

Rechtliche Probleme im Internet

Werbung im Internet

Helmut Farthofer Dr. Gerhard Laga Mag. Kurt Nemeč

Institut für Rechtswissenschaften TU Wien
Univ. Lektor RA DR. Walter Lattenmayer

Inhaltsverzeichnis

1. KAPITEL: WERBEN IM INTERNET AUS WIRTSCHAFTLICHER TECHNISCHER SICHT	4
1.1 EINFÜHRUNG	4
1.1.1 <i>Banner</i>	5
1.1.2 <i>Buttons</i>	5
1.1.3 <i>Microsites</i>	5
1.1.4 <i>e-mail</i>	7
1.1.5 <i>Keyword buying</i>	7
1.1.6 <i>Adbreaks</i>	8
1.2 BEGRIFFE ZUR QUANTIFIZIERUNG DER WERBUNG IM WORLD WIDE WEB	8
1.2.1 <i>Allgemeines</i>	8
1.2.2 <i>Hits</i>	8
1.2.3 <i>Page Impressions oder Page Views</i>	8
1.2.4 <i>AdImpressions oder AdViews</i>	10
1.2.5 <i>Visits</i>	10
1.2.6 <i>Die Proxy-Server und Cache Problematik</i>	11
1.2.7 <i>Cookies</i>	13
1.3 DIE ÖSTERREICHISCHE WEB- ANALYSE/ ÖWA.....	14
1.3.1 <i>Das Messverfahren der ÖWA</i>	14
2. KAPITEL: GESETZLICHE REGELUNGEN:.....	16
2.1. SPAMMING.....	16
2.2.NATIONALE GESETZGEBUNG:	18
2.1.1. <i>Telekomgesetz vor letzter TKG Novelle</i>	21
2.1.2.1. <i>Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie - Verbot von Email ohne vorherige Zustimmung?</i>	22
2.3. RICHTLINIENVORSCHLAG ELECTRONIC COMMERCE; ARTIKEL 7 UNERBETENE KOMMERZIELLE KOMMUNIKATION	28
2.4. ZUSAMMENFASSUNG SPAMMING	31
2.5. COOKIES	31
2.6. BANNERWERBUNG	34

3. KAPITEL: GRÜNBUCH DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION ZUR KOMMERZIELLEN KOMMUNIKATION IM BINNENMARKT	34
3.1. EINLEITUNG:	35
3.2. TEIL I. KOMMERZIELLE KOMMUNIKATION IN DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT.....	37
3.3. TEIL II: BEWERTUNG DES BEDARFS AN GEMEINSCHAFTSAKTIONEN:.....	38
3.4. TEIL III: ERMITTLUNG SPEZIELLER BEREICHE FÜR GEMEINSCHAFTS-MAßNAHMEN	39
3.5. TEIL IV: VORSCHLÄGE FÜR DIE KONSULTATION:	40
3.6. ZUSAMMENFASSUNG.....	40
4. KAPITEL: ZUR SITUATION IN AMERIKA:	40
4.1. THE PRIVATE SECTOR SHOULD LEAD:	40
4.2. KOMMERZIELLE KOMMUNIKATION:	41
4.3. FREIWILLIGE REGELUNGEN:	42
4.4. ZUSAMMENFASSUNG:	42

1. Kapitel: Werben im Internet aus wirtschaftlicher technischer Sicht

Literatur: Business Impressum Archiv -- Specials Newsletter Do., 10. Dezember 98 Einigung über "AdImpression" - und nun?, <http://www.gnn.de/>; Medienverbände standardisieren AdReporting, <http://www.dmmv.de/>; AdImpressions - Definition und Designbeispiele., <http://www.pz-online.de/>; Internet-Umfrage zur Zukunft der Bannerwerbung in interaktiven Medien, <http://solix.wiso.uni-koeln.de/>; media.w@tch Newsletter 4/98 13.11.98, <http://www.mediawatch.at/>; Werben im INTERNET mit Werbefläche, Werbung, Bannerplatzierung, Hits, Zugriffe, Protokolldatei Click-Thru-Rate, CTR, Mausclicks, Werben, AdClicks, Klicks, Button, Bannern, Werbemittelkontakte, Werbeträgerleistung, Werbemittelkontakte, Page Views, <http://www.archmatic.com/>, Diplomarbeit d9, <http://lwi2.wiwi.uni-frankfurt.de/>; Die Österreichische Webanalyse, <http://www.oewa.at>

1.1 Einführung

Wie auch bei den klassischen Medien ist das gängige Wirtschaftsmodell der Web-Anbieter auf eine Refinanzierung durch Werbung gesetzt.

Die klassische Werbekommunikation ist eine Einwegkommunikation von einem Medium zu vielen Rezipienten, eine "one-to-many communication". Bei diesen Medien ist keine persönliche Kommunikation gegeben. Durch verschiedene Angebote versucht z.B. das Fernsehen einen direkten Feedback zu erzielen, was sich jedoch auf eine geringe Anzahl von Nutzern beschränkt.

Online-Kommunikation hingegen weist mehrere Formen der Kommunikation auf:

"one-to-one communication": es besteht die Möglichkeit, daß jeder am Netz angeschlossene Rechner zu jedem anderen Kontakt aufnimmt.

"one-to-few communication": es besteht die Möglichkeit, zur gezielten Übermittlung von Werbebotschaften an beliebig zu definierende Zielgruppen.

"one-to-many communication": es besteht die Möglichkeit, wie bei den klassischen Medien auch zur Bereitstellung standardisierter Informationen für die Gesamtheit der Nutzer.

Die meist gebrauchten Werbemöglichkeiten im Web sind: Banner, Button, Sponsoring, Microsites sowie e-mail, keyword buying und adbreaks.

1.1.1 Banner

Banner sind kleine Grafiken oder Texte die als Dateien in HTML-Dokumente eingebunden werden. Interaktive Elemente oder Videos können auch mitenthalten sein. Sie können mit jedem Reload des Dokuments wechseln oder per Animation ihr Aussehen verändern. Banner sind meistens anklickbar, d.h. per Hyperlink mit einer Seite des beworbenen Angebots verbunden.

1.1.2 Buttons

Hingegen sind Buttons kleinere statische Werbeflächen. Dabei handelt es sich hier um institutionalisierte Hinweise auf einen Sponsor oder ein Produkt. Bestes Beispiel für Buttons sind die Als eine Abwandlung zum Werbebanner werden Microsites immer häufiger eingesetzt. Klickt der User auf der in einer Seite integriertes Fenster, öffnet sich ein kleines Icon des Werbekunden, indem das WWW-Angebot präsentiert wird. Der Vorteil ist, daß der User nicht von der Ziel-Page weggehen muß und trotzdem die gewünschten Informationen erhält.

Buttons enthalten, wie auch Banner Hyperlinks als Verweis auf weiterführende Informationen. Die Größen der Buttons sind ebenfalls sehr unterschiedlich. Für den größten quadratischen Button wurden 125 x 125 Pixel vorgeschlagen und der Micro-Button sollte 88 x 31 Pixel betragen.

1.1.3 Microsites

Als eine Abwandlung zum Werbebanner werden Microsites immer häufiger eingesetzt. Klickt der User auf der in einer Seite integriertes Fenster, öffnet sich ein kleines Icon des

Werbekunden, indem das WWW-Angebot präsentiert wird. Der Vorteil ist, daß der User nicht von der Ziel-Page weggehen muß und trotzdem die gewünschten Informationen erhält.

1.1.4 e-mail

Die elektronische Post oder e-mail ist eine der Hauptanwendungen des Internets. Elektronische Post ist definiert als ein Informationsaustausch, der mittels Computern über Telekommunikationsnetze nach dem "Store-and-Forward"-Prinzip, also mit Zwischenspeicherung, realisiert wird. Die elektronische Post wird im Postfach des Empfängers gespeichert, bis dieser sie - häufig noch am gleichen Tag - liest und beantworten kann. Man spricht deshalb auch von asynchroner Kommunikation.

1.1.5 Keyword buying

Suchmaschinen bieten dem Werbungtreibenden eine interessante Plattform für Werbeaktivitäten. Über Suchbegriffe ermöglichen sie eine personalisierbare Werbung, stellen auf inhaltliche Features content nahe Werbeplätze zur Verfügung und bieten neben den Browsern die höchsten Reichweiten an. Dem Werbekunden von Suchmaschinen wird auch die Möglichkeit der Buchung von Suchbegriffen (Keyword buying) angeboten.

Hier müssen zwei Formen des keyword buying unterschieden werden.

a. Das echte Keyword Buying.

Hier wird das Suchwort selbst gekauft, sodaß beim Anzeigen des Suchergebnisses der Käufer des Suchbegriffes an erster Stelle der Ergebnisliste erscheint.

b. Das Keyword Advertising

Beim Keyword Advertising wird dem Werbekunden von Suchmaschinen die Möglichkeit der Buchung von individuell festlegbaren Suchbegriffen angeboten, bei deren Aufruf das inhaltlich korrespondierende Werbebanner präsentiert wird. Auf dieser Weise erreicht die Werbebotschaft den potentiellen Kunden genau dann, wenn der Nutzer sich intensiv mit dem Thema auseinandersetzt.

1.1.6 Adbreaks

Ad-Break ist eine Unterbrechung in Form einer Werbeeinblendung, das bedeutet daß nach einer bestimmten Anzahl von angeklickten Seiten im WWW automatisch eine bildschirmgroße Werbeinsel eingeschaltet wird. Germany.net z.B. gehört zu den kostenlosen Providern in Deutschland. Seine Finanzierung erfolgt über AdBreaks. Germany.net generiert eine Response-Rate von 27 %, demzufolge wesentlich höhere Werte als herkömmliche Bannerwerbung.

1.2 Begriffe zur Quantifizierung der Werbung im World Wide Web

1.2.1 Allgemeines

Sogenannte Werbewährungen ermöglichen die Quantifizierbarkeit und den intra-medialen Vergleich der Werbeträgerleistungen, sowie auch die Messung der Attraktivität einer Website und deren Reichweite.

1.2.2.Hits

Mit Beginn der Werbung im Web zählten viele Online-Anbieter schlicht die Zeilen ihres Logfiles, die dazugehörige Größe heißt Hits, auf deutsch oft mit Abrufen übersetzt. Diese Größe ist nicht besonders aussagekräftig, da jede Grafik, jeder Frame oder jede eingebundene Datei einen Hit erzeugt. Dies verfälscht dementsprechend die Statistik, wenn Seiten mehrere Grafikdateien enthalten: bei nur einem Abruf einer solchen Seite, produzieren die Dateien entsprechend viele Hits. Wegen derartiger Probleme bedarf es zur Leistungsmessung eines Seitenbegriffs, der vom Layout und der Struktur unabhängig ist.

1.2.3 Page Impressions oder Page Views

Page Impressions - oder früher Page Views genannt - liefern ein Maß für die Nutzung

einzelner Seiten eines WWW-Angebots, und "bezeichnen die Anzahl der Sichtkontakte beliebiger Benutzer mit einer potentiell werbeführenden HTML-Seite."

Page Impressions werden als Nettowerte ausgewiesen. Daher sind sie um folgende Abrufe bereinigt:

- interne Abrufe durch Mitarbeiter, Provider oder betreuende Agenturen,
- Abrufe durch nicht grafikfähige Browser,
- programmgesteuerte Abrufe durch Robots, die automatisch Links auf bestimmten Seiten anklicken (Bots oder Spiders),
- Abrufe irrelevanter Frames, wie z.B.: Werbeframes, Navigationsframes.

Anhand des vierten Punktes ist die Ausweisung von Page Impressions nur zulässig für Seiten, die auf Anforderung des Nutzers generiert werden.

Gemäß der ÖWA-Richtlinien zur Messung der Werbeträgerleistung gilt bei einem Angebot, das sich aus mehreren Frames zusammensetzt, "jeweils nur der Inhalt eines Frames als Content. Der Erstaufruf eines Framesets zählt also nur als ein Page Impression, ebenso wie jede weitere nutzerinduzierte Veränderung des entsprechenden Content-Frames. Demnach wird pro Nutzeraktion nur ein Page Impression gezählt.

Wird ein Werbemittel in eine Content-Page ohne Frame geschaltet, gibt der seitenbezogene Page Impression-Wert die Abrufhäufigkeit dieser Seite und somit die des Werbemittels an.

Ist das Werbemittel jedoch in einem separaten Werbe-Frame integriert, der immer auf dem Bildschirm sichtbar ist, während der Nutzer andere Content-Seiten aufruft, so wird jeder neue Content-Abruf auch als Page Impression für den Werbe-Frame gezählt. Obwohl das Werbemittel eigentlich nur einmal an den Nutzer übertragen wird, erfolgt durch die erneute Zählung des Werbe-Frames eine höhere Page Impression auch für das Werbemittel.

Somit quantifizieren die Page Impressions die Werbeträgerkontakte. Sie beschreiben auch

die Werbemittelkontakte, also wie oft die Chance existiert, daß der Nutzer das Werbemittel betrachtet. Page Impressions drücken aber nicht aus, ob der Rezipient den Banner auch tatsächlich wahrnimmt.

Die Summe aller Page Impressions drückt die Gesamtattraktivität eines Werbeträgers aus. Sie bezieht sich nur auf Abrufe von Content-Pages und nicht auf Abrufe der Werbe- oder Navigationsframes. Diese wird monatlich von den Online-Anbietern bei der IVW gemeldet und publiziert.

1.2.4 AdImpressions oder AdViews

Da bei jedem Content-Abruf auch ein Page Impression für den Werbe-Frame, also für das Werbemittel entsteht, gewinnt der Begriff des AdImpression immer mehr an Bedeutung. Ein AdImpression bezeichnet den einwandfrei erfolgten technischen Abruf eines Buttons oder Banners.

Die Anzahl der Page Impressions ist bei der Schaltung eines Werbemittels direkt auf der Content-Page - ohne zusätzlichen Werbeframe - identisch mit der Anzahl der AdImpressions. Jedoch ist die Anzahl der Page Impressions bei Web-Seiten mit Werbeframe größer als die der AdImpressions des entsprechenden Werbebanners.

Da sich diese Größe konkret auf den Abruf des Werbeframes bezieht, ist der Werbungtreibende eher an diesem Maß interessiert. Publiziert und kontrolliert werden jedoch die Page Impressions des Content-Angebots des Werbungtreibenden.

1.2.5 Visits

Ein Visit definiert den Werbeträgerkontakt und wird somit als Mediaplanungsgröße genutzt. "Ein Visit bezeichnet einen zusammenhängenden Nutzungsvorgang eines WWW-Angebots. Als Nutzungsvorgang zählt ein technisch erfolgreicher Seitenzugriff eines

Internet-Browsers auf das aktuelle Angebot, wenn er von außerhalb des Angebots erfolgt."

Ein Nutzer läßt sich aus datenschutzrechtlichen Gründen nur sehr umständlich als einzelne Person identifizieren, und meistens verbergen sich hinter einem Client mehrere verschiedene Personen.

Visits drücken demzufolge nicht die tatsächliche Anzahl der Nutzer aus, sondern ermitteln einen Eindruck über die Häufigkeit, mit der ein Web-Angebot von einem Client aus aufgerufen wurde. Das bedeutet, daß aus den Logfiles die Anzahl der IP-Adressen aufsummiert werden, welche mindestens eine WWW-Seite übertragen haben. Weitere Zugriffe von dieser Adresse werden ignoriert, sofern zwischen den Übertragungen eine festgelegte Zeitspanne nicht überschritten wird. Der Timeout Parameter drückt diese Zeitspanne aus, die zwischen zwei externen Zugriffen verstreichen muß, um den letzteren als neuen Visit zu registrieren.

Zur Zeit liegt bei der benutzten Meßsoftware der IVW der Timeout Parameter bei einer Minute, was bedeutet, daß innerhalb einer Minute zusätzliche externe Zugriffe derselben IP-Adresse nicht berücksichtigt werden.

Somit werden Schein-Visits ausgeschlossen. Ein Schein-Visit bezeichnet diejenigen Visits, die beim Aufrufen von Framesets innerhalb einer Site gezählt werden. Diese externen Zugriffe werden fälschlicherweise als Visits gewertet.

1.2.6 Die Proxy-Server und Cache Problematik

Die Messung sowohl der Page Impressions als auch der Visits gestaltet sich in der Praxis schwieriger als erwartet. Dieses liegt hauptsächlich am Einsatz sog. Proxy-Server. Diese Server werden eingesetzt, um die über das Internet zu transportierende Datenmenge zu reduzieren. Das bedeutet, daß Angebote, die User besonders oft anklicken, von diesen Proxy-Rechner zwischengespeichert werden, damit sie nicht immer über die volle Strecke zwischen dem Server eines Anbieters und dem Rechner eines Nutzers transportiert werden. Falls ein User somit eine Site anklickt, findet nicht zwingend beim Anbieter dieser Site ein Datenabruf statt.

Beim Anbieter erhält der Eintrag die URL-Adresse des Proxy-Server, was zu einer Verfälschung der Anzahl der Visits und Page Impressions führt.

Ein ähnlicher Effekt ergibt sich durch lokale Cache-Speicher, die auf dem Rechner des Nutzers vorliegen. Derartige Speicher werden verwendet, um die Darstellung bereits

einmal übertragener Seiten zu beschleunigen. So wird die Site eines Anbieters nur einmal angefordert, obwohl der Nutzer während der gesamten Verbindungszeit mehrmals auf diese Seite zugreift.

Dadurch führen sowohl lokale Cache-Speicher als auch Proxy-Server zu einer deutlichen verringerten Anzahl von Page Impressions und Visits.

Gerade die Angebote, die am häufigsten genutzt werden und deshalb fast immer im Cache vorliegen, sind von der Unschärfe bei der Erfassung überproportional betroffen.

Eine Lösung dieses Problems besteht in der Integration auf jeder einzelnen Seite eines Web-Angebots einer unsichtbarer, ein Pixel großer Grafik. Diese Grafik wird automatisch von einem in dem Web-Server eingefügtem Programm ausgesandt. Das Applet teilt dem Empfänger mit, d.h. dem Proxy-Server oder Cache-Programm, daß es diese Information nicht speichern darf. Dieses hat zur Folge, daß sobald der User über einen Proxy-Server auf eine Seite zugreift, wird zusätzlich noch die Grafik beim Server des Anbieters angefragt. Dadurch kann im Logfile des Anbieters genau festgestellt werden, wie oft das Bild und damit die Seite aufgerufen wurde. Dabei wird die Netzlast nur unwesentlich erhöht und die Anzahl der Visits bzw. Page Impressions nicht verzerrt.

1.2.7 Cookies

Die Cookie-Technologie kann effizient als quantitatives und vor allem als qualitatives Werbewirkungskontrollinstrument genutzt werden.

Cookies sind digitale Kennungen, die mit Hilfe von Programmen wie z.B. Java-Applets in Form von Dateien auf dem Rechner des Nutzers abgelegt werden. Der Zweck ist das Nutzungsverhalten der einzelnen Rezipienten zu ermitteln und somit spezifische Präferenzen innerhalb eines Browserprogramms zu vermerken. Der physische Vorgang besteht darin, daß, wann immer der Browser eines Benutzers ein Dokument von einem Server abrufen, die Cookie- Information an den Server zur Identifikation übermittelt wird.

Obwohl die meisten Browser diese Technologie bereits unterstützen, wird sie aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht immer eingesetzt. Der Nutzer muß vorab seine

Zustimmung für die digitale Kennung auf seiner Festplatte erteilen. Manche Anwender erklären sich dazu bereit, einen Cookie zu akzeptieren, wenn sich damit bestimmte Vorteile ergeben, wie z.B. eine Einrichtung eines persönlichen Inhlaltesprofils, mit dessen Hilfe Informationen über die Interessen des jeweiligen Users vorab gefiltert werden können.

1.3 Die Österreichische Web- Analyse/ ÖWA

Der Verein 'Österreichische Gemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern' - Österreichische Auflagenkontrolle/ÖAK errichtete 1997 als selbständigen Zweig eine Kontrolleinrichtung für die Prüfung von Online-Medien, die Österreichische Web-Analyse/ÖWA. Die Österreichische Web-Analyse/ÖWA beschäftigt sich mit Methodik, Software und Kontrollverfahren zur Bewertung und Zählung der Besucher ihrer Internet-Seiten. Die ÖWA orientiert sich dabei mit ihren Richtlinien und Methoden an den Vorgaben der IVW in Deutschland. Die Richtlinien für die Messung von Online-Anbietern entsprechen einem weltweit einheitlich definierten Begriffsstandard, der im Rahmen der IFABC entwickelt wurde.

1.3.1 Das Messverfahren der ÖWA

Das Meßverfahren des ÖWA weist sowohl PageImpressions als auch Visits aus. Dazu bedient es sich zweier spezieller technischer Methoden, die in ihrer Wirkung ineinandergreifen. Zum einen führt das Verfahren eine Teildynamisierung der HTML-Seiten eines Angebots durch: Ein sogenanntes CGI-Programm erzwingt bei jedem Browserzugriff auf eine URL (d. h. eine Webseite) die Übertragung einer 1 Pixel großen Grafik vom Webserver des Anbieters, auch wenn diese Seite bereits im lokalen Cache des Browsers oder dem des Proxy-Servers vorliegt. Die Seite selbst unterliegt weiterhin allen Cache-Mechanismen, die Netzlast erhöht sich pro Seitenzugriff daher lediglich um die Größe der Minigrafik (43 Byte). Da jeder Seitenzugriff protokolliert wird, läßt sich die Zahl der PageImpressions einfach und genau bestimmen. Zum anderen sortiert das Verfahren alle Nutzeraktionen in sogenannte Clickstreams ein. Ein Clickstream entsteht

aus einer Folge von Seitenabrufen eines bestimmten Web-Browsers über einen bestimmten Zeitraum. Das Verfahren identifiziert einzelne Browser, indem es Zusatzinformationen auswertet, die in normalen Log-Dateien nicht mitprotokolliert werden.

Bei diesen Zusatzinformationen handelt es sich um die HTTP-Header "Forwarded", "Via" und "User-Agent". Den Header "Forwarded" geben einige Proxies von sich aus weiter, er bezieht sich auf die Maschine, welche den ursprüngliche Seitenabruf weitergeleitet hat. "Via" enthält die gesamte Kette von Proxy-Weiterleitungen. "User-Agent" gibt Typ und Version des Web-Browsers sowie das Betriebssystem des Nutzer-Rechners an. Ein Clickstream zu einem Browser wird also stets über dessen IP-Nummer (real oder über Proxy), den Typ und das Betriebssystem zugeordnet. Visits entstehen aus Clickstreams. Im Prinzip kann man sich einen Clickstream als Abfolge eines oder mehrerer Visits vorstellen. Das Verfahren ermittelt innerhalb eines Clickstreams jene Startpunkte, an denen Visits beginnen. Dabei handelt es sich um Seitenabrufe des Angebots, welche von außen erfolgt sind, also nicht über einen internen Link des Angebots.

Die Unterscheidung zwischen innen und außen trifft das Verfahren mit Hilfe der Referer-Variable. Diese Variable wird vom Web-Browser übertragen und gibt an, von welcher URL (Seite) der Zugriff auf das aktuelle Angebot erfolgt ist. Kommt der Nutzer also von einer URL, die nicht Teil des Angebots ist, zählt dies als Startpunkt für einen neuen Visit. Bewegungen innerhalb des Angebots tragen hingegen nicht zu den Visits bei. Das Verlassen des Angebots zum Verfolgen eines Links mit direkter Rückkehr in das Angebot zählt ebenfalls nicht als Visit, da der Referer in diesem Fall noch eine interne URL enthält.

Ein Visit innerhalb eines Clickstreams gilt als beendet, wenn ein erneuter Zugriff von außen erfolgt. Zwischen dem letzten internen Zugriff und einem erneuten externen müssen aber wenigstens 60 Sekunden liegen. Dieser 'Timeout' dient zur Korrektur von Browserfehlern beim Erstaufwurf von Framesets. Derartige Aufrufe würden ohne Timeout mehrere falsche Visits generieren.

2. Kapitel: Gesetzliche Regelungen:

2.1. Spamming

Das Problem der **Belästigung durch Massen-Emails**, bzw. Email-Spamming¹ beschäftigt die Internet-„Gemeinde“ bereits seit einigen Jahren. Es handelt sich hierbei um das Versenden einer Email an eine Vielzahl von Adressaten, ohne daß diese je Kontakt zum Absender gehabt haben geschweige dem an dem Inhalt der Email Interesse haben.

In einschlägigen Mailinglisten (Netlaw, Online-Recht) wurden darüber bereits heftige Debatten geführt. Die Argumentation läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Die Befürworter eines Verbots von unerwünschten Emails argumentieren mit einer Analogie zur Rechtsprechung, die die unerbetene FAX-Zusendung nach § 1 UWG und § 823 Abs 1 dBGB verboten hat, da sie darin einen Eingriff in das Eigentum des Empfängers an Papier und Toner gesehen hat.

Die Gegner dieser Analogie führen ins Treffen, daß diese Argumentation bei Email nicht greife, da hierbei eben kein Papier und kein Toner verbraucht wird und die realen Abruf-Kosten jeder einzelnen E-Mail vernachlässigbar gering sind.

Die meisten Diskussionsteilnehmer sind sich aber darüber einig, daß das Internet es erstmals ermöglicht, die Kosten für Werbung vom Werbenden auf den Kunden zu übertragen. Denn der Aufwand des Werbenden beschränkt sich auf die Verfassung einer einzigen Email, die an eine Unmenge von Adressaten gerichtet ist. Es fallen hierbei keine messbaren Kosten für den Email-Versender an. Erst der Emailserver des Internetproviders vervielfältigt den Inhalt der Email für jeden Adressaten und erzeugt so eine Flut von identischer meist ungewünschter Information, die auf das Internet losgelassen wird. Wenn man weiß, dass die meisten Internetprovider den von ihren Kunden erzeugten Datenverkehr an andere Internetprovider mengenmäßig abrechnen, sieht man, wer der direkte Leid- und Kostentragende dieser Werbeaktion ist: der eigene Internetprovider. Diese sichern sich zwar meist in AGBs ab, sodass sie ihren Vertrag mit dem Spammer sofort kündigen könnten. Trotzdem wird ihr

¹ Zum Begriff „Spam“ siehe im Internet

<http://www.cnet.com/Resources/Info/Glossary/Terms/spam.html>

Datenverkehr nach außen größer, es entstehen höhere Kosten, die dann wieder an alle Kunden weitergegeben werden müssen.

Leidtragende des massenhaften Versendens von Werbe-Emails ist also mittelfristig jeder einzelne Internetnutzer.

Durch den länderunabhängigen Aufbau des Internets wird aber sofort klar, dass nur ein koordiniertes zumindest europaweit einheitliches Verbot der unerwünschten Emails zum gewünschten Ziel führen kann. Aus diesem Grund wird auch im hier vorliegenden Beitrag zwischen nationaler und EU-weiter Regulierung unterschieden.

Problematisch bei jeder gesetzlichen Regelung hinsichtlich des Verbots der Verwendung von Email ist, daß eine zu allgemeine Regelung auch allgemein akzeptierte Sachverhalte untersagen wird, eine den tatsächlichen Gegebenheiten angepaßte Bestimmung aber sehr kasuistisch und schwer lesbar sein wird und die allgemeine Akzeptanz dadurch fraglich ist.

Grundsätzlich bestehen Bedenken dagegen, neue Technologien sofort zu regulieren, ohne daß die Auswirkungen der Regulierung auch nur im Ansatz absehbar wären. So wird es technisch bald möglich sein², jedem einzelnen Informationspaket, das im Internet unterwegs ist, verschiedene Prioritäten und Wertigkeiten mitzugeben. Je höher die Wertigkeit und damit der Preis, desto schneller und zuverlässiger wird das Paket befördert. Bisher für den Durchschnittsverbraucher nicht zuverlässige Dienstleistungen wie Internettelephonie und Video via Internet könnten so wesentlich leistungsfähiger werden und – durch vom Werbeunternehmen bereits bezahlte Kosten – für den Konsumenten weiterhin kostenlos sein.

In den USA gibt es bereits vorkonfigurierte PCs, die an Kunden kostenlos abgegeben werden. Finanziert werden diese durch Werbung. Denn der Kunde kann nichts dagegen tun, daß ihm von seinem 17° Monitor nur 15° effektive Arbeitsfläche überbleiben. Der restliche Teil des Monitors zeigt Werbeeinblendungen, die via Internet aktualisiert werden. Die meisten dieser Angebote sind binnen Stunden vergriffen. Breiteste Bevölkerungskreise bekommen so Zugang zu Informationstechnologie, den sie sich sonst eventuell nicht leisten könnten.

² Bei Einsatz des Internet Protokolls 6

Solche Möglichkeiten werden in Österreich leider durch übereilt formulierte und hastig beschlossene Gesetze verhindert.

2.2.Nationale Gesetzgebung:

Nach Fertigstellung dieses Beitrags beschloss der Nationalrat am 15.7.1999 eine Änderung des § 101 Telekommunikationsgesetzes:³

1. Dem § 101 wird folgender Satz angefügt:

“Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen – jederzeit widerruflichen – Zustimmung des Empfängers.”

2. § 104 Abs. 3 Z 23 lautet wie folgt:

“23. entgegen § 101 unerbetene Anrufe oder die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken tätigt.”

Im Zuge der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie war im ersten vom Justizministerium vorgelegten Gesetzesentwurf zur Novellierung des KSchG genau dieser Passus vorgeschlagen worden. Da zu diesem Zeitpunkt gerade auf europäischer Ebene der Entwurf der E-Commerce Richtlinie vorgestellt wurde, der ebenfalls Regelungen zur Versendung ungewünschter Email enthält, wurde dieser Passus gestrichen und man kam überein, dass gegen grobe Belästigung mit Hilfe einer Analogie zu § 101 TKG vorgegangen werden könnte.

Nach Zuleitung der akkordierten KSchG-Novelle an das Parlament wurde von einigen privaten Initiativen⁴ gefordert⁵, ein Verbot der unerwünschten Zusendung von elektronischer Post in die Novelle aufzunehmen.

³ BGBl. I Nr. 188/1999, vergleiche dazu die Materialien des Parlaments: 2064 d.B. der XX GP – Telekommunikationsgesetz, Bericht und Antrag des Justizausschusses über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Telekommunikationsgesetz geändert wird. Im Internet unter http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/his/020/I02064_.html

⁴ EuroCAUCE (European Coalition Against Unsolicited Commercial Email) im Internet unter <http://www.euro.cauce.org>; media.nexus im Internet unter <http://www.medianexus.net>, quintessenz (Initiative zur Wiederherstellung der Bürgerrechte im Informationszeitalter) im Internet unter <http://www.quintessenz.at>, VIBE.AT (Verein für Internet-Benutzer Österreichs) im Internet unter <http://www.vibe.at>

Im Zuge der Beratungen über die Regierungsvorlage des Fernabsatz-Gesetzes hat der Justizausschuss in seiner Sitzung am 6. Juli 1999 über einen Antrag aller Parteien einstimmig beschlossen, dem Nationalrat gemäß § 27 Abs. 1 GOG einen selbständigen Antrag vorzulegen, der ein Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz geändert wird, zum Inhalt hat.⁶

Als Ergebnis seiner Beratungen stellte der Justizausschuss den Antrag, der Nationalrat wolle dem oben zitierten Gesetzentwurf die verfassungsmäßige Zustimmung erteilen, was am 15.7.1999 geschah. Der Bundesrat beschloss am 30.07.1999 den Antrag, keinen Einspruch zu erheben. Die Novelle wurde im BGBl. I Nr. 188/1999 veröffentlicht.

Diese in Österreich bereits geltende Rechtslage ist ein weltweites Novum. Es gibt zwar zur Zeit in manchen US-Bundesstaaten Vorschriften, die das massenhafte Verschicken von Emails unter falschem Absender unter Strafe stellen, eine solch allgemeine Vorschrift wie das österreichische TKG ist aber – wie erwähnt – weltweit einmalig.

Die allgemeine Formulierung schafft leider große Probleme hinsichtlich der Auslegung und Anwendungsbereich der Vorschrift.

Einerseits wurde der Tatbestand weiter gefasst als gefordert, da auch das bloße Versenden einer einzigen Email zu Werbezwecken mit Strafe bis zu 500.000 ÖS bedroht ist, wobei nicht klar ist was mit „zu Werbezwecken“ gemeint ist⁷, andererseits gibt es keinen Anhaltspunkt, was unter „Massensendung“ zu verstehen ist. Betroffen davon sind sicherlich auch sogenannte „Hoax“-Mails. Meist handelt es sich dabei um Viruswarnungen die angeblich von renommierten Softwareherstellern wie Microsoft stammen aber in Wahrheit meist bloße Erfindungen und Panikmache sind oder Kettenbriefe die zu Hilfe für ein krebskrankes Kind via Emailsendungen an Emailadresse xyz@irgendwo.com aufrufen. Solche meist gut gemeinten Emails werden meist an das gesamte Email-Adressbuch weitergeleitet und stellen sicherlich Massensendungen dar.

⁵ Offener Brief an die Mitglieder des Justizausschusses, im Internet unter http://www.vibe.at/aktion_9906/index.html

⁶ Vergleiche dazu die Materialien im Internet unter http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/020/I02064_.html

⁷ Darf ein Unternehmen an ein anderes, mit dem es in Geschäftsbeziehung steht, ihre neue Produktpalette via Email zusenden?

Was ist mit „Zustimmung des Empfängers“ gemeint? Reicht das Angeben der Emailadresse auf der eigenen Homepage oder das Verteilen von Visitenkarten mit Angabe der Emailadresse dafür aus oder ist eine ausdrückliche Zustimmung zu fordern?

Ein Missbrauch der Regelung ist ebenfalls nicht ausgeschlossen, da Emails und deren Absender bekanntlich leicht zu fälschen sind. In Hackerkreisen unbeliebte Personen könnten so leicht Opfer von „eigenen“ Email-Werbe-Kampagnen werden oder gekündigte Arbeitnehmer senden noch „eine“ Email – zu Werbezwecken.

Zuvor beschriebene werbefinanzierte Gratisangebote von PCs sind in Österreich wohl auch nicht zu erwarten, wenn man die Zustimmung zum Empfang von Werbung sofort widerrufen können muß.

Problematisch an der Regelung ist, dass sie 2 Ansätze verwendet aber nicht – und das ist der Kritikpunkt – vermischt. Denn die Emailsending als Massensending wäre technisch in den Griff zu bekommen. Emailrouter müssten so umgestellt werden, dass sie nur noch an den 1. Adressaten weiterschicken. Wer das Internet aber wirklich so einschränken will, ist fraglich. Denn dies ist einer der wesentlichen Vorteile der elektronischen Post. Man kann mit einer Email verschiedene Freunde und Arbeitskollegen informieren.

Andererseits enthält die Regelung eine inhaltliche Komponente – nämlich den Werbezweck. Jede – nicht nur kommerzielle – Werbetätigkeit via Email ist verboten. Eine Einschränkung auf das Versenden von kommerzieller Werbe-Email wäre geboten. Trotzdem wäre die Abgrenzung von Werbung zu Information ist so gut wie nicht möglich. Wie soll eine E-Mail mit neuen Angeboten von Vertragspartnern gesehen werden? Darf ein Verein an seine Mitglieder das Monatsprogramm via Email zustellen? Dürfen Softwareanbieter von Sicherheitsfehlern in ihren Produkten informieren und zum gratis Download eines Updates werben? Diese Probleme entstehen, da es nicht darauf ankommt, ob bereits eine Beziehung zum Empfänger der E-Mail besteht. Dieses Tatbestandsmerkmal sollte ebenfalls aufgenommen werden.

Auf das Benutzen einer falschen Absenderadresse wird im österreichischen Gesetz, im Gegensatz zu amerikanischen Gesetzen, überhaupt nicht abgestellt. Die weltweite Verbreitung und Nutzung des Internets führen dem Gesetzgeber deutlich die Machtlosigkeit nationaler Gesetze vor Augen: Seit Inkrafttreten der Regelung wird die Zahl der erhaltenen Emailwerbung aus dem Ausland immer größer. Was soll der Empfänger dagegen tun? Anzeige bei der TKC erstatten?

Das österreichische Verbot von Werbung via Email wäre wohl besser nicht durch ein so allgemeines Gesetz bewirkt worden, dass mehr Unsicherheit als Klarheit schafft. Einzelne Urteile hätten sittenwidrige Werbemethoden auch mit der geltenden Gesetzeslage unterbinden können.

Eine nächste Belästigung durch Werbung ist bereits im Entstehen. In Schweden gibt es gratis GSM-Handys inklusive gratis Betreibervertrag, die sich mit Werbung via SMS finanzieren. Auch in Österreich kommt es vereinzelt bereits dazu, dass Werbung via SMS verschickt wird. Brauchen wir wieder ein neues Gesetz oder lässt man diesmal die Rechtsprechung zu Wort kommen?

2.1.1. Telekomgesetz vor letzter TKG Novelle

§ 101. Anrufe - einschließlich das Senden von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers sind unzulässig. Der Einwilligung des Teilnehmers steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluß.

Diese Bestimmung wurde aus Art 12 der 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 Telekommunikation⁸ abgeleitet. Erwägungsgrund 22 der Richtlinie begründet das Verbot : „Es sind Vorkehrungen zu treffen, um die Teilnehmer gegen das Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Anrufe oder unerbetene Fernkopieübermittlungen zu schützen.“

⁸ Im Internet unter <http://www2.echo.lu/legal/de/datenschutz/protection.html>

Mithilfe dieser Bestimmung wird argumentiert, daß das Versenden von Email auch verboten sei. Eine Wortinterpretation läßt diesen Schluß keinesfalls zu. Aber auch eine Analogie verbietet sich, da es sich bei dieser Norm um eine (verwaltungs-) strafrechtliche handelt, deren Übertretung gemäß § 104 Abs 3 Z 23 mit Strafe bis zu 500.000 ÖS geahndet werden kann.

Auch der Sinn der Richtlinie – nämlich Schutz der Privatsphäre durch unerbetene Anrufe oder unerbetene Fernkopieübermittlungen – trifft auf ein Emailverbot nicht zu, denn Email ist von der Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre viel mehr mit einem herkömmlichen Briefkasten als mit einem direkten, unmittelbaren Anruf zu vergleichen. Die Email wird nämlich im Emailaccount des Benutzers hinterlegt und der Benutzer kann diese abrufen wann immer er will. Ein direkter Eingriff in die Privatsphäre liegt deshalb nicht vor.

2.1.2.1. Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie - Verbot von Email ohne vorherige Zustimmung?

Die Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 beschränkt in Artikel 10 die Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken:

Artikel 10

- (1) Die Verwendung folgender Techniken durch den Lieferer bedarf der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers:
- (2) – Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner (Voice-Mail-System)
- (3) – Fernkopie (Telefax)

Dieser Artikel war in seiner Entstehung umstritten. Die Kommission hatte in Ihrem Entwurf⁹ auch das Senden von Email an eine vorherige Zustimmung des Konsumenten gebunden. Diese Beschränkung konnte aber politisch nicht durchgesetzt werden. Email wird nunmehr in der Fernabsatz-Richtlinie bewußt nicht FAX und Telefonwerbung gleichgestellt. Durch den Empfang unerwünschter Emails werden nämlich nach Ansicht mancher¹⁰ auf Seiten des

⁹ *ABI. Nr. C 308 vom 15.November 1993 S. 18*

¹⁰ *Schnittmann, CR 1998, 499*

Empfängers keine materiellen Rechtsgüter beeinträchtigt. Vielmehr werden lediglich Zeit, Arbeitsaufwand und Speicherplatz des Empfängercomputers benötigt, was aber nicht als Eigentumseingriff gesehen wird.

In Österreich steht die Umsetzung dieser Richtlinie mittels einer Novelle des KSchG unmittelbar bevor¹¹. Das Justizministerium legte Ende 1998 einen Umsetzungsentwurf vor, der aber weit über die Vorgaben der Richtlinie hinausging und in dem sogar die Zusendung unerwünschter Email ausdrücklich verboten war. Von diesem Mißbrauch der Technik sind aber nicht nur Konsumenten sondern - in noch viel größerem Maße - auch Unternehmen betroffen. Denn einerseits werden auch Mitarbeiter in Unternehmen von Massen-Emails belästigt, andererseits werden die Netzwerke der Internetprovider und der empfangenden Unternehmen unnötig belastet. Diese Unternehmen waren im ersten Gesetzesentwurf offensichtlich nicht geschützt. Bezüglich der Nutzung von Emails besteht aber kein Unterschied zwischen Unternehmen und Konsumenten, sodass diese Bestimmung systematisch besser ins Wettbewerbs- oder Telekomrecht paßt.

Im nunmehr vorgelegten Entwurf sieht das Justizministerium bezüglich Art 10 keinen Umsetzungsbedarf und führt in den Erläuternden Bemerkungen dazu aus:

„Art. 10 über "Beschränkungen in der Verwendung bestimmter Fernkommunikationstechniken" bedarf in Österreich keiner gesonderten Umsetzung. Auf Gemeinschaftsebene war die Regelung über Beschränkungen beim Einsatz von Fernkommunikationsmitteln sehr umstritten; im geänderten Vorschlag der Europäischen Kommission¹² waren noch unaufgeforderte Telefon- und E-Mail-Verwendungen von der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers abhängig. Letztendlich wurde dieser Vorschlag vom Rat und vom Europäischen Parlament aber nicht übernommen. Nach Art. 10 der Richtlinie bedarf nur die Verwendung der Fernkopie und von Automaten als "Gesprächspartner" der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers ("opt in"); andere Mittel zur individuellen Kommunikation dürfen - nach der Richtlinie - nur dann nicht verwendet werden, wenn sie vom Verbraucher "nicht offenkundig" abgelehnt worden sind ("opt out").

¹¹ Die KschG-Novelle soll noch in der XX Legislaturperiode beschlossen werden.

¹² ABI. Nr. C 308 vom 15. November 1993 S. 18

Den Mitgliedstaaten steht es aber frei, strengere Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten (Art. 14).

Den von der Richtlinie (siehe ihren Erwägungsgrund 17) intendierten Schutz der Privatsphäre des Verbrauchers bietet schon das geltende Recht: Aus § 16 ABGB wird von der Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht auf Achtung des Privatbereichs abgeleitet¹³. Dieses Persönlichkeitsrecht bietet absoluten Schutz und kann - nach Abwägung der gegenseitigen Interessen - auch gegen Dritte durchgesetzt werden. Die Judikatur hat (auf der Grundlage des § 1 UWG 1984) im Zusammenhang mit dem Einsatz von "Fernkommunikationstechniken" mehrfach ausgesprochen, daß der Einsatz solcher Techniken ohne die - vorherige - Zustimmung des Adressaten unzulässig ist: Die unerbetene telefonische Werbung bei Privatpersonen ist verboten¹⁴. Auch ist die Telefax-Werbung unzulässig, wenn der Anschlußinhaber die Werbesendung weder gewünscht hat noch der Werbende nach den besonderen Umständen des Einzelfalls ein Einverständnis voraussetzen konnte¹⁵. In gleicher Weise ist davon auszugehen, daß der vom Adressaten nicht gewünschte Einsatz von E-Mails als Eingriff in die Privatsphäre des Adressaten unzulässig ist. Und ebenso kann sich der von sonstigen "individuellen" Fernkommunikationstechniken belästigte Verbraucher mit zivilrechtlichen Mitteln zur Wehr setzen, wenn er von einem Unternehmer behelligt wird, obwohl er den Einsatz dieser Techniken "offenkundig abgelehnt" hat. Einzig und allein die Verwendung von Automaten als "Gesprächspartner" erscheint durch die auf den Schutz des privaten Lebensbereichs abstellenden Regelungen des § 16 ABGB und des § 1 UWG 1984 noch nicht vollständig abgedeckt zu sein. Daher soll (nur) die Verwendung dieses spezifischen Kommunikationsmittels besonders geregelt werden¹⁶.

Unberührt bleiben weiters gesetzliche Regelungen über die Verwendung bestimmter Kommunikationsmittel: § 101 TKG erklärt Anrufe sowie das Senden von Fernkopien zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers für unzulässig. Diese Regelung entspricht im wesentlichen dem Art. 12 der Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der

¹³ OGH 24.2.1998 ÖBI 1998, 298

¹⁴ vgl. etwa OGH 8.11.1983 ÖBI 1984, 13; 18.10.1994 ÖBI 1995, 12

¹⁵ OGH 28.10.1997 JBL 1998, 324 mit Anm. Pfersmann

¹⁶ vgl. § 5c Abs. 3 zweiter Satz KSchG

Telekommunikation¹⁷. Damit ist für den Bereich der Werbung (nach der genannten Richtlinie: "Direktmarketing") eine Regelung in Kraft, die in ihrem Anwendungsbereich insofern weiter geht, als sie nicht auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher beschränkt ist, sondern allgemein gilt. Eine weitere Spezialvorschrift enthält § 12 Abs. 3 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG), der die telefonische Werbung für bestimmte Wertpapierdienstleistungen gegenüber Verbrauchern verbietet, sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat, bei einer mit dem Verbraucher bereits bestehenden Geschäftsbeziehung kommt es darauf an, ob der Verbraucher die telefonische Werbung abgelehnt hat. Auch nach diesen Bestimmungen muß im Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer vor der Verwendung des Telefons bzw. von Telekopien als Werbemittel in jedem Fall eine "vorherige Zustimmung" des Verbrauchers vorliegen.“

Es gibt gewichtige Argumente gegen ein gesetzliches Verbot von Emails.

Der Schutzbereich der verfassungsgesetzlich gewährleisteten **Meinungsfreiheit** (Art 10 EMRK) umfaßt auch die kommerzielle Werbung (stRspr VfGH beginnend mit VfSlg 10.948/1986, zuletzt 8.10.1996)¹⁸

Eingriffe in die Meinungsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie einem öffentlichen Interesse dienen (siehe Art 10 Abs 2 EMRK) und die Grundrechtssphäre nicht unverhältnismäßig einschränken. (Siehe dazu obige VfGH-Entscheidung)

Das öffentliche Interesse wird in Art 2 näher bestimmt:

- nationale Sicherheit,
- der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit,
- der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung,
- des Schutzes der Gesundheit und der Moral,
- des Schutzes des guten Rufes

¹⁷ ABI. Nr. L 24 vom 30. Jänner 1998 S. 1

¹⁸ Weitere Urteile: VfSlg 10.948/1986 Einschränkung der Grundrechte, 11.297/87, 11.314/1987 Art 10 => "Kommunikationsfreiheit"

Die Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit sind verfassungswidrig, wenn sie nicht nach Abs. 2 unbedingt erforderlich sind. Da man mit Hilfe des UWG dagegen, nämlich gegen Spamming, vorgehen kann, wäre die Verfassungswidrigkeit indiziert.

Da ein generelles Verbot

1. Im vorhinein und
2. gegen alle Unternehmen (nämlich auch gegen Medienunternehmen) gerichtet wäre, verstößt es auf jeden Fall gegen die **Presse- und Zensurfreiheit**, da der VfGH hier keine Beschränkungen zuläßt.

Die Unzulässigkeit der unverlangten Fax-Zusendungen ergibt sich aus einem Eingriff in Eigentumsrechte. Es wird nämlich das vom Empfänger zu finanzierende Thermopapier und die Tonerfarbe des Faxgeräts verwendet und das Faxgerät ist für die Zeit des Empfangs blockiert. Im Gegensatz dazu ergeben sich für den Empfang von Emails keine zusätzlichen Kosten.¹⁹ Die Tarifstruktur der Telekomunternehmen (vornehmlich PTA) ist auf Impulsen aufgebaut. Nachdem der Internetprovider den Anruf des Kunden zum Online-Tarif entgegengenommen hat, läuft ein Impuls untermittags 120 Sekunden (abends 360 Sekunden) lang. Mit einem durchschnittlichen Modem (Verbindung zwischen Computer und Telefonnetz) lassen sich innerhalb eines Impulses ungefähr 80 Emails a 5120 Zeichen vom Internetprovider auf den eigenen PC laden. Das Kostenargument kommt bei Emails nicht zum Tragen. Auch das Blockieren eines Email-Accounts, der sich im übrigen am Computer des Providers und nicht beim Kunden befindet, ist technisch so gut wie ausgeschlossen. Problematisch ist daher lediglich das Erkennen und Aussortieren unerwünschter Email.

Die am 18.11. 1998 von der EU-Kommission der Presse vorgestellte²⁰ E-Commerce RL befaßt sich ebenfalls mit kommerzieller Kommunikation. Kommerzielle Kommunikation wie Anzeigen und Direkt-Marketing werden von der Richtlinie klaren und bestimmten Regeln unterworfen. Der Entwurf definiert, was unter kommerzieller Kommunikation zu verstehen ist und unterwirft diese bestimmten Transparenz-Erfordernissen. Um Konsumentenbelästigungen

¹⁹ siehe dazu LG Berlin: Unzulässigkeit von Email-Werbung, Beschluß vom 14.5.1998, 16 O 301/98, abgedruckt in *Computer und Recht* 8/1998, 499

²⁰ Presseaussendung der Kommission im Internet unter <http://www.ispo.cec.be/Ecommerce/docs/legal.pdf>

zu vermeiden, müssen Werbe-E-mails klar als solche erkennbar und der Absender und etwaige Sonderangebote müssen identifizierbar sein. Für bestimmte Berufsgruppen wie Rechtsanwälte oder Steuerberater wird es weitergehende Bestimmungen geben.

Es bestehen auch grundsätzliche Bedenken, neue Technologien sofort per Gesetz zu **verbieten** ohne an die Fortwirkungen in anderen Bereichen zu denken. Denn solch ein undifferenziertes Verbot schafft weitere Probleme. Wie soll sich beispielsweise ein Unternehmer in Mailinglisten²¹ verhalten? Oder darf er sich in ein virtuelles Gästebuch²² eintragen? Er kann ja meist vorher keine Genehmigung einholen, wenn es ihm verboten wäre eine Email zu schicken!! Darf ein Helpdesk-Mitarbeiter²³ eine Email-Anfrage beantworten? Gilt eine vorher erhaltene Email generell als Genehmigung? Diese Liste von Folgeproblemen ließe sich beliebig fortsetzen.

2.2.1.1. Wie kann man sich gegen unerwünschte Emails schützen?

²¹ Mailinglisten sind Email-Diskussionen, bei denen sich eine funktionale Dreiteilung ergibt. In der Mitte steht immer der Betreiber des Mailing-List-Servers, der das grundsätzliche Thema der Diskussion vorgibt. An diese zentrale Email-Adresse werden alle Emails bzw. Diskussionsbeiträge geschickt. Von dort aus werden sie an alle Diskussionsteilnehmer weitergeleitet. Ein Beispiel für eine Mailingliste ist die von der Universität Münster geführte Liste „NETLAW“. Über die Homepage der Uni gibt man seine Email-Adresse bekannt und bekommt ab dann fortdauernd alle Diskussionsbeiträge der derzeit ungefähr 600 Teilnehmer (Studenten, Rechtsanwälte, Professoren, Unternehmer und andere Interessierte) via Email zugeschickt.

Bezüglich des vorliegenden Gesetzesvorschlages stellt sich folgendes Problem: Selbst wenn jeder Konsument beim Einschreiben in die Mailingliste gegenüber dem Betreiber des Mailing-List-Servers bestätigt, daß er auch von Unternehmen Diskussionsbeiträge erhalten will, geht den teilnehmenden Unternehmen diese Willenserklärung nicht zu. Sie wissen meist auch gar nicht, wer die Empfänger der Diskussionsbeiträge sind.

²² Virtuelle Gästebücher werden auf Homepages bereitgehalten und erlauben Besuchern der Homepage Kommentare zu derselben via Email abzugeben. Diese Gästebücher sind unter Studenten aber auch Unternehmen sehr beliebt.

²³ „Helpdesk“-Mitarbeiter sind Mitarbeiter eines Unternehmens und kümmern sich um Konsumentenfragen bezüglich eines Produktes oder einer Dienstleistung. Wenn man beispielsweise ein Problem mit seinem Mobiltelefon hat, rufen man einen „Helpdesk“ an. Wenn man ein Software-Problem hat, schreibt man beispielsweise eine Email an den Helpdesk des Unternehmens. Darf der Mitarbeiter diese Email beantworten?

Ein möglicher Weg, der auch vom Richtlinienentwurf E-Commerce favorisiert wird ist die eindeutige Kennzeichnung von nicht bestellten Werbe-Emails. Diese Kennzeichnung sollte freiwillig erfolgen. Falls die Kennzeichnung nicht eingehalten wird, könnte als Sanktion an eine Klage nach § 1 UWG oder § 879 ABGB oder, wie bei der OGH-Fax-Entscheidung, nach § 354 ABGB gedacht werden. Durch diese Kennzeichnung kann jeder Teilnehmer Filter in seinem Email-Programm einrichten, die unerwünschte Emails automatisch in den „digitalen Papierkorb“ werfen. Dies ist eine bereits jetzt existierende Technik, die nur eingesetzt werden muß. Und sie wirkt weltweit.

Eine andere Möglichkeit zur Vermeidung von unbestellten Werbe-Emails wäre eine Email-Adressen Liste, an deren Adressen - analog zur Robinson Liste gegen Werbung an der Haustüre - keine kommerziellen Emails geschickt werden dürfen.

2.3. Richtlinienvorschlag Electronic Commerce; **Artikel 7 Unerbetene kommerzielle Kommunikation**

Wie bereits zuvor ausgeführt, würde ein nationaler Alleingang hinsichtlich des Verbots von unerwünschten Emails keine Lösung bringen, da der Anteil an österreichischen unerwünschten Emails verschwindend gering ist.

Die EU-Kommission hat am 18.11.1998 einen Entwurfes für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (KOM(1998)586 endg) vorgelegt.

Art 7 soll lauten:

Unerbetene kommerzielle Kommunikationen

Die Mitgliedstaaten sehen in ihren Rechtsvorschriften vor, daß durch elektronische Post übermittelte unerbetene kommerzielle Kommunikationen bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche bezeichnet sind.

Anders als auf nationaler Ebene könnte eine EU-weite Regelung wichtige Auswirkungen auf das Verhalten einer großen Zahl von Internetnutzern haben. Fraglich ist, ob eine bloße Kennzeichnung von unerbetenen Emails ausreichend ist.

Unerbetene E-Mails stellen nach deutscher Rechtsprechung einen Wettbewerbsverstoß bzw. einen Eigentumseingriff dar. Die Richtlinie will diesem Problem mittels einer Kennzeichnungspflicht beikommen. Zwar sieht die Branche des Direkt-Marketings in dieser Form der Werbung ein große Chance. Die vorgeschlagene EU-weite Freigabe und Kennzeichnungspflicht könnte aber zu einer explosionsartigen Zunahme von Werbe-E-Mails führen. Dies wiederum würde das Interesse der Internet-Nutzer an Werbe-E-Mails schnell schwinden lassen. Durch die von der EU-Kommission verlangte Kennzeichnung lassen sich die lästigen Mails zwar entweder bereits beim Provider abfangen oder aber direkt in den elektronischen Papierkorb des Empfängers umleiten.

Letztendlich kann aber weder der Werbende noch der Empfänger, und schon gar nicht der Internet-Provider mit diesem Ergebnis zufrieden sein. Die einzelnen Werbebotschaften werden wegen der Überflutung des E-Mail-Postkastens ihren Empfänger nicht erreichen. Der Konsument erhält auch die Werbe-E-Mails nicht, die ihn tatsächlich interessieren, da er entweder alle löschen oder alle lesen wird. Dem Provider entstehen Kosten für Daten, die niemand haben will. Denn jedes Byte - gelesen oder ungelesen - verursacht Kosten. Selbst wenn der Provider die Werbung ausfiltert, sind die Kosten für den Datentransfer bereits entstanden. Es ist zu erwarten, daß die Provider diese Kosten auf ihre Kunden abwälzen werden.

Die Unternehmen wiederum müssen kostspielig und in jedem einzelnen Fall ihre Post im elektronischen Briefkasten aussortieren, da auch wichtige E-Mails darunter sein können. Auch wenn letzteres vielleicht Arbeitsplätze schaffen mag, geholfen ist mit dem Vorschlag der Kommission niemandem.

Auch eine zusätzliche Opt-Out Lösung würde das Problem, nämlich daß der Sender der E-Mails keine, der verarbeitende Provider aber fast alle Kosten zu tragen hat, nicht lösen, da die Dateien bereits übertragen wurden.

Die Entwicklung der Netzinfrastrukturen läßt erahnen, wohin das heutige World Wide Web und hier speziell die kommerzielle Kommunikation führen wird: Die zur Verfügung stehenden Übertragungsbandbreiten steigen exponentiell an und werden durch multimedial aufbereitete Inhalte aufgesogen: Die Werbung wird nicht mehr nur in Textform sondern mit Bildern und Musik übermittelt werden.

Da der Text auch nur von einer „klaren und unzweideutigen“ Kennzeichnung spricht, werden die Mitgliedsstaaten wohl den jeweiligen Sprachen angepaßte Regelungen einführen, so daß ein automatisches Filtern nicht mehr möglich wäre.

Als denkbarer Ausweg käme die technische Fixierung eines „Werbebits“ im Umschlag der E-Mail in Betracht. Diese eindeutige technische Kennzeichnung könnte leicht erkannt und gefiltert werden und wäre gleichzeitig eine Möglichkeit, die Kostenstruktur umzukehren und dem Sender die wahren Kosten zu verrechnen.

Da diese Möglichkeit zur Zeit aber nicht bereit steht, wäre es sinnvoller, unerbetene kommerzielle Kommunikationen grundsätzlich sowohl an Unternehmen als auch an Private zu untersagen. Ein großzügig gehandhabtes Opt-In System würde dazu führen, daß man nur die Informationen erhält, die man auch wirklich haben will.

In diversen in **Deutschland bereits ergangenen Entscheidungen** zeigt sich, daß gegen solches von jedem unerwünschten Verhalten mithilfe des § 1 UWG und § 823 Abs 1 dBGB (entspricht §§ 353ff ABGB²⁴) sehr effizient und rasch begegnet werden kann.

Emails bestehen aber nicht nur aus Werbung, sondern liefern teilweise wertvolle Information beziehungsweise dienen sie der Aufrechterhaltung bereits bestehender Geschäftsbeziehungen. Innovative, seriöse Unternehmen nützen diese Technik bereits, und bieten nach Hinterlassung einer Emailadresse auf der Homepage des Unternehmens Information zu vom Konsumenten genau definierten und auf ihn zugeschnittenen Angeboten. Diese Angebote sollten von einem etwaigen Verbot nicht betroffen sein, da das Hinterlassen der eigenen Emailadresse auf der Homepage des Unternehmens als Zustimmung verstanden werden kann. Fraglich bleibt aber,

²⁴ siehe dazu auch OGH 28.10.1997, 4 Ob 320/97, Telefax II, MR 1998, 31 mit Bezug auf § 354 ABGB

wie der Unternehmer, auf dessen Homepage die Emailadressen eingetragen werden, feststellen soll, ob es sich wirklich um den Inhaber der Emailadresse handelt, der diese Eintragung vornimmt? Mithilfe der elektronischen Signatur, deren Rechtsgrundlagen ebenfalls derzeit geregelt wird, könnte dieses Problem zwar gelöst werden. Weitere Folgeprobleme einer gesetzlichen Regelung treten dann aber zum Vorschein: Muß der Emailsender alle Informationsanforderungen aufbewahren? In welcher Form? Wie lange?

Sicherlich betroffen von dieser Regelung wären Klein- und Mittelunternehmen (KMU), vor allem Tourismus- und Gastgewerbebetriebe, die Kontakt zu ihren nationalen oder internationalen Gästen pflegen wollen. Eine kleine Pension wird sich meist keine Homepage leisten können, um eine vorherige Zustimmung zu bekommen. Müssen diese Unternehmen jeden Kunden schriftlich anschreiben und seine Genehmigung zum Empfang von vereinzelt Emails einholen?

2.4. Zusammenfassung Spamming

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die es Unternehmen verbietet, zu Zwecken kommerzieller Kommunikation Kontakt mit Verbrauchern oder anderen Unternehmen aufzunehmen, wird schwer zu formulieren sein, ohne gewichtige und berechtigte Interessen der Internetgemeinschaft zu verletzen. Es wäre dies eine Anlaßgesetzgebung, die den eigentlichen Anlaß nicht betreffen würde. Denn zur Zeit haben die meisten Unternehmen, die mit oft eindeutig zweideutigen Werbebotschaften Spamming betreiben, ihren Sitz und Niederlassung in den USA. Nicht einmal eine gesamteuropäische Lösung könnte helfen. Lediglich die von der EU-Kommission bereits 1997 erstmals angeregte weltweite Internetcharta wäre der richtige Ort, solche Unsitten mancher Unternehmen abzustellen.

2.5. Cookies

Cookies sind Informationen, die vom Informationsanbieter mit Hilfe des Browser auf der Festplatte des Computers des Benutzers abgespeichert werden können, um bestimmte Daten mit dem Computer des Anwenders zu verknüpfen.

Eine klassische Anwendung ist das Einkaufen am Internet mit Hilfe eines „virtuellen“ Einkaufswagens. Der Server des Verkäufers „setzt“ ein Cookie mit der Information des gewünschten Artikels auf die Festplatte des Anwender-PCs. Dieser setzt seinen Einkaufsbummel fort. Bevor er zur Rechnungserstellung des Verkäufers kommt, läßt der

Verkäufer die Artikel-Informationen aus dem zuvor erstellten Cookie aus. Im optimalen Fall sollte danach das Cookie gelöscht werden.

Der RFC²⁵ 2109²⁶ definiert die Aufgaben, Funktion und Umgang mit Cookies. Die darin aufgestellten Verhaltens- und Umgangsnormen mit Cookies sind aber nicht verbindlich und werden in den meisten Fällen nicht eingehalten. Denn nach diesem RFC sollte jedes Cookie mit Beendigung der jeweiligen Internetsitzung gelöscht werden. Aus Marketinggründen wird dies aber oft nicht getan, denn ein Buchhändler kann dem Benutzer, der schon einmal bei ihm bestimmte und feststellbare Bücher gekauft hat, ein besser personalisiertes Angebot liefern als wenn er nichts von den bereits gekauften Büchern weiß.

Generell betrachtet liegt ein Problem der Cookie-Verwendung in der für den Benutzer nicht nachvollziehbaren Information, die der Informationsanbieter über ihn speichert.²⁷ Der Eintrag der Internetbuchhandlung Amazon.com in der Datei „cookies.txt“ des Verfassers sieht beispielsweise so aus:

```
„amazon.com TRUE / FALSE 2082787200 ubid-main 002-3780033-9240513“
```

Da Amazon.com in den USA beheimatet ist, unterliegt dieses Unternehmen nicht der direkten Anwendbarkeit der EU-Datenschutzrichtlinie, die im übrigen bis 26.10.1998 umgesetzt werden hätte sollen. Anders sieht die Rechtslage aber hinsichtlich der „Bank Austria“ aus, deren Cookie auf der Festplatte des Autors folgenden Inhalt hat :

```
„www.bankaustria.com FALSE /cgi-bin FALSE 948213531  
BankAustria laga“
```

Art. 10 der EU-Datenschutzrichtlinie bestimmt:

²⁵ Request for Comment; Bei RFCs handelt sich um die Grundlagen der Funktionalität des Internet. Die meisten technischen Standards wurden mithilfe der RFCs festgelegt.

²⁶ Cookie Specification, im Internet unter <http://portal.research.bell-labs.com/~dmk/cookie.html>

²⁷ Siehe dazu auch Brandl/Mayer-Schönberger, CPU-Ids, Cookies und Internet-Datenschutz, *ecolex* 1999, 366

Artikel 10 - Information bei der Erhebung personenbezogener Daten bei der betroffenen Person

Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß die Person, bei der die sie betreffenden Daten erhoben werden, vom für die Verarbeitung Verantwortlichen oder seinem Vertreter zumindest die nachstehenden Informationen erhält, sofern diese ihr noch nicht vorliegen:

a) Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen und gegebenenfalls seines Vertreters,

b) Zweckbestimmungen der Verarbeitung, für die die Daten bestimmt sind,

c) weitere Informationen, beispielsweise betreffend

die Empfänger oder Kategorien der Empfänger der Daten,

die Frage, ob die Beantwortung der Fragen obligatorisch oder freiwillig ist, sowie mögliche Folgen einer unterlassenen Beantwortung,

das Bestehen von Auskunfts- und Berichtigungsrechten bezüglich sie betreffender Daten, sofern sie unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, unter

denen die Daten erhoben werden, notwendig sind, um gegenüber der betroffenen Person eine Verarbeitung nach Treu und Glauben zu gewährleisten.

Beim Ablegen dieses Cookies wurde – wie beim Ablegen aller anderen Cookies auch – nicht informiert, für welchen Zweck die Daten erhoben bzw. verarbeitet werden. Die Zahlenfolge „948213531“ erschließt dem Benutzer auch nicht, welche Daten überhaupt über ihn gespeichert werden.

Es scheint also eine klare Datenschutzrechtsverletzung vorzuliegen. Was der Server des Anbieters aber – ohne freiwillige Angabe des Benutzers - nicht feststellen kann, ist die wirkliche Identität des Benutzers. Er kann durch die Auswertung des Cookies bloß feststellen, daß mit diesem Computer eine bestimmte Information abgefragt wurde. Welche Person zu dieser Zeit hinter dem Bildschirm gesessen ist, ergibt sich aus dem Cookie nicht.

Cookie-Daten sind deshalb nicht per se personenbezogene Daten sondern vielmehr computerbezogene Daten. Je nachdem ob der PC von mehreren Personen genutzt wird oder nicht, handelt es sich dann in Folge um bloß computerbezogene oder eben personenbezogene Daten.

Im Zweifelsfall sollte aber von der Verwendung von Cookies aus Datenschutzgründen abgesehen werden oder aber Information über die Verwendung und Umgang mit Cookies auf der Internetseite des Anbieters gegeben werden.

2.6. Bannerwerbung

Die Verwendung von Internetbannerwerbung wirft insofern neue Probleme auf, als der Betrachter der Werbeeinschaltung nicht weiß, woher das Werbesujet eingeblendet wird. So existiert beispielsweise das Anzeigennetzwerk Linkexchange²⁸, das weltweit nach eigenen Angaben mehr als 450.000 Anzeigen-Kunden betreut. Jeder Kunde reserviert für Linkexchange einen Bannerplatz auf seiner Homepage und stellt einen von ihm gestalteten Werbebanner zur Verfügung. Bei jedem erneuten Abruf einer Homepage jedes Linkexchange-Kunden wird ein anderer Banner eingeblendet.

Dadurch, daß der Homepage-Ersteller keinen Einfluß darauf hat, welcher der zur Zeit 450.000 Banner auf seiner Seite eingeblendet wird, die Kunden aber weltweit unterschiedlichen Rechtsordnungen unterworfen sind, wird es sehr leicht zu Wettbewerbsverletzungen kommen.

Weitere Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Bannerwerbung können sich aus der Frame- oder Fenstertechnik und Inline-Links ergeben. Eine Behandlung dieser Themen soll aber aus Platzgründen hier unterbleiben. Verwiesen sei auf den Artikel „Neue Techniken im World Wide Web - Eine Spielwiese für Juristen?“²⁹ und hier speziell auf die Absätze 23 ff.

3. Kapitel: Grünbuch der Europäischen Kommission zur kommerziellen Kommunikation im Binnenmarkt

²⁸ im Internet unter <http://adnetwork.linkexchange.com/>

²⁹ JurPC Web-Dok. 25/1998, Abs. 1 - 50, im Internet unter <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19980025.htm>

3.1. Einleitung:

Bereits im November 1992 beschloß die Kommission³⁰ das Gesamtkonzept ihrer zukünftigen Politik auf dem Gebiet der kommerziellen Kommunikation zu überarbeiten und in Form eines Grünbuchs zu veröffentlichen. Grünbücher werden von der Europäischen Kommission publiziert und dienen der öffentlichen Diskussion bestimmter Themen.

Besondere Brisanz verleiht dem Thema die Entwicklung zur Informationsgesellschaft über das gerade aufstrebende Internet.

Definiert wird kommerzielle Kommunikation als *„Sämtliche Formen der Kommunikation, die auf die Förderung des Absatzes von Produkten oder Dienstleistungen bzw. des Image eines Unternehmens oder einer Organisation gegenüber den Endverbrauchern und/oder Vertriebsunternehmen abzielen.“* Unter dem Begriff kommerzielle Kommunikation sind also jegliche Formen von Werbung, Direktmarketing, Sponsoring, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit zu verstehen.

Auf der Grundlage dieses Grünbuchs sollen nun mit dem europäischen Parlament, den Mitgliedsstaaten sowie interessierten Kreisen Vorschläge mit zweierlei Zielsetzung erörtert

³⁰ Europäische Gemeinschaft <http://europa.eu.int/>

werden: Erstens, eine Gewährleistung der Kohärenz aller auf EU-Ebene zu ergreifenden zukünftigen Initiativen.

Zweitens, die Schaffung eines Konzepts, mit dessen Hilfe die Kommission auf nationaler Ebene ergriffene Maßnahmen mit Gemeinschaftsrecht übereinstimmen kann.

Zur Vorbereitung wurden die relevanten Rechtsvorschriften der einzelnen Unionsstaaten untersucht, weiters Marktanalysen und Umfragen durchgeführt. Dadurch ergaben sich einige grundlegende Schlußfolgerungen, wie die zunehmende grenzüberschreitende kommerzielle Kommunikation und die damit auftretenden Probleme durch unterschiedliche einzelstaatliche Regelungen. Durch entstehen neuer Dienstleistungen in der Informationsgesellschaft. verstärkt sich dies noch.

Veröffentlicht wurde das Grünbuch³¹ im Frühjahr 1996, in einer Zeit, in der sich das Internet auch in Europa rasant zu entwickeln begann und zu dem Kommunikationsmedium der Zukunft aufstieg. Es gliedert sich in folgende vier Teile:

Teil I beschreibt die Rolle der Europäischen Union auf dem Gebiet kommerzieller Kommunikationen.

In Teil II analysiert die Kommission einen eventuellen Handlungsbedarf auf Gemeinschaftsebene.

Teil III gibt einen vorläufigen Überblick über spezielle Bereiche, in denen Maßnahmen ergriffen werden könnten.

In Teil IV werden bestimmte Schlußfolgerungen gezogen, zu denen Stellungnahmen erbeten werden.

³¹ Grünbuch Europäischen Kommission: <http://europa.eu.int/en/record/green/gp006/de/index.html>

3.2. Teil I. Kommerzielle Kommunikation in der Europäischen Gemeinschaft

Zielsetzungen des Binnenmarkts:

Das erste Kapitel des Grünbuchs befaßt sich mit den Zielsetzungen des Binnenmarkts, im besonderen mit dem freien Warenverkehr und dem freien Dienstleistungsverkehr. Dies im Lichte der zunehmenden grenzüberschreitenden kommerziellen Kommunikation.

Freier Warenverkehr und kommerzielle Kommunikation:

Zur Anwendung kommt hier der Artikel 30 des EWG-Vertrags der den freien Warenverkehr innerhalb der Europäischen Union fest schreibt. In einigen Entscheidungen wurde erkannt, daß sich gewisse Beschränkungen der Werbemöglichkeiten auch indirekt auf die Absatzmöglichkeiten auswirken und somit einem freien Warenverkehr zuwider laufen. Dazu wird unter anderem die sogenannte Oosthoek's-Uitgeversmaatschappij-Entscheidung³² genannt. Darin heißt es, daß eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung beschränkt oder verbietet, geeignet sein kann die Einfuhrvolumen zu beschränken und damit auch den freien Warenverkehr.

Freier Dienstleistungsverkehr und kommerzielle Kommunikation:

Als weitaus wichtigere Regelungen des EWG-Vertrages gelten in diesem Zusammenhang Artikel 59 und Artikel 60, in denen der freie Dienstleistungsverkehr fest geschrieben ist. Der Gerichtshof vertritt die Meinung³³, daß Werbung eine Form von Dienstleistung ist. Die Anwendung von Artikel 59 auf diese Dienstleistungen bedeutet nun, daß sie nur mit dem geltenden Recht des Mitgliedstaates des Leistungserbringers im Einklang stehen müssen ('Herkunftslandprinzip'). Dies bedingt ein System der gegenseitigen Anerkennung, was impliziert, daß für Dienstleistungen mit Ursprung in einem anderen Mitgliedstaat im Prinzip

³² Urteil des EuGH vom 15.12.1982 in der Rechtssache C-286/81, Strafverfahren gegen Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, Slg. 1982, S. 4575 - 4590, Randnr. 15.

³³ vgl. zum Beispiel: Urteil des EuGH vom 30.04.1974, in den Rechtssachen C-155/73, Re Guiseppa Sacchi, Slg. 1974, S. 409; Urteil des EuGH vom 18.03. 1980, in der Rechtssache C-52/79, Procureur du Roi und Marc JVC Debaue and andere, Slg. 1980, S. 833.

keine Beschränkungen seitens der Behörden des Empfangsstaates gelten dürfen. Allerdings können Beschränkungen für den freien Dienstleistungsverkehr seitens der Behörden des Empfangsstaats unter bestimmten Bedingungen gerechtfertigt sein. Hier unterscheidet der Gerichtshof zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Maßnahmen.

Kommerzielle Kommunikation und freie Meinungsäußerung:

Im Grünbuch wird ferner darauf eingegangen, daß kommerzielle Kommunikationen auch unter das Recht auf freie Meinungsäußerung, Artikel 10 EMRK, fallen. Es handelt sich bei Dienstleistungen dieser Art in gewisser Hinsicht auch um Äußerungen von Meinungen, Nachrichten und Ideen. Ergo dessen können gewisse Restriktionen der Werbung diesem Grundrecht widersprechen und solchermaßen nicht zulässig sein.

Für die Anbieter kommerzieller Kommunikation bedeutet der europäische Binnenmarkt, daß jede im Herkunftsland legal erbrachte Dienstleistung prinzipiell auch anderen Nutzern in den übrigen Mitgliedstaaten frei zugänglich sein sollte. Ohne daß in jedem einzelnen Fall geprüft werden muß, ob sie den Rechtsvorschriften im Empfangsland entspricht. Aufgrund der dadurch bedingten Kostenreduktion wird es Dienstleistungsanbietern erleichtert, ihre Märkte über die nationalen Grenzen hinweg auszudehnen. Dadurch soll auch der Wettbewerb im Binnenmarkt verstärkt werden.

Doch nicht nur dem Binnenmarktgedanken soll genüge getan werden. Die Ausführungen zum Schutz der Verbraucher fallen im Grünbuch vergleichsweise eher dürftig aus. Doch ist in Artikel 129a des EG-Vertrags fest geschrieben, daß sich die Europäische Gemeinschaft auch mit der ganzen Palette von Fragen des Verbraucherschutzes zu beschäftigen hat.

In Kenntnis der Entwicklungen im Internet gewinnen diese Fragen immer mehr an Bedeutung. Vor allem da dies zur Akzeptanz der Verbraucher beiträgt. Weiters wird auch der Schutz von Minderjährigen thematisiert, die ja den Wert der gebotenen Informationen noch weit weniger einschätzen können als Erwachsene.

3.3. Teil II: Bewertung des Bedarfs an Gemeinschaftsaktionen:

Im zweiten Teil des Grünbuchs werden zunächst die Gründe vorhandener und neu entstehender Hindernisse für den Binnenmarkt analysiert.

Barrieren stellen zum einen die unterschiedlichen Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten dar. Diese betreffen im wesentlichen drei Bereiche: Recht des unlauteren Wettbewerb, Verbraucherschutz und spezifische Gesetze zum Schutz öffentlicher Interessen.

Voneinander abweichende Ziele, die mit diesen Gesetzen verfolgt werden, beruhen auf unterschiedlich gewichteten Schwerpunkten der einzelnen Mitgliedsländern.

Weitere Hindernisse sind die unterschiedliche Art und Form der nationalen Maßnahmen. Diese hängen von den rechtspolitischen Traditionen und den aktuellen politischen Prioritäten der einzelnen Mitgliedstaaten ab.

Bedingt durch die Zunahme der Grenzüberschreitenden kommerziellen Kommunikation wird erwartet, daß damit auch rechtliche Konflikte zunehmen werden. Wobei kritisch angemerkt wird, daß die Reaktion mit einzelstaatlichen Regelungen eine potentielle Gefahr für den Binnenmarkt darstellt und dadurch nur noch weitere Konflikte entstehen werden. Nach Auffassung der Kommission sollen daher Maßnahmen zur Lösung dieser Probleme auf Gemeinschaftsebene gesucht werden.

3.4. Teil III: Ermittlung spezieller Bereiche für Gemeinschafts-Maßnahmen

Die einzelnen Rechtsordnungen sehen teils erheblich abweichende Regelungen im Bereich der kommerziellen Kommunikation vor. Daher wurden anhand von Untersuchungen der nationalen Gesetze die Unterschiede zueinander und die dadurch entstehenden Probleme für den Binnenmarkt heraus gearbeitet. Basierend auf einer Unterteilung nach Regelungsinhalten, wie beispielsweise Gesetze gegen irreführende Werbung oder aufdringliche Werbung.

Weiters wurden die einzelstaatlichen Maßnahmen in drei Gruppen zusammengefaßt. In rechtliche Verbote, spezifische rechtliche Beschränkungen und in Beschränkungen für anderswo übliche Formen von kommerzieller Kommunikation. Diese Bereiche sollen einer besseren Vergleichsmöglichkeit der Rechtsordnungen zueinander dienen.

Angemerkt wird auch, daß die einzelnen Mitgliedsstaaten zukünftige Gesetzesentwürfe auch allen ändern und der europäischen Kommission bekannt machen sollten, um schon im Vorfeld eine Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten.

3.5. Teil IV: Vorschläge für die Konsultation:

Im vierten Teil sollen nun einige Möglichkeiten zur Bewertung einzelstaatlicher Regelungen im Hinblick auf Gemeinschaftsrecht, sowie die Auswirkungen auf die „Nutzer“ von kommerzieller Kommunikation diskutiert werden.

Als mögliche Bewertungskriterien sollen unter anderem heran gezogen werden: die Ziele der Maßnahme, der Zusammenhang zwischen der Maßnahme und dem verfolgten Ziel und die Wirksamkeit der Maßnahme. Anhand dieser Bewertungsergebnisse sollen dann die mangelnde Kohärenz zu Gemeinschaftsrecht und die Kontraproduktivität zu Gemeinschaftszielen heraus gefiltert werden und Lösungsvorschläge erarbeitet werden.

Weiters soll die Information und Koordination auf europäischer Ebene intensiviert werden.

3.6. Zusammenfassung

Unter den Prämissen des Binnenmarktgedankens soll die kommerzielle Kommunikation für alle Marktteilnehmer möglichst keinen Beschränkungen unterworfen werden. Die Regelungen sollen in allen Mitgliedsländern möglichst einheitlich gestaltet sein. Dies im besonderen Hinblick auf die rasante Zunahme der grenzüberschreitenden kommerziellen Kommunikation.

4. Kapitel: Zur Situation in Amerika:

4.1. The private sector should lead:

Die amerikanische Regierung präsentierte am 1. Juli 1997 Bedingungen für einen zukünftigen Handel im Internet³⁴ in Form von grundlegenden Prinzipien The private sector should lead stellt davon eines dar und gibt klar zu erkennen in welche Richtung die amerikanische Entwicklung geht. Weg vom Staat, hin zu privaten Institutionen. In einem Statement dazu wird angeführt, daß das Internet zwar durch öffentliche Unterstützungen entstanden ist, letztlich aber von privaten Unternehmen zum Durchbruch verholfen wurde. Der Staat solle

³⁴ Framework for global electronic commerce (<http://www.whitehouse.gov/WH/New/Commerce>)

sich nun weitgehend als Regelungsautorität heraus halten und von einer Überregulierung abstand halten. Der freie Markt sei als Regulativ ausreichend genug. Dies zeigt sich schon daran, daß auch überlegt wird, die gesamte Internetverwaltung in die Hände von privaten Organisationen zu legen.

In diesem Papier wird zudem angeführt, daß es in der Macht der Regierungen liegt, den Handel im Internet durch Überregulierung zu bremsen, oder ihn durch ein weltweit einheitliches Rahmenwerk vereinfachen und damit zu beschleunigen. Allerdings wird zuerkannt, daß die Akzeptanz des Internets doch stark von der Durchsetzbarkeit von Rechten abhängt. Es wird daher als notwendig erachtet ein gewisses Maß an staatlichen Regelungen bei zu behalten.

Diese Maßnahmen sollten aber von Beginn an auf globaler Ebene ergriffen werden, um eine weitestgehende Einheitlichkeit zu gewährleisten. Eine Zersplitterung in nationale Aktionen würde dem Gedanken an einen globalen Marktplatz im Internet geradezu entgegen wirken. Übernommen sollen diese Aufgaben von Organisationen wie UNCITRAL³⁵, im Bereich des Handels, oder der WIPO³⁶ im Bereich des Immateriell Güter Rechts.

4.2. Kommerzielle Kommunikation:

Auch in den USA gibt es keine spezifischen Gesetze betreffend die kommerzielle Kommunikation im Internet. Was aber keine anarchischen Zustände hervor ruft. Zur Anwendung kommen vielmehr die bereits für andere Medien bestehenden Gesetze. Diesen muß auch die Werbung im Internet entsprechen.

Für Nutzer kommerzieller Kommunikationen im Internet veröffentlicht die amerikanische Handelskammer³⁷ dazu einen Leitfaden³⁸, der die Beschränkungen von kommerzieller Kommunikation auf amerikanischer Ebene im Überblick darstellt.

³⁵ United Nations Commission on International Trade Law <http://www.un.org/uncitral/index.html>

³⁶ World Intellectual Property Organization <http://www.wipo.org/>

³⁷ Federal Trade Commission (FTC) <http://www.ftc.gov/>

³⁸ FTC rules of the road <http://www.ftc.gov/bcp/menu-ads.htm>

4.3. Freiwillige Regelungen:

Aufgrund der enormen technischen Möglichkeiten wird die Unterscheidung zwischen bloßer Werbung und gewünschter Information immer schwieriger. Gedacht sei hier etwa an Keyword Buying oder ähnlich gestaltete Information. Dies stellt natürlich auch einen Vertrauensverlust in die erhaltenen Informationen und vorallem in deren Anbieter dar.

Daher gibt es in den USA von einigen Anbietern bereits Bestrebungen, Standards für kommerzielle Kommunikation im Internet einzuführen. Vor allem die Anbieter von Nachrichtendiensten fordern solche Richtlinien, da sie ja besonders auf Seriosität angewiesen sind. Diese Standards sollten dann von Institutionen, wie beispielsweise dem Internet Advertising Bureau³⁹, einer Nonprofit Organisation auf dem Gebiet der Internetwerbung, durchgesetzt werden.

4.4. Zusammenfassung:

Durch die zunehmende Internationalisierung scheint es geboten eine durchsetzbare Regelung auf globaler Ebene zu suchen, da einzelne nationale Lösungen grenzüberschreitende kommerzielle Kommunikation, wie einen grenzüberschreitenden Handel im allgemeinen, nur erschweren würden. Zu beachten ist auch, daß in Amerika eine Lösung auf privater Ebene gesucht wird, während in Europa vorwiegend über die Europäische Kommission auf politischer Ebene versucht wird Regelungen zu finden.

³⁹ <http://www.iab.net/main/main.html>