

**Beiträge zum Informationsrecht**

---

**Band 7**

**Persönlichkeitsverletzung  
durch unverlangte kommerzielle  
Kommunikation**

**Eine Analyse elektronischer Individualkommunikation  
unter besonderer Berücksichtigung  
von E-Mail-Werbung**

**Von**

**Oliver Rothley**



**Duncker & Humblot · Berlin**

OLIVER ROTHLEY

**Persönlichkeitsverletzung durch  
unverlangte kommerzielle Kommunikation**

# Beiträge zum Informationsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hansjürgen Garstka,  
Prof. Dr. Michael Kloepfer,  
Prof. Dr. Friedrich Schoch

**Band 7**

# Persönlichkeitsverletzung durch unverlangte kommerzielle Kommunikation

Eine Analyse elektronischer Individualkommunikation  
unter besonderer Berücksichtigung  
von E-Mail-Werbung

Von

Oliver Rothley



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2002/2003  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 1619-3547  
ISBN 3-428-11211-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2002 abgeschlossen und im Wintersemester 2002/2003 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner Arbeit im zweiten Jahrgang des Europäischen Graduiertenkollegs der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) zum Thema „Europäischer Persönlichkeitsrechtsschutz“ entstanden.

Rechtsprechung und Schrifttum sind bis März 2002, zur Thematik „E-Mail-Werbung“ bis Juni 2003 berücksichtigt. Durch Art. 13 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002) wurde zwischenzeitlich auch für E-Mail-Werbung die sog. opt-in-Lösung eingeführt, was aber die persönlichkeitsrechtlich-dogmatische Beurteilung der Problematik nur unwesentlich berührt.

Mein Dank gilt zuvorderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Herbert Buchner, für die Erstellung des Erstgutachtens und die Gewährung größtmöglicher Freiheit bei der Anfertigung der Arbeit. An dieser Stelle möchte ich mich bei ihm nochmals für die fast vierjährige interessante Tätigkeit an seinem Lehrstuhl bis zum Abschluss der Dissertation bedanken. Herrn Prof. Dr. Nils Jansen danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, Herrn Dr. Klaus Schlobach für viele anregende Gedanken und Diskussionen.

Weiterhin danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG), die die Erstellung meiner Arbeit großzügig mit einem zweijährigen Doktoranden-Stipendium gefördert hat. Ohne dieses wäre mir die Anfertigung der Arbeit nicht möglich gewesen. In diesem Zusammenhang danke ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jürgen Sonnenberger und Frau Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. für die Aufnahme in das Graduiertenkolleg der LMU „Europäischer Persönlichkeitsrechtsschutz“ und die damit verbundene Förderung durch die DFG. Frau Dr. Tanja Kristin danke ich für ihre administrative und für alle Mitglieder des Graduiertenkollegs sehr hilfreiche Tätigkeit.

Meinem Vater, Herrn Wulf-Ingo Rothley, und Herrn Andreas Schmidt danke ich für jede freie Minute, die sie dem Korrekturlesen geopfert haben.

Mein herzlichster Dank gilt schließlich Frau Birgit Krause sowohl für die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens als auch dafür, dass sie mir insbesondere in Zeiten wissenschaftlichen Stillstandes diejenige Unterstützung zu teil werden ließ, die für den Fortgang der Arbeit und für den seelischen und geistigen Ausgleich unverzichtbar war.

München, Juni 2003

*Oliver Rothley*



# Inhaltsübersicht

## *Teil 1*

<b>Einleitung</b>	23
A. Einführung in die Problematik .....	23
B. Gang der Darstellung .....	29

## *Teil 2*

<b>Kommerzielle Kommunikation in der Informationsgesellschaft</b>	31
A. Grundlegendes zum Begriff der Informationsgesellschaft .....	31
B. Unverlangte kommerzielle Kommunikation .....	52
C. Auswirkungen auf die Informationsgesellschaft .....	71

## *Teil 3*

<b>Die nationale Rechtslage vor gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund</b>	84
A. Einleitung .....	84
B. Gemeinschaftsrechtliche Regelungen zur unverlangten Kommunikation .....	96

## *Teil 4*

<b>Nationale Schutzinstrumente zur Abwehr unverlangter kommerzieller Kommunikation</b>	146
A. Datenschutzrecht .....	146
B. Deliktischer Rechtsschutz .....	152
C. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung unverlangter kommerzieller Kommunikation ...	237
D. Bankrechtliche Regelungen .....	251

*Teil 5*

<b>Die Einwilligung des Umworbene(n)</b>	253
A. Allgemeines .....	253
B. Anforderungen an ein Einverständnis .....	256

*Teil 6*

<b>Resümee</b>	277
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	279
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	297

# Inhaltsverzeichnis

## *Teil 1*

<b>Einleitung</b>	23
A. Einführung in die Problematik .....	23
B. Gang der Darstellung .....	29

## *Teil 2*

<b>Kommerzielle Kommunikation in der Informationsgesellschaft</b>	31
A. Grundlegendes zum Begriff der Informationsgesellschaft .....	31
I. Gesellschaftlicher Wandel .....	31
II. Der Begriff der „Information“ .....	33
III. Veränderungen in der Kommunikationsstruktur .....	35
1. Technische Grundlagen .....	35
a) Internet .....	36
aa) Entwicklung und Funktion .....	36
bb) Internetdienste .....	38
cc) Die Sonderrolle des Internets .....	41
b) Telefondienste .....	43
c) Zusammenfassung .....	45
2. Einordnung neuer Kommunikationsmethoden in die Medienstruktur .....	46
a) Massenkommunikation .....	46
b) Individualkommunikation .....	47
c) Problemdarstellung anhand der E-Mail-Werbung .....	47
d) Funktionalität als Abgrenzungskriterium .....	49
e) Das Element der Interaktivität .....	50
IV. Zusammenfassung .....	52

B. Unverlangte kommerzielle Kommunikation .....	52
I. Der Begriff der kommerziellen Kommunikation .....	52
1. Definition nach der E-Commerce-Richtlinie .....	52
2. Grünbuch über kommerzielle Kommunikation und sein Folgedokument ...	53
3. Weites und umfassendes Begriffsverständnis .....	54
4. Die Stellung der Wirtschaftswerbung innerhalb der kommerziellen Kom- munikation .....	56
a) Begriff der Wirtschaftswerbung .....	56
b) Gleicher Stellenwert von informativer und suggestiver Werbung .....	57
5. Das Vertragsangebot als kommerzielle Kommunikation .....	58
II. Das Verständnis von „unverlangt“ .....	59
III. Direktmarketing als maßgebliche Fallgruppe von unverlangter kommerzieller Kommunikation .....	60
1. Grundlagen und Begriff .....	60
2. Wirtschaftliche Bedeutung des Direktmarketing .....	62
3. Tatsächliche Grundlagen der E-Mail-Werbung .....	64
a) Entwicklung der E-Mail-Werbung .....	64
b) Besondere Vorteile für den Werbenden .....	65
c) Konsequenzen für den Internetverkehr .....	66
d) Technische Maßnahmen gegen unverlangte kommerzielle Kommuni- kation .....	68
e) Der Trend zu einem „Permission Based Marketing“ .....	70
C. Auswirkungen auf die Informationsgesellschaft .....	71
I. Prognostizierte Vorteile der Informationsgesellschaft .....	72
II. Die inflationäre Vervielfachung der Informationsmenge .....	73
III. Die informative Überbelastung des Einzelnen .....	74
1. Grundlagen und Symptome .....	74
2. Informationsüberlastung speziell durch kommerzielle Kommunikation ...	77
a) Grundlagen .....	77
b) Der Umworbene als „homo oeconomicus“ .....	79
c) Die Minimierung der Informationskosten .....	81
d) Ausblick .....	81
IV. Zusammenfassung .....	83

*Teil 3*

<b>Die nationale Rechtslage vor gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund</b>	84
A. Einleitung	84
I. Die restriktive Haltung bezüglich Telefon-, Fax- und Btx-Werbung	85
1. Telefonwerbung	85
a) Das Eindringen in die Privatsphäre als Hauptargument	85
b) Zwischenergebnis	88
2. Telex- und Telefaxwerbung	89
a) Die Telexentscheidung des BGH als dogmatische Basis	89
b) Auswirkungen auf die Telefaxwerbung	90
3. Btx-Werbung	91
4. Mobilfunk- und SMS-Werbung	92
II. Die verschiedenen Lösungsansätze für die E-Mail-Problematik	92
1. opt-in und opt-out als die grundlegenden Lösungsansätze	92
2. Entwicklung einer restriktiven Haltung	93
a) Die Entscheidungen des LG Traunstein	93
b) Tendenzen der jüngeren Rechtsprechung	93
c) Die Behandlung von E-Mail-Werbung in der Literatur	95
d) Zwischenergebnis	96
B. Gemeinschaftsrechtliche Regelungen zur unverlangten Kommunikation	96
I. Sekundärrechtliche Regelungen	96
1. Vorrang der freiwilligen Selbstkontrolle durch das Subsidiaritätsprinzip	97
2. Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz	99
a) Grundlagen und Anwendungsbereich	99
b) Einschränkung bestimmter Fernkommunikationstechniken gem. Art 10	101
aa) Der Streit um die Harmonisierungswirkung des Art. 10	102
bb) Die Öffnungsklausel des Art. 14 FARL	103

c)	Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie in nationales Recht .....	104
aa)	Mangelnde Umsetzung durch das Fernabsatzgesetz .....	104
bb)	Rechtliche Anforderungen an die Umsetzung .....	104
cc)	Überprüfung der deutschen Rechtslage .....	106
dd)	Zwischenergebnis zur Umsetzung ins nationale Recht .....	107
d)	Auslegung der Richtlinie .....	108
aa)	Grundlagen zur Auslegung .....	108
bb)	Rechtsgrundlage .....	108
cc)	Die Systematik und der Zweck des Art. 14 FARL .....	109
dd)	Der hypothetische Verbraucherwille in Art. 10 Abs. 2 FARL .....	111
ee)	Entstehungsgeschichte und Zweck der Richtlinie .....	111
ff)	Das Leitbild des verständigen Verbrauchers .....	113
gg)	Der Blick auf andere Sekundärnormen .....	114
hh)	Ergebnis .....	115
3.	Die Datenschutzrichtlinien 95/46/EG und 97/66/EG .....	115
a)	TK-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG .....	116
b)	Die allgemeine Datenschutzrichtlinie .....	117
4.	Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr .....	118
a)	Einführung .....	118
b)	Anwendungsbereich der Richtlinie .....	119
aa)	Dienste der Informationsgesellschaft .....	119
bb)	Die einzelne E-Mail-Nachricht als Dienst der Informationsgesellschaft .....	120
c)	Ausnahmeregelungen .....	121
aa)	Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang .....	121
bb)	Ausnahmen nach Art. 1 Abs. 5 .....	121
cc)	Anwendbares Sachrecht .....	122
dd)	Anzuwendendes Sachrecht außerhalb des Herkunftslandprinzips ..	122
ee)	Deliktische Ansprüche .....	123
ff)	Ansprüche aus UWG .....	125
d)	Schlussfolgerungen aus den Verpflichtungen nach Art. 7 der E-Commerce-Richtlinie .....	126
5.	Zusammenfassung .....	128

Inhaltsverzeichnis	13
II. Der Einfluss der Grundfreiheiten auf kommerzielle Kommunikation	128
1. Die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG	129
a) Allgemeines	129
b) Anwendbarkeit des Art. 28 EG auf kommerzielle Kommunikation	130
c) Einschränkung durch die <i>Keck</i> -Rechtsprechung des EuGH	131
aa) Der Begriff der „bestimmten Verkaufsmodalität“	132
bb) Keine diskriminierende Wirkung	135
cc) Wertendes Element als Abgrenzungskriterium	136
2. Die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG	139
a) Allgemeines	139
b) Die Anwendung des Art. 49 EG auf unverlangte kommerzielle Kommunikation	140
aa) Der Dienstleistungsbegriff	140
bb) Werbung als Dienstleistung und der Akzessorietätsgedanke	140
cc) Übertragung der <i>Keck</i> -Rechtsprechung auf Art. 49 EG	141
(1) Das Urteil <i>Alpine Investment</i> als Ausgangspunkt	141
(2) Abschließende Aussage des <i>Alpine Investment</i> -Urteils	142
(3) Differenzierte Sichtweise anhand des Akzessorietätsgedankens	143
(4) Praktische Auswirkungen und Ergebnis	145

#### *Teil 4*

<b>Nationale Schutzinstrumente zur Abwehr unverlangter kommerzieller Kommunikation</b>	146
A. Datenschutzrecht	146
I. MediendiensteStaatsvertrag (MDStV)	147
II. Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG)	147
III. Telekommunikationsgesetz (TKG)	149
IV. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)	151
1. Vorrang von Sonderregelungen gem. § 1 Abs. 3 BDSG	151
2. § 28 BDSG	151

B. Deliktischer Rechtsschutz .....	152
I. Vorüberlegungen .....	152
1. Das Problem der Aktivlegitimation im UWG .....	152
2. Quasinegatorische Abwehrensprüche aus § 1004 BGB .....	153
a) Die Anforderungen an die Wiederholungsgefahr .....	154
b) Der verantwortliche Störer bei unverlangter kommerzieller Kommunikation .....	155
II. § 826 BGB .....	158
III. § 823 Abs. 2 BGB .....	159
1. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 UWG .....	159
2. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 317 StGB .....	160
IV. Eigentumsschutz i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB .....	160
V. Besitzschutz i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB .....	161
VI. Der Freiheitsbegriff des § 823 Abs. 1 BGB .....	162
VII. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht .....	163
1. Ausgangspunkt .....	163
a) Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	164
b) Die Wirkung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Zivilrecht ..	166
aa) Die verschiedenen Ansätze zur Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht .....	166
(1) Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung .....	166
(2) Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung .....	167
(3) Die Grundrechte als Schutzgebote an den Staat .....	168
bb) Die technische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ..	168
cc) Zwischenergebnis .....	169
2. Unzureichende Systematik des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	170
a) Die vorherrschende Systematik .....	170
b) Kritik .....	170
c) Tatbestandskonkretisierung mittels Schutzbereichsanalyse .....	171

3. Die Einordnung von unverlangter kommerzieller Kommunikation unter das allgemeine Persönlichkeitsrecht .....	175
a) Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen .....	175
b) Die Interessenlage des Einzelnen .....	178
aa) Das mangelnde Interesse an unverlangter Information .....	178
bb) Funktionalität seiner Individualkommunikationsmittel .....	179
cc) Stärkung seiner aktiven Rolle in der Kommunikation .....	180
c) Einordnung der Interessen nach ihrer persönlichkeitsrechtlichen Relevanz .....	180
aa) Unzulänglichkeit der Fallgruppe „Eindringen in die Privatsphäre“ .....	180
bb) Persönlichkeitsrechtlicher Schutz vor Belästigungen .....	185
cc) Das Erfordernis eines Wirtschafts- oder Verbraucherpersönlichkeitsrechts .....	186
dd) Das Recht auf personale Selbstbestimmung .....	189
d) Das Persönlichkeitsrecht als Schutz der kommunikativen Konzeption ..	194
aa) Von der Informationsethik zur gesicherten subjektiven Rechtsposition .....	194
bb) Das individuelle Kommunikationskonzept .....	198
cc) Ausnahme für juristische Personen .....	209
dd) Zusammenfassung .....	210
e) Eingriffshandlung .....	211
4. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	211
a) „Unverlangte“ Kommunikation als Tatbestandsvoraussetzung .....	211
b) Sozialinadäquanz als Tatbestandsmerkmal .....	213
c) Die Rolle der Güter- und Interessenabwägung .....	216
aa) Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG .....	218
bb) Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG .....	221
cc) Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG .....	222
5. Rechtswidrigkeit .....	224
6. Gemeinschaftsrechtliche Konflikte .....	224
a) Einfluss der sekundärrechtlichen Wertungen .....	224
b) Der Schutz des Kommunikationskonzepts als zwingendes Allgemeininteresse .....	225
7. Ergebnis .....	229

VIII. Die Lösung über die negative Informationsfreiheit .....	229
IX. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb .....	234
C. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung unverlangter kommerzieller Kommunikation .....	237
I. Der Begriff der guten Sitten i.S.v. § 1 UWG .....	238
II. Die verschiedenen Fallgruppen .....	239
1. Sekundärrechtlicher Einfluss .....	239
2. Unlauterkeit durch Rechtsbruch .....	240
a) Allgemeines .....	240
b) Der Einfluss der persönlichkeitsrechtlichen Wertung auf § 1 UWG .....	240
3. Unlauterkeit durch Belästigung .....	241
a) Unterschiede zur Telefonwerbung .....	242
b) Imitations- und Nachahmungsgefahr .....	243
c) Blockade und Ausnutzung der Kommunikationsmittel .....	244
d) Das Problem der Kostenverlagerung .....	245
e) Funktionsmissbrauch des E-Mail-Dienstes .....	247
f) Zeitaufwand des Löschens als Unlauterkeitskriterium .....	248
g) Störungen im Betriebsablauf .....	249
h) Zwecksetzung des Internets .....	249
III. Aktivlegitimation .....	250
D. Bankrechtliche Regelungen .....	251

### *Teil 5*

<b>Die Einwilligung des Umworbenen</b>	253
A. Allgemeines .....	253
B. Anforderungen an ein Einverständnis .....	256
I. Die Zulässigkeit von Mutmaßungen .....	256
1. Privater Bereich .....	256
2. Geschäftlicher Bereich .....	258

Inhaltsverzeichnis	17
II. Ausdrückliches und konkludentes Einverständnis	261
1. Allgemeines	261
2. Ausdrückliches Einverständnis	263
a) Allgemeines	263
b) Einverständniserteilung durch vorformulierte Klauseln	263
aa) Meinungsstand	263
bb) Differenzierte Betrachtung	265
cc) Werbefinanzierte Verträge	266
dd) Vorrang der Individualabrede	268
ee) Unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.	270
3. Konkludentes Einverständnis	273
<i>Teil 6</i>	
<b>Resümee</b>	277
<b>Literaturverzeichnis</b>	279
<b>Sachwortverzeichnis</b>	297

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
APf	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AK	Alternativkommentar
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AT	allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT	besonderer Teil
Bt-Ds	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
desw.	des Weiteren

dies.	dieselbe
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EG(V)	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGG	Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz
Einl.	Einleitung
E-Mail	Electronic Mail
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Europäischen Wirtschaftsrecht
f.; ff.	folgend(e)
FARL	Fernabsatzrichtlinie
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTP	File Transfer Protocol
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	– (Auslands- und) Internationaler Teil
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
insb.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IRC	Internet Relay Chat
IuKDG	Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste
JA	Juristische Ausbildung
jur.	juristisch(e)
Jur. Blätter	Juristische Blätter
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

K&R	Kommunikation und Recht (Betriebs-Berater für Medien, Telekommunikation, Medien)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
Ls.	Leitsatz
M&K	Zeitschrift für Medien und Kommunikation
m.	mit
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatszeitschrift des Deutschen Rechts
MDSStV	Mediendienste-Staatsvertrag
MMR	MultiMedia und Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar
Nds. GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-CoR	NJW-Computerreport
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
n.v.	nicht veröffentlicht
OLG	Oberlandesgericht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt(e)
SR	Schuldrecht
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
SZ	Süddeutsche Zeitung

TDDSG	Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz)
TDG	Gesetz über die Nutzung von Teledienst (Teledienstegesetz)
TKDV	Telekommunikationsdatenschutzverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Teilziffer
u. a.	unter anderem
UrhG	Gesetz über das Urheberrecht
URL	Uniform Resource Locator
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von; vom
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
vs.	versus
VuR	Versicherung und Recht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WWW	World-Wide-Web
z. B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZS	Zivilsenat
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht



## Teil 1

# Einleitung

## A. Einführung in die Problematik

Bereits vor mehr als einem Jahrzehnt sprach *Sieber* von der Notwendigkeit einer Informationsethik und unternahm den Versuch, ein Informationsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet zu etablieren.<sup>1</sup> Sieht man darin die Summe der rechtlichen Normen, die sich mit der Information beschäftigen – vor allem unter dem Gesichtspunkt ihrer Verarbeitung durch moderne Informationstechniken – und die insbesondere die Zuordnung und Verteilung des Wirtschafts-, Kultur- und Verfassungsgutes Information sowie dessen Gefährdungspotential betreffen,<sup>2</sup> kann die vorliegende Arbeit als informationsrechtliche Abhandlung bezeichnet werden.

Im Mittelpunkt der Arbeit stehen moderne Individualkommunikationstechniken, kommerzielle Kommunikation und vor allem das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Letzteres hat in der Vergangenheit zumeist unter der Rubrik von Medieneingriffen in das Privatleben Prominenter einen über juristische Fachkreise hinausreichenden Bekanntheitsgrad erfahren und gewisse ethische Aspekte über den Umgang mit persönlichen Informationen in ein rechtliches Gewand gekleidet. Ansatzpunkt der vorliegenden Arbeit stellt jedoch nicht das „persönlichkeitsrechtliche Leid“ von Prinzessin Caroline von Monaco und anderer bekannter Personen der Zeitgeschichte dar. Sie will keinen weiteren Beitrag zu der hierzu schon vorhandenen, fast unerschöpflichen Literatur leisten, die sich mit dem Eindringen der Medien, insbesondere der Presse in die Privatsphäre jener Menschen beschäftigt.<sup>3</sup> In der hier aufgeworfenen Fragestellung geht es nicht darum, in die Privatsphäre einzudringen, um persönliche Informationen nach außen zu tragen und der Öffentlichkeit preiszugeben (im folgen-

---

<sup>1</sup> NJW 1989, 2569 ff. (der Beitrag war Teil der Antrittsvorlesung des Verfassers an der Universität Bayreuth).

<sup>2</sup> *Sieber*, NJW 1984, 2569, 2574; vgl. auch *Langer*, Informationsfreiheit, S. 21: „Informationsordnung“; *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230, 237; zum Begriff „Informationsrecht“ ausführlich *Mayer-Schönberger*, Information und Recht, S. 8 ff., 19 ff.

<sup>3</sup> Guter Überblick zu dieser Thematik bei *Soehring/Seelmann-Eggbert*, NJW 2000, 2466 ff.; des Weiteren *Prinz*, NJW 1995, 817 ff.; *Seitz*, NJW 1996, 2848 ff.; *Steffen*, NJW 1997, 10 ff.; aus jüngerer Zeit auch die Arbeiten von *Klein*, Sensationspresse; *von Holleben*, Geldersatz; *Börger*, Presseveröffentlichungen; *Guha*, Person der Zeitgeschichte; *Seemann*, Prominenz als Eigentum; diese Abhandlungen beschäftigen sich aber hauptsächlich mit „massenmedialen Persönlichkeitsverletzungen“, vgl. *Wanckel*, Persönlichkeitsschutz, S. 277.

den als „klassische Fälle“ bezeichnet).<sup>4</sup> Analysiert werden soll vielmehr der umgekehrte Fall, in dem Informationen unverlangt und mit kommerziellem Hintergrund in eine persönliche Sphäre eingebracht werden. Die dadurch für den zumeist nicht prominenten Einzelnen entstehenden Gefahren und Belästigungen bilden die Existenzgrundlage für die hier vorliegende Untersuchung.

Die Entwicklung dieser Fallgruppe steht in untrennbarem Zusammenhang mit der Entwicklung der heutigen Gesellschaft in Richtung einer Informations- und Kommunikationsgesellschaft.<sup>5</sup> Mit diesem Schlagwort wird oft die derzeitige gesellschaftliche Entwicklungsphase beschrieben. Kommunikation und Informationsaustausch erleben einen bisher nicht bekannten Stellenwert, gleich ob im Privat- oder im Geschäftsbereich. Der Einzelne ist dadurch mehr denn je Adressat vielfältigster Informationen, die ihn durch die unterschiedlichsten Medien erreichen. Zum Teil handelt es sich dabei um Information, die gar nicht erwünscht ist und den Einzelnen unverlangt erreicht.

Ein Grund für diesen Informationsboom ist insbesondere das Internet.<sup>6</sup> Wie kein anderes Medium ermöglicht es innerhalb seiner verschiedenen Dienste den Informationsfluss. Vor allem die Kommunikation durch E-Mail ist für Viele ein einfaches, schnelles und kostengünstiges Mittel zum globalen Austausch von Text-, Bild- oder Toninformationen. Im geschäftlichen Bereich hat sich E-Mail-Korrespondenz zu einem festen und unverzichtbaren Element der Kommunikation entwickelt. Kein Unternehmen will es sich heute leisten, nicht per E-Mail erreichbar zu sein. Entsprechendes gilt aber auch für den Privatbereich. Hier ist insbesondere durch die Zunahme von sogenannten Freemail-Diensten<sup>7</sup> die Anzahl der privaten E-Mail-Accounts rapide gestiegen. Jedoch auch schon „altbewährte“ Medien wie das Telefon erleben durch die fortschreitende europäische Marktliberalisierung und die damit zusammenhängenden stark fallenden Verbindungsentgelte eine Art Renaissance.<sup>8</sup> Dies gilt insbesondere für die sogenannte Festnetztelefonie. Darüber hinaus hat sich aber auch durch die Zunahme von Mobilfunkdienstleistungen das Kommunikationsverhalten in der Gesellschaft wesentlich verändert.<sup>9</sup> Erwähnt sei

---

<sup>4</sup> Diese Problematik um „personenbezogene Informationen“ war auch Schwerpunkt in der Auseinandersetzung um eine Informationsordnung, vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 ff.

<sup>5</sup> Vgl. [http://europa.eu.int/comm/dg10/publications/brochures/move/infoeduc/infosoftxt\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/dg10/publications/brochures/move/infoeduc/infosoftxt_de.html).

<sup>6</sup> Vgl. zum Begriff „Internet“ die Definition der FNC (Federal Network Council)-Resolution v. 24. 10. 1995, abgedruckt bei *Koch*, Internetrecht, S. 548.

<sup>7</sup> So z. B. GMX ([www.gmx.de](http://www.gmx.de)), Hotmail ([www.hotmail.com](http://www.hotmail.com)), YahooMail ([www.yahoo.de](http://www.yahoo.de)), Web.de ([www.web.de](http://www.web.de)); vgl. Übersicht in *ct*, Magazin für Computertechnik, Heft 11/2000 S. 140 ff.

<sup>8</sup> Einen Überblick gibt der Halbjahresbericht 2000 der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (RegTP) auf S. 9 ff., [www.regtp.de/imperia/md/content/aktuelles/10.pdf](http://www.regtp.de/imperia/md/content/aktuelles/10.pdf). Allein die Steigerung des telefonischen Festnetzverkehrs zwischen 1997 und 2000 wird mit 50 Prozent prognostiziert.

<sup>9</sup> Ende 1999 gab es in der BRD 23,47 Mio. Mobilfunkteilnehmer, die Prognose für Ende 2000 lag bei 48 Mio., vgl. Jahresbericht RegTP a. a. O. S. 23.

an dieser Stelle insbesondere die Möglichkeit der Übermittlung sogenannter Kurznachrichten (SMS).<sup>10</sup>

Folge dieser Entwicklung ist, dass neben den bislang schon etablierten Werbemethoden Marketingfachleute diese teilweise neuen Techniken – durch die stark wachsende Anzahl von E-Mail-Adressen vor allem die elektronische Post – als geeignetes Mittel für Werbung im weitesten Sinne entdecken.<sup>11</sup> Insbesondere die geringen Kosten machen diese Form des Direktmarketing für den Werbenden interessant. Mittlerweile erreichen jedoch den E-Mail-Nutzer mehr unerwünschte Werbe-E-Mails als erwünschte persönliche oder geschäftliche elektronische Post. Neben massiven Störungen in den zugrunde liegenden Netzen – zu nennen sei hier beispielsweise die Überlastung von E-Mail-Empfangserver – kommt es zu einer nicht unerheblichen Belästigung des Empfängers.<sup>12</sup> Aufgrund ihrer aktuellen Brisanz ist diese Marketingform hervorragend geeignet, um das Problem der unverlangten kommerziellen Kommunikation darzustellen. Sie bildet gewissermaßen einen roten Faden durch die Arbeit und genießt im Umfang ihrer Bearbeitung besonderes Gewicht.

Zur Begegnung jener soeben aufgezeigten Gefahren hat sich eine restriktive nationale Rechtsprechung bezüglich E-Mail-Werbung herausgebildet, die sich an die schon bestehende Rechtsprechung zu anderen Direktmarketingmethoden wie Telefon-, Fax-, Telex- oder Btx-Werbung anlehnt und zumeist auf § 1 UWG basiert. Ein Großteil der Literatur stimmt dieser restriktiven Ansicht vor dem Hintergrund einer fehlenden ausdrücklichen nationalen gesetzlichen Regelung zu. Zu dieser begrüßenswerten Tendenz ist anzumerken, dass das Medium Internet und die entsprechenden Netzstrukturen im Rahmen ihres Wachstums bisher mit wenigen gesetzlichen Regelungen auskamen. Der Netzgemeinde war viel erlaubt und wenig verboten.<sup>13</sup> Jedoch zeigt sich gerade am Beispiel der E-Mail-Werbung, dass insoweit gerade Regelungen angebracht sind, als es darum geht, ein weiteres Wachstum und eine weitere Verbreitung nicht zu unterbinden. Das reibungslose Funktionieren der interaktiven Netze darf durch derartige Erscheinungen nicht beeinträchtigt werden.<sup>14</sup> Es ist der Gefahr entgegentreten, dass ein E-Mail-Nutzer, privat wie ge-

---

<sup>10</sup> Hierbei handelt es sich um den sog. „short message service“. Grundlage dieses Dienstes ist, dass den Teilnehmer Textmittlungen erreichen, die er auf seinem Handy lesen kann. Erstellt werden kann eine SMS z. B. mit der Handytastatur oder per Computer. In beiden Fällen ist es dann möglich, die einmal erstellte Nachricht an eine Vielzahl von ausgewählten Telefonnummern zu senden. Obgleich der genauegenommen fehlerhaften Übersetzung, soll im folgenden von der SMS (Nachricht) gesprochen werden.

<sup>11</sup> Vgl. *Schmid*, Telefonwerbung, S. 3, der gerade in der Vielfältigkeit der Telekommunikationsmethoden den besonderen Reiz für die Werbebranche sieht.

<sup>12</sup> Hinzu kommen erhöhte Downloadzeiten, das Setzen von Rechnern, von denen aus Werbemails verschickt werden, auf sogenannte schwarze Listen oder „Mail Bomben Angriffe“ gegen die Versender, vgl. *Koch*, Internetrecht, S 45.

<sup>13</sup> *Schwarze* in: *Schwarze* (Hrsg.), S. 9 spricht vom anarchischen Internet.

<sup>14</sup> Vgl. Erwägungsgrund 30 der RL 2000/31/EG v. 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Ge-