adressierung von Internetseiten mit Domain-Namen. Hier stellt sich zum einen die Frage, inwieweit die Registrierung fremder Namen und Kennzeichen als Domain-Namen aufgrund der hierdurch eintretenden Sperrwirkung für die Namens- und Kennzeicheninhaber eine unlautere Behinderung darstellt. Zum anderen war lange Zeit umstritten, ob die Verwendung allgemein beschreibender Gattungsbegriffe in Domain-Namen zu einer Absatzbehinderung durch unlauteres Abfangen von Kunden oder zu einer Irreführung von Verbrauchern kann.

3.3 Pop-Up-Fenster

Im Bereich der Werbung mit *Pop-Up-Fenstern*, die sich bei dem Aufrufen oder Verlassen einer Website auf dem Bildschirm öffnen, stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Belästigung des Internetnutzers. Für das alte Recht wurde in Fällen massenhaft erscheinender Pop-Up-Fenster, die sich nicht durch Wegklicken beseitigen lassen oder beim Wegklicken zum Erscheinen weiterer Pop-Up-Fenster führen, das Vorliegen eines Wettbewerbsverstößes unter dem Gesichtspunkt der Belästigung als Fallgruppe des § 1 UWG bejaht.

Nach der Neufassung des UWG können derartige Fälle als *unzumutbare Belästigung* unter § 7 Abs. 1 UWG subsumiert werden. Im übrigen könnte eine erkennbar unerwünschte Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2

Nr. 1 UWG vorliegen, wenn in Zukunft die Möglichkeit bestehen sollte, Pop-Up-Fenster über den Browser für Seitenbetreiber erkennbar als unerwünscht zu definieren. Angesichts der derzeit bestehenden Möglichkeiten, Pop-Up-Fenster durch Zusatzprogramme bereits auf technischem Wege zu unterbinden, ist eine derartige Entwicklung aber wohl nicht zu erwarten.

3.4 Startseiten-Hijackings

Eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 UWG dürfte im Übrigen auch in der Fallkonstellation des sogenannten Startseiten-Hijackings vorliegen.

Bei diesem recht neuen Phänomen wird die Startseiteneinstellung des Browsers durch ein unbemerkt geladenes Internetprogramm derart manipuliert, dass der Internetnutzer bei jedem Browserstart auf die Website eines bestimmten Anbieters gelenkt wird. Diese Manipulation lässt sich im Browser nicht mehr rückgängig machen. Der Nutzer kann sich nur durch Änderungen der Einträge in der Registry helfen, was ohne fortgeschrittene Computerkenntnisse oder spezielle Hilfsprogramme kaum möglich ist.

3.5 Dialer Programme

Bei der Verwendung von Dialer-Programmen stellt sich eine wettbewerbsrechtliche Problematik dann, wenn die initiierte Internetverbindung über eine teure Mehrwertdiensternummer aufgebaut wird, ohne dass der Nutzer über den Verbindungsaufbau als solchen oder über die hierbei anfallenden Gebühren ausreichend informiert worden ist.

Ein solches Vorgehen verstößt gegen § 312 e Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3 Nr. 1 BGB-InfoV und § 43 b TKG und stellt sich unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch sowohl nach der entsprechenden Fallgruppe zu § 1 UWG alter Fassung als auch nach dem neuen § 4 Nr. 11 UWG als wettbewerbswidrig dar.

3.6 Zwischenfazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Reform des Lauterkeitsrechts für den Bereich des Online-Marketings außerhalb der E-Mail-Direktwerbung im Ergebnis keine wesentlichen Veränderungen mit sich bringt. Die genannten Fallkonstellationen unterfallen in weiten Teilen den aner-

kannten Fallgruppen der Rechtsprechung zur Generalklausel der alten Gesetzesfassung, die in die neue Gesetzesfassung übernommen worden sind. Soweit dies nicht der Fall ist, ist angesichts des nicht abschließenden Charakters der Beispielstatbestände von einer im Wesentlichen unveränderten Fortgeltung der anerkannten Fallgruppen auszugehen.

Zwar verwendet die neue Generalklausel nicht mehr den vom Gesetzgeber als antiquiert und missverständlich angesehenen Begriff der guten Sitten, sondern spricht nur noch von unlauteren Wettbewerbshandlungen. Damit ist jedoch keine Änderung der bisherigen Wertmaßstäbe verbunden.

Darüber hinaus setzt die neue Generalklausel eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs voraus. Dies soll allerdings lediglich die Verfolgung bloßer Bagatelverstöße ausschließen, so dass die Schwelle nicht zu hoch anzusetzen ist und auch insofern keine wesentliche Änderung der Rechtslage zu erwarten ist.

Die erstmalige ausdrückliche Erwähnung des Verbrauchers als Schutzsubjekt in den neuen §§ 1, 3 UWG dürfte für die künftige Rechtsanwendung ebenfalls keine Neuerungen bringen. Zum einen war der Verbraucher als Schutzsubjekt des Lauterkeitsrechts schon im Rahmen des alten Rechts anerkannt. Zum anderen ist eine Verschärfung des Lauterkeitsrechts durch die ausdrückliche Erwähnung des Verbraucherschutzes bereits deshalb nicht zu erwarten, weil die Rechtsprechung inzwischen nicht mehr das Leitbild des flüchtigen Durchschnittsverbrauchers, sondern das des durchschnittlich informierten, verständigen Verbrauchers zugrunde legt.

4 Gewinnabschöpfungsanspruch

Auf der Rechtsfolgenseite ist neben der Systematisierung der Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche und der Aufnahme eines ausdrücklichen Anwendungersatzanspruchs bei berechtigter Abmahnung vor allem der neu in das Gesetz aufgenommene Gewinnabschöpfungsanspruch für den Bereich der Informationstechnologie von Bedeutung.

4.1 Voraussetzungen

Nach § 10 Abs. 1 UWG kann derjenige, der vorsätzlich unlautere Wettbewerbshandlungen

im Sinne des § 3 UWG vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, von den in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG benannten Wirtschaftsverbänden, Verbraucherverbänden und Kammern auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

Bereits erfolgte Zahlungen aufgrund von individuellen Ersatzansprüchen der Abnehmer und Mitbewerber sowie Zahlungen aufgrund staatlicher Sanktionen sind nach § 10 Abs. 2 UWG von dem abzuschöpfenden Gewinn abzuziehen oder aus dem abgeschöpften Gewinn zurückzuerstatten.

Durch die Aufnahme des Gewinnabschöpfungsanspruchs sollen unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung die Durchsetzungsdefizite des bisherigen Lauterkeitsrechts bei sogenannten Streuschäden beseitigt werden. Dies betrifft Fallkonstellationen, in denen der Verletzte zwar durch die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern erhebliche Gewinne erzielen kann, der Schaden des Einzelnen hingegen im Bagatellbereich bleibt, so dass der Betroffene aufgrund des unverhältnismäßigen Aufwands von einer Rechtsverfolgung in der Regel absieht.

Häufig anzutreffende Fälle dieser Art sind etwa die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund, Vertragsschlüsse aufgrund irreführender Werbung, gefälschte Produkte und sogenannte Mogelpackungen.

Gerade im Bereich der Informationstechnologie dürfte die Norm weite Anwendungsfelder eröffnen. Zu nennen ist hier beispielhaft der Vertrieb von gefälschten Produkten über das Internet oder der Aufbau einer Internetverbindung über eine teure Mehrwertdiensternummer, ohne dass der Nutzer über den Verbindungsaufbau oder die anfallenden Gebühren informiert worden ist.

4.2 „auf Kosten“

Durch das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ einer Vielzahl von Abnehmern stellt das Gesetz klar, dass der Anspruch nur dann besteht, wenn der Gewinnerzielung des Verletzers unmittelbar ein Vermögensnachteil der Abnehmer gegenübersteht.⁷ Dies erinnert an das bereicherungsrechtliche Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung und an das strafrechtliche

⁷ So ausdrücklich die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 15/1487, S. 24.

Kriterium der Stoffgleichheit im Rahmen des Betrugstatbestandes.

Als Vermögensnachteil ist dabei jede wirtschaftliche Schlechterstellung anzusehen, wobei die vom Verletzer erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen ist. An einem Vermögensnachteil wird es daher grundsätzlich dann fehlen, wenn der erzielte Preis völlig angemessen ist und der Abnehmer auch sonst keinen Nachteil erlitten hat, etwa in Form von Aufwendungen, die ohne die unlautere Wettbewerbsbehandlung nicht angefallen wären. Die Gegenleistung hat allerdings außer Betracht zu bleiben, wenn die Abnehmer hieran kein Interesse haben.

Die Höhe des abzuschöpfenden Gewinns errechnet sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Kosten für die erbrachten Leistungen, wobei im Bestreitensfall § 287 ZPO anzuwenden ist. Aus all dem folgt für das oben genannte Beispiel des Vertriebs von gefälschten Produkten über das Internet, dass in derartigen Fällen das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ einer Vielzahl von Abnehmern erfüllt ist, da die Abnehmer für den gezahlten Kaufpreis eine minderwertige Ware erhalten. Allerdings ist der Wert der gelieferten Produkte vom Gewinnabschöpfungsanspruch abzuziehen, wenn nicht im Einzelfall von einem Interessenfall bei den Abnehmern auszugehen ist.

Zieht der Verletzer seinen Gewinn aus dem Aufbau einer Internetverbindung über eine Mehrwertdienstnummer unter Verstoß gegen seine Informationspflichten, ist der objektive Wert der erbrachten Gegenleistung, etwa in Form der Nutzungsmöglichkeit eines bestimmten Internetdienstes, in Abzug zu bringen. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Verletzer den Verbindungsaufbau mit Hilfe eines Dialerprogramms ohne Wissen der Internetnutzer veranlasst, da die Nutzer in diesem Fall bereits von

vornherein kein Interesse an einer etwaigen Gegenleistung haben.

Bei wettbewerbswidrigen E-Mail-Kampagnen ist zu beachten, dass ein Vermögensnachteil bei den Abnehmern allenfalls im Hinblick auf den eigenen Ressourcenverbrauch beim E-Mail-Empfang liegen kann, während der vom Versender aufgrund der Kampagne erzielte Gewinn auf dem Abschluss und der Abwicklung rechtsfehlerfreier Verträge beruht. Dem Vermögensnachteil der Abnehmer steht demnach die Gewinnerzielung des Versenders nicht unmittelbar gegenüber. Das Tatbestandsmerkmal „auf Kosten“ in § 10 Abs. 1 UWG führt somit dazu, dass wettbewerbswidrige E-Mail-Kampagnen grundsätzlich nicht zu einem Gewinnabschöpfungsanspruch führen können.

4.3 Zwischenfazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Aufnahme eines Gewinnabschöpfungsanspruchs in das UWG in seiner Zielsetzung zu begrüßen ist und gerade im Bereich der Informationstechnologie weite Anwendungsfelder eröffnet. Inwieweit der Anspruch in der Praxis ein effektives Mittel zur Abschreckung und zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs bietet, bleibt allerdings abzuwarten.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die alleinige Aktivlegitimation der Verbände und Kammern, die im Unterliegensfall das volle Kostenrisiko tragen und im Obsiegensfall die abgeschöpften Gewinne an den Bundeshaushalt abführen müssen, sowie im Hinblick darauf, dass die Rechtsverletzer gerade im Bereich des Internet häufig aus dem Ausland vorgehen und daher nur schwer zu belangen sind.

5 Ergebnis

Im Hinblick auf die modernen Werbeformen der Informationsgesellschaft bringt die Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nur wenige bedeutsame Veränderungen gegenüber der alten Rechtslage.

Zu nennen ist hier zum einen die Verschärfung im Bereich der Fax- und E-Mail-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden, die entgegen der Rechtsprechung zur Generalklausel der alten Gesetzesfassung nicht mehr durch ein vermutetes sachliches Interesse des Empfängers legitimiert werden kann.

Zum anderen gilt im Bereich des E-Mail-Direktmarketings nunmehr eine eng umgrenzte ausdrückliche Ausnahme für die Werbung gegenüber Verbrauchern und Gewerbetreibenden, wenn diese einem Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen ihre E-Mail-Adresse überlassen. Rechtssicherheit für die werbenden Unternehmen dürfte diese Ausnahme jedoch erst dann bieten, wenn der in der Neuregelung vorausgesetzte Begriff der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit von der Rechtsprechung mit Leben gefüllt worden ist.

Im Übrigen ergeben sich für den Bereich des Online-Marketings kaum materielle Veränderungen, die Stoff für neue Argumente bei den zum Teil umstrittenen Fragen zu den genannten Fallkonstellationen liefern können. Die Aufnahme des Gewinnabschöpfungsanspruchs zur Beseitigung der Durchsetzungsdefizite bei Streuschäden bringt eine begrüßenswerte Neuerung, deren praktische Bedeutung jedoch gerade im Bereich der Informationstechnologie abzuwarten bleibt.



Hans Fischer | Datenschutzbeauftragter

Gleichgesinnte! Die Gesellschaft für Informatik ist das Diskussionsforum für rund 24.000 Mitglieder aus Wirtschaft, Wissenschaft, Forschung, Hochschule und Praxis. In Fachausschüssen, Fachgruppen, Beiräten und Anwendergruppen werden Themen diskutiert, die so vielfältig sind, wie die Informatik selbst. Unseren Mitglieder bieten wir zahlreiche Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten und unterstützen sie bei ihrer beruflichen Tätigkeit. Zusätzlich genießen sie eine Vielzahl finanzieller Vergünstigungen. Informationen zur Mitgliedschaft erhalten sie unter Telefon 0228 / 302-145 oder auf unserer Website.

WWW.GI-EV.DE · INFO@GI-EV.DE | GI – GESELLSCHAFT FÜR INFORMATIK E.V.



Zur Person:
 Prof. Dr. Thomas Hoeren
 Institut für Informations-,
 Telekommunikations- und
 Medienrecht an der Westfälischen
 Wilhelms-Universität
 hoeren@uni-muenster.de



Die Top 5

Multimediarrecht im Internet

1. www.heise.de/newsticker

Der Heise-Newsticker berichtet seit Jahren in erstaunlicher Aktualität über Trends, nicht nur im Internetrecht, sondern auch allgemein in der Internetszene. Wer sich also wirklich auf dem Laufenden halten und den Mainstream mitverfolgen will, kommt um den Heise-Newsticker nicht herum.

2. www.jurpc.de

Bei der Aufzählung der fünf interessantesten Websites darf ein Verweis auf JurPC nicht fehlen. Die seit langer Zeit bestehende „Zeitschrift für Rechtsinformatik“ aus dem Hause des Kollegen Herberger bringt neben spannenden Beiträgen auch die aktuelle Rechtsprechung. Die Zeitschrift ist gut gemacht, innovativ und vorwärtsweisend. Zudem enthält sie ein breit angelegtes und für den Anwalt durchaus nützliches Archiv sowie einen Mail-Service.

3. www.dud.de

DuD stand ursprünglich für die lezenswerte Fachzeitschrift „Datenschutz und Datensicherheit“. Der elektronische Auftritt geht jedoch weit über den Bereich Datenschutz hinaus und verweist auf viele Fragen des Informationsrechts. Auch hier findet sich ein Mail-Service, der sich sehen lassen kann. Man weiß nicht, wie die Redaktion von DuD es schafft, aber hier finden sich Materialien, die man sonst lange Zeit von Lobbyisten und sonstigen informellen Bekannten erbetteln musste.

4. www.datenschutz-berlin.de

Mein Lieblingsdatenschutzbeauftragter ist – ohne anderen nahe treten zu wollen – Herr Kollege Garstka. In seiner Eigenschaft als Berliner Datenschutzbeauftragter sammelt er auf seiner Homepage umfassend Materialien zum Da-

tenschutz und zur Informationsfreiheit. Die Seite ist unbestritten ein Vorbild an Transparenz und Aktualität, auch wenn andere Datenschutzbeauftragte ihm in der Zwischenzeit nachfolgen.

5. www.law.cornell.edu

Beim internationalen Recht kommt man an dem altherwürdigen „Legal Information Institute“ der Universität Cornell nicht vorbei. Hier findet sich einfach alles, – und zwar weit über das „Multimediarrecht“ hinaus. Man findet je nach Land und Rechtsgebiet interessante Hinweise, kann stundenlang surfen und stößt auf eine Menge Wissenswertes. Genau ein solches Internet-Portal braucht derjenige, der sich informieren will und beispielsweise die speziellen Informationen zu Rechten des Verbrauchers beim elektronischen Vertragsabschluss nach schwedischem Recht bekommen will.