

§ 24. Werbung

Übersicht

	Rdnr.
A. Kollisionsrecht	1
I. Anwendbares Recht	1
II. Gerichtszuständigkeit	15
III. Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen	18
IV. Änderung der bisherigen Rechtslage durch die E-Commerce-Richtlinie	20
B. Anwendbare Vorschriften	24
I. Auf nationaler Ebene	25
II. Auf EG-Ebene	33
III. Internationale Vorgaben	37
C. Allgemeine Rechtsanwendungsprobleme	39
I. Zulässigkeit unaufgeforderter E-Mail-Werbung	39
1. Rechtsprechungsübersicht	40
2. Kritische Würdigung	42
II. Trennungsgebot von Werbung und redaktionellen Beiträgen	47
III. Haftung für Links	51
1. Inline-Links	52
2. Hyperlinks	54
3. Verantwortlichkeit für unzulässige Inhalte der in Bezug genommenen Seiten	57
D. Rechtsanwendungsprobleme im Rahmen des Berufsrechts	64
E. Rechtsanwendungsprobleme im Rahmen des Heilmittelwerbegesetzes (HWG)	69
I. Nur gegenüber bestimmten Personengruppen zulässige Werbung (§§ 10, 12 HWG)	72
II. Werbung mit Gutachten und wissenschaftlichen Veröffentlichungen (§ 6 HWG)	76

Literatur: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, Köln 1998; Bettinger/Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, CR 1998, 545; Bülow/Ring, Kommentar zum Heilmittelwerbegesetz, 2. Aufl., Köln 2001; v. Czettritz, Pharma Online. Rechtliche Probleme der Pharmawerbung im Internet, PharmaRecht 1997, 88; Doepler, Heilmittelwerbegesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2000; Dreier, TRIPS und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, GRUR Int. 1996, 205; Engels, Haftung für Anzeigen in Online-Angeboten, K&R 2001, 338; Ernst, Rechtliche Fragen bei der Verwendung von Hyperlinks im Internet, NJW-CoR 1997, 224; Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl., München 1997; Gounalakis, Werbung im Internet. Rechtliche Aspekte, Frankfurt 1999; ders., Werbung im Internet, in: Marburger Gespräche zum Pharmarecht, Rechtliche Veränderungen des Wettbewerbs am europäischen Pharmamarkt, 2. Symposium von Wissenschaft und Praxis, hrsg. im Auftrag der Forschungsstelle für Pharmarecht der Philipps-Universität Marburg von Dieter Meurer, Frankfurt 2000, S. 115; Gounalakis/Rhode, Elektronische Kommunikationsangebote zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk, CR 1998, 487; dies., Persönlichkeitsschutz im Internet. Grundlagen und Online-Spezifika, München 2002; Gummig, Rechtsfragen bei Werbung im Internet, ZUM 1996, 573; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, München 2001; ders., Cybermanners und Wettbewerbsrecht. Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, WRP 1997, 993; ders., Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192; Jankowski, Kosten beim Empfänger unverlangter E-Mails – nur ein Scheinargument?, K&R 2000, 499; Koch, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 1997, 193; Kotthoff, Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, CR 1997, 683; Kuner, Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, CR 1996, 453; Lehmann, Rechtsge-

schäfte im Netz – Electronic Commerce, Stuttgart 1999; *Leupold*, Die massenweise Versendung von Werbe-eMails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung des Empfängers?, WRP 1998, 270; *v. Lewinski*, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int. 1997, 667; *Mankowski*, Wettbewerbsrechtliches Gerichtspflichtigkeits- und Rechtsanwendungsrisiko bei Werbung über Websites, CR 2000, 763; *ders.*, Herkunftslandprinzip und Günstigkeitsvergleich in § 4 TDG-E, CR 2001, 630; *Mann*, Werbung auf CD-ROM-Produkten mit redaktionellem Inhalt, NJW 1996, 1241; *Marwitz*, Heilmittel im Internet, MMR 1999, 83; *Pichler*, European Law Reporter 1999, 74; *ders.*, Haftung des Host-Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79; *Reich*, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581; *Reichelsdorfer*, „eMails“ zu Werbezwecken – ein Wettbewerbsverstoß?, GRUR 1997, 191; *Sack*, Art. 30, 36 EG-Vertrag und das internationale Wettbewerbsrecht, WRP 1994, 281; *ders.*, Die kollisions- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach deutschem Recht, GRUR 1988, 320; *Scheuerl*, Anwaltswerbung im Internet, NJW 1997, 1291; *Schmittmann*, Werbung von Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe im Internet, MDR 1997, 601; *ders.*, Bannerwerbung. Rechtsprobleme insbesondere bei kammergebundenen Berufen, MMR 2001, 792; *Schricker*, Die Durchsetzbarkeit deutscher Werberegulungen bei grenzüberschreitender Rundfunkwerbung, GRUR Int. 1982, 720; *Schuster/Müller*, Entwicklung des Internet- und Multimediarechts von Juli 2000 bis März 2001, MMR Beil. 7/2001; *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193; *ders.*, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR Beil. 7/2000, 4; *Spindler/Schmittmann*, Unerwünschte E-Mail-Werbung. Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, MMR Beil. 8/2001, 10; *Waldenberger*, Teledienste, Mediendienste und die „Verantwortlichkeit“ ihrer Anbieter, MMR 1998, 124.

A. Kollisionsrecht

I. Anwendbares Recht

Wettbewerbsverstöße zählen international privatrechtlich zu den **unerlaubten Handlungen**.¹ Um zu klären, welche nationalen Rechtsvorgaben bei Werbung im Internet eingehalten werden müssen, genügt es daher im Prinzip, die für unerlaubte Handlungen geltenden Anknüpfungsregeln auch auf Werbung im Internet anzuwenden.²

Für unerlaubte Handlungen findet sich die maßgebliche Kollisionsnorm in Art. 40 Abs. 1 EGBGB. Normiert wurde hiermit im Zuge der IPR-Novelle³ die bislang gewohnheits- bzw. richterrechtlich anerkannte **Tatortregel**. Anwendbar ist danach das Recht des Tatorts, was schon vor der Teilkodifikation des Internationalen Privatrechts durch die Art. 38 ff. EGBGB eine Anknüpfung an den **Handlungsort** einerseits oder an den **Erfolgort** andererseits ermöglichte. Art. 40 Abs. 1 EGBGB greift diesen Grundsatz nunmehr auf, modifiziert ihn aber dahingehend, dass die Anknüpfung an den Handlungsort den kollisionsrechtlichen Regelfall darstellt („Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat“). Alternativ kann der Verletzte aber nach wie vor das Recht des Staates zur Anwendung bringen, in dem der Taterfolg eingetreten ist. Insofern erfolgte lediglich eine „Akzentverschiebung auf den Handlungsort“.⁴

Im Online-Bereich ist Handlungsort der Ort, an dem die Werbung ins Internet eingespeist bzw. von dem aus die Wettbewerbshandlung initiiert wurde.⁵ Wesentlich

¹ St. Rspr.: RGZ 140, 25 (29); BGHZ 35, 329 (333); BGHZ 113, 11 (15).

² Zu den Grundlagen des Kollisionsrechts s. § 12.

³ Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen v. 21. 5. 1999; s. hierzu auch BT-Drs. 14/343, S. 4 ff.

⁴ Stoll, in: GS für Luderitz 2000, S. 733 (734).

⁵ Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 12.

schwieriger fällt die Ermittlung des Erfolgsorts. Hier hat die Rechtsprechung für den Bereich des unlauteren Wettbewerbs eine den Besonderheiten des Wettbewerbsrechts angepasste Formel entwickelt: Nach dem sog. **Marktortprinzip** liegt der Begehungsort in demjenigen Staat, in dem die wettbewerblichen Interessen der Konkurrenten aufeinanderstoßen.⁶ Speziell für Werbung gilt: Eine wettbewerbliche Interessenskollision findet überall dort statt, wo auf einen Markt eingewirkt wird.⁷ Entscheidend ist dabei die Einwirkung auf die Marktgegenseite, also regelmäßig die Ansprache bestimmter Abnehmerkreise.⁸

- 4 Welche Konsequenzen sich aus dieser Marktortformel für die Werbung im Internet ergeben, ist allerdings alles andere als klar. Zwar dürfte feststehen, dass bei E-Mail-Werbung das Recht des Landes gilt, in dem die E-Mail **bestimmungsgemäß empfangen** wird.⁹ Für die Beantwortung der praktisch bedeutsameren Frage, an welchem Ort die wettbewerblichen Interessen bei weltweit abrufbaren Werbe-Webseiten aufeinanderstoßen, fehlen jedoch bisher allgemein anerkannte Kriterien.¹⁰ Daher bleibt lediglich ein Blick auf die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten allgemeinen Ansätze zur Einordnung grenzüberschreitender Werbung.
- 5 Nach verbreiteter Ansicht sollen von der Anwendung deutschen Rechts solche Werbemaßnahmen ausgenommen sein, die wegen fehlender Spürbarkeit nicht geeignet sind, den inländischen Wettbewerb zu tangieren.¹¹ Die **Spürbarkeit von Werbemaßnahmen** am Inlandsmarkt ihrerseits soll anhand von Indizien, vor allem der Quantität der Werbung im Inland, der Regelmäßigkeit des Vertriebs und der verwendeten Sprache ermittelt werden.¹² Dieser Ansatz, der letztlich dem Kartellrecht entstammt,¹³ begegnet für den Bereich des Lauterkeitsrechts jedoch Bedenken. Anders als im Kartellrecht wird im Lauterkeitsrecht nicht an die Folgen eines Verhaltens, sondern an das Verhalten selbst, insbesondere an seine Zielrichtung angeknüpft.¹⁴ Entscheidend für die Beurteilung, ob eine Interessenskollision im Inland vorliegt, ist nicht, ob bereits eine spürbare Auswirkung am deutschen Markt festgestellt werden kann, sondern allein, ob gezielt auf den deutschen Markt eingewirkt werden soll.¹⁵
- 6 Die Zielrichtung einer Werbung ist dabei nicht nach den subjektiven Vorstellungen des Werbenden zu bestimmen. Persönliche Ansichten können im Internationalen Privatrecht nicht maßgebend sein. Zu leicht könnte sich ein Anbieter seiner Verantwor-

⁶ BGHZ 35, 329 (343), seither st. Rspr., etwa BGHZ 40, 391 (394); BGH GRUR 1971, 153 (154); BGH GRUR 1977, 672 (673); BGHZ 113, 11 (15).

⁷ Sack, GRUR Int. 1988, 320 (324).

⁸ Sack, GRUR Int. 1988, 320 (324); Mankowski, CR 2000, 763 (764 f.).

⁹ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 37.

¹⁰ Die Instanzgerichte neigen häufig dazu, ohne differenzierte Auseinandersetzung mit dem Problem die Anwendbarkeit deutschen Rechts zu bejahen, vgl. LG München, CR 1997, 155 – Schmätkritik via Internet; LG Traunstein, NJW-CoR 1997, 494 – Unverlangte Zusendung einer Werbe-E-Mail.

¹¹ OLG Bremen, CR 2000, 770 (770 f.); Sack, GRUR 1988, 320 (328); Schricker, GRUR Int. 1982, 720 (724). Ähnlich auch das OLG Frankfurt, IPRspr. 1990, Nr. 155, 307 (309), das es als entscheidend ansieht, ob im Inland eine tatsächliche Interessenskollision gegeben ist.

¹² Vgl. OLG Frankfurt, IPRspr. 1990, Nr. 155, 307 (309); OLG Bremen, CR 2000, 770 (770 f.); Mankowski, CR 2000, 763 (764 f.); Sack, GRUR 1988, 320 (328).

¹³ Fehlt es im Kartellrecht an spürbaren Auswirkungen, d.h. an Folgen einer Wettbewerbsbeschränkung, so ist das GWB nach h.M. nicht anwendbar. Gesetzlich verankert ist das Auswirkungsprinzip insb. in § 98 Abs. 1 GWB.

¹⁴ Kotthoff, CR 1997, 676 (680) m. w. N.

¹⁵ BGHZ 113, 11 (15); MüKo-BGB/Kreuzer, Art. 38 EGBGB, Rdnr. 241; Kotthoff, CR 1997, 676 (680) m. w. N.

tung entziehen, indem er etwa **Warnhinweise** auf seiner Website bzw. sog. **Disclaimer** anbringt, wie „Diese Homepage ist nicht für den deutschen Markt bestimmt“. Entscheidend ist vielmehr, welche Zielrichtung die Werbung vom objektiven Empfängerhorizont aus hat.¹⁶ Bedient ein Wettbewerber Anfragen aus Deutschland, so kann ihm der Hinweis, seine Website sei nicht für den deutschen Markt konzipiert, deshalb nicht helfen. Insoweit gilt der allgemeine Grundsatz der „*protestatio facto contraria*“.¹⁷

Auch der BGH hat bei der Einordnung grenzüberschreitender Werbung in der **Tampax-Entscheidung**¹⁸ letztlich an die verobjektivierte Zielrichtung einer Werbung angeknüpft. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein deutscher Hersteller von Hygieneartikeln (Camelia) eine Werbeanzeige in einer schweizerischen Zeitung angegriffen, die nach deutschem Recht unzulässig, nach schweizerischem Recht dagegen zulässig war. Die Zeitung war auf den schweizerischen Markt zugeschnitten, konnte aber bekanntermaßen auch in Deutschland bezogen werden. Obwohl das in der schweizerischen Zeitschrift werbende Unternehmen selbst nicht in Deutschland tätig war, gelangte der BGH zur Anwendbarkeit deutschen Rechts. Der BGH sah es nämlich als erwiesen an, dass von dem werbenden Unternehmen *bewusst* ein inländischer Wettbewerber von Camelia gefördert werden sollte, der die gleichen Produkte wie das werbende Unternehmen vertrieb.¹⁹ Diese Zielrichtung der Werbung führe zu einer wettbewerblich relevanten Interessenüberschneidung zwischen dem geförderten Mitbewerber und dessen inländischem Konkurrenten.²⁰

Selbst auf Werbung eines ausländischen Unternehmens, die primär auf einen Auslandsmarkt abzielt, ist deutsches Recht folglich anwendbar, wenn durch die Werbung **bewusst ein im Inland tätiges Unternehmen gefördert** wird. Deutsches Wettbewerbsrecht ist also bei Internetwerbung immer dann zu beachten, wenn die Werbung dazu bestimmt ist, den Absatz des angepriesenen Produkts auf dem Inlandsmarkt zu fördern. Ob das Produkt auf dem Inlandsmarkt durch das werbende Unternehmen selbst oder durch ein anderes Unternehmen vertrieben wird, zu dem im Regelfall konzernrechtliche oder vertragliche Beziehungen bestehen, ist für die Frage des anwendbaren Rechts hingegen irrelevant.

Noch nicht beantwortet ist freilich die Frage, wann eine Internetwerbung bei objektiver Betrachtung dazu bestimmt ist, den Absatz eines Produkts auf dem Inlandsmarkt zu fördern. Allein die Tatsache, dass auf dem Inlandsmarkt das gleiche Produkt durch eine selbständige **Konzerntochter** einer ausländischen, etwa US-amerikanischen Muttergesellschaft vertrieben wird, reicht dazu jedenfalls nicht aus. Anderenfalls müsste ein Konzern alle Rechtsordnungen beachten, in denen das online angebotene Produkt platziert und abgesetzt werden soll. Maßgebend muss vielmehr die Gesamtbetrachtung aller Einzelumstände sein, die sich aus dem Gesamtkontext der konkreten Werbemaßnahme ergeben.²¹ Insoweit seien ein paar wichtige Kriterien genannt:

Anders als bei Werbung in den Printmedien oder bei Rundfunk- und Fernsehwerbung kann bei Werbung im Internet nicht aus dem Werbemedium und seiner Verbreitung auf die **Zielrichtung der Werbung** geschlossen werden. Spezifikum der Internet-

¹⁶ Allgemeine Ansicht, BGH GRUR 1971, 151 (153); Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 37; Kotthoff, CR 1997, 676 (680).

¹⁷ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 37.

¹⁸ BGH GRUR 1971, 151.

¹⁹ BGH GRUR 1971, 151 (154).

²⁰ BGH GRUR 1971, 151 (154 f.).

²¹ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 37; Lehmann, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 169, 178; Kotthoff, CR 1997, 676 (681).

werbung ist gerade, dass sie weltweit stets in gleicher Qualität abgefragt werden kann. Umgekehrt kann aus dem gleichen Grund das deutsche Recht nicht schon deshalb für anwendbar erklärt werden, weil die betreffende Website im Inland aufgerufen werden kann, denn dann unterliefe der gesamte Inhalt des World Wide Web ohne weiteres dem deutschen Recht.

- 11 Einen, wenngleich nur geringen, Anhaltspunkt bietet die **Top-Level-Domain**. So kann jedenfalls eine Ausrichtung auf den deutschen Markt angenommen werden, wenn es sich um eine „.de“-Domain handelt.²² Bei generischen Top-Level-Domains wie z. B. „.com“ erscheint eine nähere Eingrenzung auf ein bestimmtes geografisches Gebiet allerdings nicht möglich.²³
- 12 Häufig unterschätzt wird die **Bedeutung der verwendeten Sprache**. Deutsche Sprache kann ein wichtiges Indiz dafür sein, dass die Werbung auch auf den Inlandsmarkt abzielt. Umgekehrt weist eine in Deutschland kaum verstandene Sprache, etwa Japanisch oder Chinesisch, auf einen fehlenden Inlandsbezug hin. Differenzierter zu sehen sind gebräuchliche und gemeinhin verstandene Sprachen wie Englisch und Französisch. Zwar kann nicht schon deshalb auf einen fehlenden Inlandsbezug geschlossen werden, weil die Website in englischer Sprache abgefasst ist. Auch die Gerichte gehen davon aus, dass jeder regelmäßige Internetnutzer in Deutschland in der Lage ist, englischsprachige Werbung ohne weiteres zu verstehen.²⁴ Eingrenzungsmöglichkeiten bestehen jedoch, wenn dem Besucher der Homepage verschiedene Sprachen, etwa Englisch, Französisch und Deutsch, zur Auswahl angeboten werden. In einem solchen Fall unterfällt die deutsche Fassung sicherlich dem deutschen Wettbewerbsrecht. Die englischen und französischen Versionen, die von der deutschen durchaus abweichen können, unterliegen hingegen nicht den strengen Anforderungen des UWG. Der Anbieter hat hinreichend deutlich gemacht, dass er lediglich mit der deutschsprachigen Seite den deutschen Markt erreichen möchte.
- 13 Wichtige Hinweise für die Zielrichtung einer Werbung im Internet können weiter aus den **Begleitumständen** gewonnen werden, etwa aus einer begleitenden Werbung in anderen Medien. Wer im Inland in anderen Medien unter Angabe seiner Homepage wirbt, macht seine Absicht deutlich, auf den deutschen Markt einzuwirken.
- 14 Schließlich spielt auch die **angegebene Währung** bei Websites mit Vertriebsfunktion eine gewisse Rolle. Ein in Dollar angegebener Preis spricht zwar nicht notwendig gegen einen Inlandsbezug. Umgekehrt steht aber außer Frage, dass auf den deutschen Markt eingewirkt werden soll, wenn der Preis weiterhin nachrichtlich in DM ausgewiesen wird. Bei Währungsangaben in Euro lässt sich freilich nicht mehr ohne weiteres ein gezieltes Einwirken – allein – auf den deutschen Markt annehmen, obgleich Deutschland in diesen Fällen als Marktort häufig mit anvisiert sein dürfte.

²² Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 16 m.w.N. zum diesbezüglichen Streitstand.

²³ Dies, weil generische Top-Level-Domains allein an sachliche Rubriken anknüpfen. So wird die „kommerzielle“ Top-Level-Domain „.com“ sowohl von englischen, US-amerikanischen, deutschen als auch von anderen Unternehmen genutzt.

²⁴ BPatG GRUR 1995, 734 (735). OLG Frankfurt, K&R 1999, 138f. nimmt eine bestimmungsgemäß weltweite Abrufbarkeit der Seite an und kommt insoweit zur Anwendung des deutschen Rechts.

II. Gerichtszuständigkeit

Im Rahmen der Gerichtszuständigkeit²⁵ ist zu klären, welches Gericht für Streitigkeiten über Werbung im Internet nach Internationalem Zivilprozessrecht überhaupt zuständig ist und ob mit der Anwendung des deutschen Rechts auch eine entsprechende Zuständigkeit der deutschen Gerichte korrespondiert. Anknüpfungspunkt für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist ein nach deutschem Recht bestehender Gerichtsstand.²⁶ Bei Wettbewerbsverstößen besteht ein Gerichtsstand, wenn der Sitz bzw. die Niederlassung des Beklagten (§ 24 Abs. 1 UWG, Art. 2, 53 EuGVÜ bzw. Art. 5 Nr. 5 EuGVVO) oder der Begehungsort (§ 24 Abs. 2 UWG, Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ bzw. Art. 5 Nr. 3 EuGVVO) im Inland liegt.²⁷

Der Begehungsort i. S. d. Internationalen Zivilprozessrechts ist dabei ebenso wie das anwendbare Recht nach dem Markttortprinzip zu bestimmen. Sofern eine wettbewerbliche Interessenkollision im Inland festgestellt werden kann, ist also auch ein Gerichtsstand in Deutschland gegeben (sog. fliegender Gerichtsstand).²⁸ Dementsprechend hat etwa das LG Düsseldorf seine Zuständigkeit angenommen, weil die angegriffene Homepage auch in Deutschland bestimmungsgemäß abgerufen werden konnte.²⁹

Da die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht nur an den Begehungsort, sondern auch an den Sitz bzw. die Niederlassung des beklagten Unternehmens anknüpft, können deutsche Gerichte für zahlreiche Internetstreitigkeiten selbst dann zuständig sein, wenn deutsches Recht gar keine Anwendung findet. Im Gegensatz zu anglo-amerikanischen Gerichten besteht in diesen Fällen auch keine Möglichkeit, die internationale Zuständigkeit abzulehnen, weil sich das Gericht für ein „forum non conveniens“ hält, d. h. weil die Streitsache vor einem anderen Gericht deutlich besser aufgehoben wäre.³⁰ Nach den deutschen Regeln zum internationalen Zivilverfahrensrecht ergibt sich somit zwar kein Problem der Aufdrängung, jedoch ein erhebliches Problem wegen der fehlenden Möglichkeit zur Abdrängung einer internationalen Zuständigkeit.

²⁵ Zu den Grundlagen s. o. § 13.

²⁶ In Fällen mit einem Bezug zu einem Vertragsstaat des Brüsseler Übereinkommens wird dabei das autonome deutsche Recht durch die Bestimmungen des Übereinkommens (EuGVÜ) verdrängt. Seit dem 1. 3. 2002 ist das EuGVÜ durch die sog. „Brüssel I“-VO (EuGVVO), ABl. EG 2001 Nr. L 12/1 ersetzt worden.

²⁷ Dies gilt auch bei Verstößen gegen die bereichsspezifischen Sondervorschriften des AMG und HWG, da ein Verstoß gegen diese Bestimmungen zugleich auch einen Verstoß gegen §§ 1 oder 3 UWG begründet, vgl. Baumbach/Hefermehl, Anh. zu § 3 UWG, Rdnr. 2, m. w. N. aus der Rspr.

²⁸ Bornkamm, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, Köln 1998, S. 102; Lehmann, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 169, 178; Mankowski, CR 2000, 763 (763 f.).

²⁹ LG Düsseldorf, WM 1997, 1444; vgl. auch KG, NJW 1997, 3321 (zur Anwendbarkeit des § 32 ZPO auf Kennzeichenverstöße).

³⁰ Vgl. etwa *Pres-Kap, Inc. v. System One Direct Access, Inc.*, 636 So. 2nd 1351 (Fla. App. Ct. 1994), in dem ein Berufungsgericht aus Florida seine Zuständigkeit im Fall eines in New York ansässigen Online-Benutzers gegen eine in Florida befindliche Datenbank mit der Begründung ablehnte, es bestehe kein hinreichender Kontakt zwischen Verletztem und Florida. Allgemein zur Forum-Non-Conveniens-Lehre Kuner, CR 1996, 453 (457).

III. Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen

- 18 Für die praktische Rechtsdurchsetzung³¹ ist es allerdings nicht ausreichend, einen ausländischen Verletzer vor einem deutschen Gericht zu verklagen und – regelmäßig unter Anwendung deutschen Wettbewerbsrechts – eine Sachentscheidung zu erwirken. Letztlich entscheidend ist vielmehr, dass das Urteil auch anerkannt und vollstreckt werden kann. Hier aber stößt man bei Internetsachverhalten häufig auf praktisch schwierige Probleme.
- 19 Zwar ist die Anerkennung und Vollstreckung innerhalb des EuGVÜ bzw. der EuGVVO³² – jedenfalls de lege lata – kein Problem. Außerhalb Europas ist eine Anerkennung und Vollstreckung jedoch nur nach Maßgabe bilateraler Vollstreckungsabkommen möglich. Diese existieren vielfach aber nicht. Eine Unterlassungsverfügung nützt dem Verletzten daher nichts, wenn der Server des Vollstreckungsgegners in einer „Vollstreckungsoase“ steht und der Vollstreckungsgegner in der EU auch über keinerlei Vermögen verfügt. Helfen können hier letztlich nur internationale Abkommen.³³

IV. Änderung der bisherigen Rechtslage durch die E-Commerce-Richtlinie

- 20 Im Bereich des europäischen Binnenmarkts muss das jeweilige nationale Recht stets im Zusammenhang mit den Vorgaben des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gesehen werden. Speziell für den elektronischen Geschäftsverkehr gilt es daher, das sog. **Herkunftslandprinzip** nach Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)³⁴ zu beachten. Die ECRL möchte insoweit sicherstellen, dass ein Online-Diensteanbieter, der seine Dienste im Einklang mit den Vorschriften des Landes seiner Niederlassung anbietet, von keinem anderen Mitgliedstaat über das Niveau seines Heimatrechts hinaus reguliert wird. Der freie Dienstleistungsverkehr innerhalb des Binnenmarkts soll nicht durch nationalstaatliche Restriktionen gehemmt werden.
- 21 Umgesetzt wurden die Maßgaben des Art. 3 ECRL in den deutschen Bestimmungen des novellierten **Teledienstegesetzes (TDG)**³⁵ und im neuen **Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV)**.³⁶ Nach § 4 TDG bzw. § 5 MDStV unterliegen deutsche Anbieter auch dann den Anforderungen des deutschen Rechts, wenn sie ihre Dienstleistungen im EG-Ausland erbringen. Umgekehrt brauchen sich EG-ausländische Dienste mit Tätigkeit auf dem deutschen Markt allein an den Regelungen ihres Heimatrechts ausrichten. Sie sollen also nicht durch nationales deutsches Sonderrecht (wie etwa das außer Kraft getretene **Rabattgesetz**³⁷) an der freien Erbringung ihrer Dienstleistung

³¹ Zu den Grundlagen s. o. § 13.

³² S. o. § 13.

³³ Für den Bereich des Urheberrechtes sind bereits neue WIPO-Verträge geschlossen worden (WCT und WPPT), vgl. dazu *Lewinski*, GRUR Int. 1997, 667 ff.; *Dreier*, GRUR Int. 1996, 205 ff.

³⁴ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG 2000 Nr. L 178, S. 1. Ausführlich dazu § 9.

³⁵ Neugefasst durch Art. 1 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG) v. 14. 12. 2001, BGBl. I S. 3721.

³⁶ MDStV v. 27. 7. 2001, z. B. BayGVBl. 2001, S. 539.

³⁷ Das Herkunftslandprinzip ist letztlich auch der wichtigste Grund für die Außerkraftsetzung des Rabattgesetzes: Auf EG-ausländische Diensteanbieter hätte es als nationales Sonderrecht insoweit keine

gen über das in ihrem Heimatland geltende Maß hinaus gehindert werden. Auffällig sind insoweit die Parallelen zum sog. **Sendelandprinzip** nach Art. 2 Abs. 1 der Fernsehrichtlinie,³⁸ die für den Bereich des Fernseh Rundfunks von ähnlichen Erwägungen ausgeht.

Unsicherheit herrscht allerdings in der Frage, welche Auswirkungen das Herkunftslandprinzip auf das nationale IPR zeitigt. Auf den ersten Blick ließe sich nämlich annehmen, dass Art. 3 ECRL, § 4 TDG und § 5 MDStV Kollisionsregeln beinhalten, die klar die internationalprivatrechtliche Anwendung des Herkunfts- bzw. Heimatrechts des Online-Anbieters bestimmen.³⁹ Zieht man aber im Rahmen einer gesetzessystematischen Auslegung den Art. 1 Abs. 4 ECRL (vgl. dazu Erwägungsgrund 23) sowie ferner die § 2 Abs. 6 TDG und § 2 Abs. 3 MDStV heran, lässt sich eine kollisionsrechtliche Wirkung des Herkunftslandprinzips nicht begründen.⁴⁰ In den genannten Bestimmungen ist eindeutig festgelegt, dass Regelungen im Bereich des Internationalen Privatrechts gerade nicht geschaffen werden sollten.

Man wird also davon ausgehen müssen, dass sich das Herkunftslandprinzip auf die Angleichung des materiellen Rechts in den Mitgliedstaaten beschränken will,⁴¹ mithin eine rein materiell-rechtliche Wirkung aufweist. Das IPR bestimmt demnach weiterhin das anwendbare Recht. Kommt etwa das deutsche UWG zur Anwendung, kann es im Einzelfall aber dem Niveau des „Anbieter-Heimatrechts“ gleichgeschaltet werden.⁴² Im Lichte des Herkunftslandprinzips soll der Diensteanbieter nach deutschem Recht nicht schärfer haften, als dies nach den rechtlichen Vorgaben seines Herkunftslandes der Fall wäre.

B. Anwendbare Vorschriften

Soweit die Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf Werbemaßnahmen im Netz feststeht, ist damit keineswegs eine einfache Lösung der auftretenden Streitigkeiten zu erwarten. Die Rechtsunsicherheit setzt sich nämlich bei der Frage fort, welche konkreten Bestimmungen beim Webadvertising überhaupt zu berücksichtigen sind. Zudem sind bei der Anwendung des nationalen Rechts die europäischen Rechtsvorgaben stets mit zu berücksichtigen, wie gerade die E-Commerce-Richtlinie und das hierin verankerte Herkunftslandprinzip zeigen.

I. Auf nationaler Ebene

Auf nationaler Ebene sind auch für die Internetwerbung sämtliche allgemeinen Wettbewerbsregeln zu beachten, da das Werbemedium die Geltung des materiellen Rechts nicht beeinflussen kann. Online wie offline ist daher neben dem allgemei-

Anwendung finden können. Seine Geltung hätte sich allein auf deutsche Anbieter beschränkt und dementsprechend zu einer Inländerdiskriminierung geführt.

³⁸ ABl. EG 1998 Nr. L 298, S. 23 ff.

³⁹ So insb. *Mankowski*, CR 2001, 630 (632, 635, 641); *ders.*, MMR 2001, 751 (753); *Bernreuther*, WRP 2001, 384 (387 f.).

⁴⁰ *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 26.

⁴¹ So auch *Pichler*, European Law Reporter 1999, 74 (79); differenzierend *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (332).

⁴² *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 28 m. w. N.; *Schack*, MMR 2000, 59 (62 f.).

nen Deliktsrecht des BGB insbesondere das UWG heranzuziehen. Gleiches gilt für die adressatenspezifischen Werberegeln⁴³ und auch für die produktspezifischen Werbebeschränkungen für Arzneimittel- und Heilmittelwerbung nach dem AMG und HWG.

- 26 Allerdings haben Bund und Länder die Herausforderungen der Zeit erkannt und für den Bereich der neuen Medien spezifische **Multimediasetze** geschaffen. Zu nennen sind vor allem das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes (IuKDG), welches umfassend durch das Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG)⁴⁴ novelliert wurde, sowie der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder (MDStV), dessen Anpassung an die ECRL ebenfalls ansteht.⁴⁵ Die darin enthaltenen Regelungen halten eine Reihe spezifischer Vorgaben für Internetwerbung bereit.
- 27 Generell müssen Diensteanbieter für ihre geschäftsmäßigen Angebote die **allgemeinen Informationspflichten** nach § 6 TDG bzw. § 10 Abs. 1 und 2 MDStV beachten. Anzugeben sind hiernach insbesondere der Name, die Anschrift sowie die Möglichkeit zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme, vor allem die E-Mail-Adresse. Ferner hat der Anbieter die **besonderen Informationspflichten** nach § 7 TDG bzw. § 10 Abs. 4 MDStV einzuhalten, die für ein Mindestmaß an Transparenz sorgen.⁴⁶ Wichtigster Grundsatz ist dabei, dass kommerzielle Kommunikation als solche klar erkennbar sein muss (jeweils Nummer 1 der genannten Bestimmungen).
- 28 Über diese Regelungen geht § 13 MDStV (§ 9 MDStV a.F.) sogar noch hinaus. Nach Absatz 1 darf „Werbung, die sich auch an Kinder richtet oder bei der Kinder und Jugendliche eingesetzt werden, (...) nicht ihren Interessen schaden oder ihre Unmündigkeit ausnutzen“.⁴⁷ In Absatz 2 wird festgelegt, dass Werbung „vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein“ muss (**Trennungsgebot**).⁴⁸ Unterschwellige Werbetechniken sind untersagt.
- 29 Jedoch gilt es zu beachten, dass § 13 MDStV (§ 9 MDStV a.F.) nur auf Mediendienste anwendbar ist, d.h. auf Dienste, die sich an die Allgemeinheit richten, sei es in Form von **Verteildiensten** (Fernseheinkauf, Radiotext etc.) oder als **Abrufdienste mit redaktionell-meinungsbildendem Charakter** (§ 2 Abs. 1 und 2 MDStV). Demgegenüber fallen individualkommunikative Dienste ohne nennenswerte publizistische Aufbereitung zur öffentlichen Meinungsbildung in den Anwendungsbereich des Teledienstegesetzes⁴⁹ (z.B. Chats, Foren und Online-Shopping).

⁴³ Regelmäßig wird insoweit das Standes- und Berufsrecht über § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Standesvergessenheit als Grundlage von Werbebeschränkungen herangezogen. Vgl. etwa zu den Werbebeschränkungen für Rechtsanwälte, Steuerprüfer, Notare, Ärzte und Apotheker Scheuerl, NJW 1997, 1291 ff.; Schmittmann, MDR 1997, 601 ff.; Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 42.

⁴⁴ Vom 14. 12. 2001, BGBl. I S. 3721.

⁴⁵ MDStV v. 27. 7. 2001, z.B. BayGVBl. S. 539.

⁴⁶ Vgl. unten § 55, Rdnr. 31.

⁴⁷ Diese Vorschrift deckt sich im Wesentlichen mit Art. 16 der Fernsehrichtlinie vom 17. 10. 1989, ABl. EG 1989 Nr. L 298, S. 23 ff. Die Richtlinie ist jedoch detaillierter und verbietet nach Ansicht der EuGH jegliche nationale Regelung, die strengere Vorgaben enthält, EuGH GRUR Int. 1997, 913 ff. Jedenfalls im grenzüberschreitenden Verkehr ist § 13 MDStV (§ 9 MDStV a.F.) daher im Lichte der Fernsehrichtlinie zu konkretisieren.

⁴⁸ S. hierzu noch unten Rdnr. 47 ff. sowie Gounalakis/Rhode, § 55, Rdnr. 48 ff. in diesem Werk.

⁴⁹ Die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung als Abgrenzungskriterium ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV einerseits sowie § 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 3 TDG andererseits; s. zu diesem Merkmal Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487 (490).

Wenngleich die damit erforderliche Abgrenzung zwischen Medien- und Telediensten 30 im Übrigen große Schwierigkeiten bereitet,⁵⁰ ist die Rechtslage mit Blick auf reine Werbeseiten eindeutig. In dem Regelbeispielskatalog des § 2 Abs. 2 TDG werden „Angebote zur Verbreitung von Informationen über Waren und Dienstleistungen“ ausdrücklich als Teledienste i. S. d. TDG benannt. Werbung auf Werbe-Homepage unterliegt daher generell nicht den Bestimmungen des MDStV; für sie ist § 13 MDStV (§ 9 MDStV a. F.) ohne Bedeutung. Allerdings ergibt sich für Teledienste das Trennungsgebot schon aus den allgemeinen Regelungen der Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG und §§ 1, 3 UWG.⁵¹

Daneben erlangen auch die Verantwortlichkeitsvorschriften der §§ 8 ff. TDG bzw. 31 §§ 6 ff. MDStV zentrale Bedeutung.⁵² Sie modifizieren die wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit für die im Internet verbreitete Werbung, was vor allem bei der Verantwortlichkeit für fremde Inhalte, insbesondere bei Verwendung von Hyperlinks, relevant wird. Obgleich die §§ 8 ff. TDG und §§ 6 ff. MDStV unmittelbar nur auf die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern zugeschnitten sind, lassen sie sich für die Fragestellungen des Linking zumindest entsprechend anwenden.⁵³

Große Relevanz kommt der Werbung auch i. R. d. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB zu 32 (vormals § 24 a Nr. 3 AGBG), wonach bei Verbraucherverträgen die Inhaltskontrolle der verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Berücksichtigung der konkret-individuellen, den jeweiligen Geschäftsabschluss begleitenden Umstände zu erfolgen hat. Gerade Werbeaussagen im Internet, kommerzielle Chatforen, Links auf bestimmte Testergebnisse etc. sind Umstände, die für die Inhaltskontrolle von AGB bei Geschäften im oder über das Internet eine wichtige Rolle spielen dürften, was bei Marketingaktivitäten im Netz zu berücksichtigen ist.

II. Auf EG-Ebene

Für den Bereich der Online-Werbung, von der EG selbst als „kommerzielle Kom- 33 munikation“ bezeichnet, besteht ein ganzes Bündel an Regelungen. Zu nennen ist zunächst Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie,⁵⁴ der eine allgemeine Regelung über unerbetene Werbemaßnahmen enthält, und Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikationsdatenschutz-Richtlinie.⁵⁵ Diese Bestimmung sieht ein Verbot des Direktmarketings ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen vor. Sie gilt jedoch nur für Voice-Mail-Systeme und Telefax. Für Internetwerbung, d. h. insbesondere für Werbe-E-Mails, ergeben sich aus Art. 12 Abs. 2 der Telekommunikationsdatenschutz-Richtlinie also kei- 34 ne Einschränkungen.

Daneben hat die EG einige produktspezifische Werberegulungen getroffen. Hier ist vor allem die Richtlinie 92/28/EWG vom 31. 3. 1992 über die Werbung für Human- 34 arzneimittel zu nennen, die inzwischen als Titel VIII (Art. 86–Art. 100) Bestandteil der

⁵⁰ Vgl. etwa Engel-Flehsig, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 1 (8 ff.); Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487 ff.

⁵¹ S. unten Rdnr. 49.

⁵² Früher geregelt in § 5 TDG/§ 5 MDStV.

⁵³ Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 300 ff. sowie oben dies., § 22, Rdnr. 83 ff. (für automatisch erstellte Linksammlungen von Suchmaschinen) und Rdnr. 88 ff. (generell zum Linking).

⁵⁴ ABl. EG Nr. L 144 vom 4. 6. 1997, S. 19–27.

⁵⁵ Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl. EG Nr. L 24, S. 1–7.

- Richtlinie 2001/83/EG vom 6. 11. 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel ist. Sie enthält detaillierte Einschränkungen der Zulässigkeit von Heilmittelwerbung, die inzwischen vollständig in das HWG implementiert wurden. Weitergehende Einschränkungen, die über das HWG hinausreichen, enthält die Richtlinie nicht. Vielmehr sind Richtlinie und HWG in wesentlichen Bereichen inhaltsgleich. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, sich im Hinblick auf die produktspezifischen Werbebeschränkungen auf die Vorschriften des HWG zu beziehen.
- 35 Im Mittelpunkt der Betrachtungen steht freilich die **E-Commerce-Richtlinie**,⁵⁶ die in Art. 5 allgemeine Informationspflichten für den Diensteanbieter vorschreibt und darüber hinaus mit den Art. 6–8 einen eigenen Abschnitt über die kommerzielle Kommunikation enthält. Die allgemeinen Informationspflichten nach Art. 5 sowie die spezifischen Informationspflichten nach Art. 6 ECRL wurden mit den §§ 6, 7 TDG und § 10 Abs. 2, 4 MDStV in das deutsche Recht transformiert; insoweit kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.⁵⁷ Hingegen befasst sich Art. 7 der Richtlinie mit den rechtlichen Vorgaben für nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation, d.h. mit der E-Mail-Werbung bzw. dem E-Mail-Direktmarketing.
- 36 Mit Art. 7 ECRL sollte jedoch keineswegs die **E-Mail-Werbung** gemeinschaftsweit zugelassen werden. Art. 7 ECRL enthält nur Mindestvoraussetzungen für den Fall, dass ein Mitgliedstaat das Werbemailing gestattet. Die generelle Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der E-Mail-Werbung bleibt also dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen.⁵⁸ In Ansehung dessen hat Deutschland den Art. 7 ECRL nicht in das nationale Recht überführt, etwa durch eine an sich ja nahe liegende Implementierung im EGG oder UWG. Der Gesetzgeber wollte es vielmehr beim gegenwärtigen, durch die Judikatur geprägten Rechtszustand belassen, wonach unverlangte E-Mail-Werbung regelmäßig gegen die guten Sitten des lautereren Wettbewerbs und damit gegen § 1 UWG verstößt.⁵⁹ Folglich sah der Gesetzgeber auch die Einführung der in Art. 7 ECRL vorgesehenen Mindestanforderungen, namentlich der Konsultation von sog. **Robinson-Listen** durch den Werber,⁶⁰ als entbehrlich an. Allerdings wird noch aufzuzeigen sein, dass bei der Würdigung des Werbemaillings anstelle einer pauschalen Verdammnis nach § 1 UWG eine differenziertere Beurteilung erfolgen sollte.⁶¹

III. Internationale Vorgaben

- 37 Blickt man schließlich über den Tellerrand des nationalen und des EG-Rechts hinaus, ist noch auf einige Bestrebungen zur Etablierung eines weltweiten Lauterkeitsrechts für Internetwerbung hinzuweisen. Dabei handelt es sich derzeit ausschließlich

⁵⁶ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG 2000 Nr. L 178, S. 1. Ausführlich dazu oben § 9.

⁵⁷ S. o. Rdnr. 27.

⁵⁸ Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 221; Hoeren, MMR 1999, 192 (197 f.); Spindler, MMR Beil. 7/2000, 4 (14).

⁵⁹ Begr. zum EGG, BR-Drs. 136/01, S. 22.

⁶⁰ Art. 7 Abs. 2 ECRL sieht vor, dass „Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, regelmäßig sog. Robinson-Listen konsultieren, in die sich natürliche Personen eintragen können, die keine derartigen kommerziellen Kommunikationen zu erhalten wünschen, und dass die Diensteanbieter diese Listen beachten“.

⁶¹ Dazu unten Rdnr. 42 ff. Ferner aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht oben, § 22, Rdnr. 99 ff.

um Selbstregulierungsversuche. Zu erwähnen sind die ICC Guidelines on Interactive Marketing Communication der Internationalen Handelskammer. Ihre Bestimmungen bleiben freilich deutlich hinter den Anforderungen des deutschen Rechts zurück.⁶²

Gleiches gilt für die sehr vage formulierte klassische Netiquette⁶³ oder andere nationale und internationale Verhaltenskodizes der Werbe- und Marketingwirtschaft.⁶⁴ Solche Regulierungsansätze sind jedoch insofern von Bedeutung, als sie jedenfalls den Mindeststandard im internationalen Wettbewerbsrecht des Webadvertising markieren. Das trifft insbesondere auf den Code of Conduct der Internationalen Liga für Wettbewerbsrecht zu, der jüngst verabschiedet wurde⁶⁵ und insoweit als ein positives Beispiel selbstregulatorischen Bemühens angeführt werden darf. Von einem rechtsverbindlichen globalen Werbe- und Lauterkeitsrecht ist man aber noch weit entfernt.

C. Allgemeine Rechtsanwendungsprobleme

I. Zulässigkeit unaufgeforderter E-Mail-Werbung

Seit geraumer Zeit haben die Werbewirtschaft und insbesondere kleine und mittlere Unternehmen E-Mails verstärkt als neues Direktmarketing-Instrument entdeckt und massenweise Werbemails an Privathaushalte versendet. Gegenüber der kostenintensiven Versendung von Hochglanzprospekten, die häufig doch nur ungelesen der Altpapierentsorgung zugeführt werden, bietet dieses Verfahren den Vorteil, dass mit geringem Kostenaufwand Tausende oder gar Millionen Verbraucher angesprochen werden können. Sofern die E-Mails mit ausdrücklicher Zustimmung des Empfängers gesendet werden, bestehen auch keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Anders stellt sich jedoch die Rechtslage beim unaufgeforderten Werbemailing dar, das von der Online-Gemeinde allgemein als „Spamming“ bezeichnet wird.

1. Rechtsprechungsübersicht

Nahe liegend erscheint es, in Anlehnung an die parallel gelagerten Fälle der Direktwerbung per Telefon, Telex, Telefax und Btx, die der BGH aufgrund der Belästigung für den Empfänger stets als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen hat,⁶⁶ eine Unzulässigkeit auch des Werbemailings anzunehmen. Und in der Tat gehen die meisten Urteile – im Einklang mit der wohl herrschenden Ansicht im Schrifttum⁶⁷ – in diese Richtung: Nachdem zunächst das LG Traunstein im unaufgeforderten Zusenden von Werbemails einen Verstoß gegen § 1 UWG sah,⁶⁸ befand das LG Berlin in einer ganzen Reihe von Entscheidungen, dass Privatpersonen, Freiberuflern und Gewerbetreibenden glei-

⁶² Vgl. Hoeren, in: Lehmann, Internet- und Multimediarecht, S. 111 (113 ff.).

⁶³ Vgl. Lehmann, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 169 (172 f.) m. w. N.

⁶⁴ S. etwa den „Code of Online Business Practices“ des Better Business Bureau; ferner die Richtlinie zum E-Mail-Marketing des deutschen Multi-Media-Verbands (dmmv), vgl. dazu AfP 2001, 499. Vgl. nunmehr auch den europäischen Kodex für Online-Verkäufer, der auf die Initiative des EG-Kommissars David Byrne zurückgeht, dazu NJW 1/2002, S. X.

⁶⁵ Abgedruckt in: MMR 11/2000, S. IX.

⁶⁶ BGH GRUR 1995, 220 (221) – Telefonwerbung V; BGHZ 59, 317 – Telex-Werbung; BGH GRUR 1988, 614 (615) – Btx-Werbung; BGH GRUR 1996, 208 – Telefax-Werbung.

⁶⁷ Hoeren, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 111 (115); Moritz, CR 1998, 623 f.; Gummig, ZUM 1996, 573 (583).

⁶⁸ Ernst, NJW-CoR 1997, 494 (495) = CR 1998, 171.

chermaßen ein Unterlassungsanspruch gegen unerbetene Werbe-E-Mails wegen Verstoßes gegen § 1 UWG und § 823 Abs. 1 BGB zusteht.⁶⁹ Weitere Instanzgerichte haben sich dieser Auffassung angeschlossen.⁷⁰

- 41 Als Argumente werden unter anderem angeführt, dass Werbe-E-Mails unter Zeit- und Kostenaufwand aussortiert und gelöscht werden müssten, dass zusätzliche Telefonkosten entstünden, da die E-Mail nur gelesen werden könne, wenn der Empfänger online sei, und dass der Empfang von E-Mails vom Provider häufig nach Volumen berechnet werde.⁷¹ Nur wenige Gerichte haben sich für eine differenzierte, an den Vorgaben des Einzelfalls orientierte Bewertung der E-Mail-Werbung ausgesprochen.⁷²

2. Kritische Würdigung

- 42 Ob der Rechtsprechung ohne weiteres zu folgen ist, erscheint zweifelhaft. Anders als etwa bei der Telefonwerbung fehlt es bei der E-Mail-Werbung an der besonderen Nähe des Werbenden zum Umworbenen.⁷³ Eine generelle Unzulässigkeit des Werbemailings kann daher – entsprechend der Telex- und Telefaxrechtsprechung⁷⁴ – nur mit einer besonders nachhaltigen und kostenintensiven Beeinträchtigung des Online-Betriebs des Empfängers begründet werden. Diese liegt aber selten vor. Das Argument, der Telefonanschluss sei für die Dauer des Abrufs von Werbemailings nicht erreichbar, ist – ganz abgesehen von der zunehmenden Verbreitung von ISDN-Anschlüssen – kaum durchschlagend, weil der Empfänger regelmäßig bereits online sein wird, wenn er seine Mailbox abfragt.⁷⁵ Da der Empfänger in einem wenige Sekunden dauernden Arbeitsschritt mehrere als solche erkenntliche Werbemails auf einmal löschen kann, ohne sie gelesen zu haben, dürften sich auch die für diesen Vorgang aufzuwendenden Kosten in erträglichen Grenzen halten.⁷⁶
- 43 Vor diesem Hintergrund scheint eine differenzierte Betrachtung sachgerechter,⁷⁷ die sich vorsichtig an den Wertungen der E-Commerce-Richtlinie orientiert – auch wenn Art. 7 ECRL insoweit nicht in deutsches Recht transformiert wurde. Sind die Werbemails als solche klar gekennzeichnet⁷⁸ (Top-Level-Domain: „.com“, Betreff: Werbung etc.) und handelt der Werber nicht einem ausdrücklich erklärten Willen des Nutzers zuwider, so ist die unerbetene Zusendung von Werbemails dem Grunde nach nicht zu

⁶⁹ LG Berlin, CR 1998, 623; NJW 1998, 3208 f.; MMR 2000, 441; MMR 2000, 571; MMR 2000, 704. Gegen Unterlassungsansprüche von Privatpersonen bzw. außerhalb des Anwendungsbereichs von § 1 UWG hingegen LG Kiel, MMR 2000, 704 ff.; AG Kiel, MMR 2000, 51 ff.

⁷⁰ Z.B. LG Augsburg, NJW-CoR 1999, 52; LG Ellwangen, MMR 1999, 675 (676); AG Berlin-Charlottenburg, MMR 2000, 775 f.; AG Essen-Borbeck, MMR 2001, 161; zu Verstößen gegen ein entsprechendes Unterlassungsurteil LG Paderborn, MMR 2001, 710.

⁷¹ Vgl. statt vieler LG Berlin, CR 1998, 623.

⁷² S. LG Braunschweig, MMR 2000, 50 f.: Sittenwidrigkeit nur für den Fall, dass der Empfänger die Werbung offenkundig abgelehnt hat, aber nicht schon wegen einer unzumutbaren Inanspruchnahme der Ressourcen des Empfängers.

⁷³ Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191 (197); Leupold, WRP 1998, 270 (277) m. w. N.

⁷⁴ BGHZ 59, 317 – Telex-Werbung; BGH GRUR 1996, 208 – Telefax-Werbung.

⁷⁵ Vgl. hierzu und zu weiteren Argumenten Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191 (197); Leupold, WRP 1998, 270 (277).

⁷⁶ S. insbesondere die genauen Berechnungen von Jankowski, K&R 2000, 499 ff., wonach die Beträge pro E-Mail nur den Bruchteil eines Cents (!) ausmachen.

⁷⁷ Ebenso aus Sicht des Persönlichkeitsschutzes oben Gounalakis/Rhode, § 22, Rdnr. 99 ff. sowie dies., Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 218 ff.

⁷⁸ LG Braunschweig, MMR 2000, 50 (51): Bei klarer Absender- und Betreffangabe könne die Annahme der Mail unschwer verweigert werden, was insoweit genüge.

beanstanden, solange der Werbeinhalt an sich nicht bereits beleidigend oder sexuell anmaßend ist.⁷⁹

Demgegenüber sind Werbemails, die in der Betreffzeile als persönliche oder geschäftliche Mitteilungen getarnt sind, unter dem Gesichtspunkt der Irreführung als sittenwidrig zu qualifizieren.⁸⁰ Dies entspräche auch der Entscheidung des BGH zur Btx-Werbung, in der das Gericht die Wettbewerbswidrigkeit der Btx-Werbung letztlich nur im Hinblick darauf bejaht hat, dass es den Teilnehmern des Btx-Dienstes nicht möglich sei, Werbung bereits aus dem Inhaltsverzeichnis zu löschen, ohne sie vorher anzurufen und zumindest auszugsweise auch zu lesen.⁸¹

Eine generelle Unzulässigkeit aller unerbetenen Werbemails ließe sich allenfalls noch mit dem Argument rechtfertigen, dass bei einer breiteren Nutzung von E-Mails zu Werbezwecken der vom Provider zur Verfügung gestellte Speicherplatz⁸² des Empfängers sehr schnell erschöpft werden könnte. Weitere E-Mails an den Account würden dann vom Provider abgeblockt. Freilich erscheint dieses Szenario eines drohenden „net marketing overkills“⁸³ angesichts der ständig erweiterten Speicherkapazitäten der Provider nicht besonders wahrscheinlich.⁸⁴ Folgerichtig hat das LG Braunschweig⁸⁵ darauf hingewiesen, dass die Kapazitätsschwierigkeiten ein quasi „selbstverschuldetes“ Problem des Betroffenen sind. Er habe sich seinen Provider schließlich ausgesucht. Mittlerweile gebe es jedoch genügend Anbieter, die ausreichende Kapazitäten auf ihren Servern zur Verfügung stellten.

Da die bisher ergangenen Entscheidungen der Instanzgerichte aber überwiegend von einer generellen Unzulässigkeit unaufgeforderter kommerzieller E-Mails ausgehen, sollte zur Vermeidung unnötiger Abmahnkosten von einer Versendung von Werbemails an deutsche Empfänger ohne deren vorherige Zustimmung derzeit noch abgesehen werden.

II. Trennungsgebot von Werbung und redaktionellen Beiträgen

Neben dem Direktmailing bieten im Internet vor allem die eigenen Homepages eine hervorragende Werbeplattform. Im Rahmen der dabei zu beachtenden rechtlichen Beschränkungen erlangt insbesondere das Gebot zur Trennung von Werbung und redaktionellem Text zentrale Bedeutung. Zwar kann das Trennungsgebot nicht auf die entsprechenden presserechtlichen⁸⁶ oder rundfunkrechtlichen⁸⁷ Bestimmungen gestützt

⁷⁹ S. oben Gounalakis/Rhode, § 22, Rdnr. 102 sowie dies., Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 221.

⁸⁰ So auch Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191 (197); Leupold, WRP 1998, 270 (277).

⁸¹ BGH GRUR 1998, 614 (616).

⁸² Standard sind derzeit 2 MB Speicherplatz, der auch von der Deutschen Telekom AG (DTAG) bereitgestellt wird. Erreichen die eingehenden E-Mails die Gesamtgröße von 2 MB, so geht die nächste zwar noch ein, alle weiteren E-Mails werden jedoch nicht mehr zugestellt. Der Absender erhält hierüber einen Vermerk. Nach einer längeren Zeit – meist mehrere Monate – werden die Mails auf dem Server automatisch gelöscht, wenn sie der Benutzer nicht auf seinen PC zu Hause überträgt.

⁸³ Hoeren, WRP 1997, 993 (995); ders., Grundzüge des Internetrechts, S. 50.

⁸⁴ Die Möglichkeit, den Server der DTAG völlig zu erschöpfen, hält der technische Kundendienst der DTAG in Ulm derzeit für rein theoretisch. In der Praxis würden vorher weitere Rechner als Server eingesetzt, so dass eine Überlastung des Mail-Servers undenkbar sei (telefonische Auskunft des technischen Kundendienstes durch Herrn Wissgügel).

⁸⁵ MMR 2001, 50 (51).

⁸⁶ Vgl. § 10 Landespressegesetze, in Hessen § 8 LPG: „in der üblichen Weise als Anzeige kenntlich zu machen“.

⁸⁷ § 6 Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 5 RStV.

werden, da diese nicht auf Internetwerbung anwendbar sind.⁸⁸ Jedoch gilt es, die spezifisch online-rechtlichen Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie sowie des Teledienstgesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags zu beachten:

- 48 Nach Art. 6 lit. a) ECRL muss **kommerzielle Kommunikation** klar als solche zu erkennen sein. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben haben Bundes- und Landesgesetzgeber mittels § 7 Nr. 1 TDG und § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 MDStV in das deutsche Recht überführt. Darüber hinaus ist auf § 13 Abs. 2 MDStV (bislang § 9 Abs. 2 MDStV) hinzuweisen, wonach Mediendienste⁸⁹ die von ihnen verbreitete Werbung eindeutig vom sonstigen Inhalt der Angebote zu trennen haben. Im Übrigen folgt das Trennungsgebot bereits aus dem Verfassungs- und Lauterkeitsrecht.⁹⁰
- 49 So ist die Trennung von redaktioneller Berichterstattung und Werbung durch Art. 5 Abs. 1 GG,⁹¹ außerhalb von Print- und elektronischen Medien⁹² durch Art. 2 Abs. 1 GG⁹³ verfassungsrechtlich verankert⁹⁴ und unter dem Gesichtspunkt des Verbots irreführender Werbung durch § 3 UWG gewährleistet.⁹⁵ Daneben wird bei einer irreführenden Werbung i. S. d. § 3 UWG, die den Anschein redaktioneller Beiträge erweckt, häufig auch ein Verstoß gegen die guten Sitten im Geschäftsverkehr nach § 1 UWG zu sehen sein.⁹⁶ Der wettbewerbsrechtliche Schutz endet erst dort, wo die Werbung für den Mediennutzer ohne weiteres als solche erkennbar ist.⁹⁷
- 50 Bei allen redaktionell gestalteten Online-Publikationen ist deshalb das Trennungsgebot strikt einzuhalten, also insbesondere bei **elektronischen Pressespiegeln** und digital audiobroadcasting (DAB) sowie bei Web-Zeitungen und -Zeitschriften.⁹⁸ Artikel, die von einem Unternehmen in Auftrag gegeben und finanziert werden, müssen deshalb ausdrücklich auf die Finanzierung durch das auftraggebende Unternehmen hinweisen und als „Werbung“ gekennzeichnet werden. Auch kann beim Einsatz von sog. **Inline-Links** die Zwischenschaltung einer besonderen Hinweisseite erforderlich sein, um dem Nutzer den Wechsel zwischen redaktionellen und werbenden Sites zu verdeutlichen.⁹⁹

⁸⁸ Vgl. hierzu statt aller Gummig, ZUM 1996, 573 (578 f.). Zur Anwendbarkeit auf CD-ROM-Werbung, Mann, NJW 1996, 1241 ff.

⁸⁹ § 13 Abs. 2 MDStV (bzw. § 9 Abs. 2 MDStV a. F.) gilt freilich nicht für Teledienste, doch lässt sich bei Teledienstangeboten der Trennungsgrundsatz bereits aus den allgemeinen Bestimmungen der Art. 5 GG und §§ 1, 3 UWG herleiten.

⁹⁰ S. auch Gounalakis/Rhode, § 55, Rdnr. 48 f.

⁹¹ BGHZ 110, 278 – Werbung im Programm; OLG Nürnberg, GRUR 1995, 279 (283).

⁹² Zur Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 GG auf Publikationen im Internet s. Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 241 ff.; Gummig, ZUM 1996, 573 (577).

⁹³ BGH NJW 1995, 3177 – Feuer, Eis & Dynamit I, wonach sich das Trennungsgebot aus Art. 2 Abs. 1 GG und dem daraus folgenden Recht „auf freie, d. h. auch von Manipulationen unbeeinflusste Entfaltung der eigenen Persönlichkeit“ ableiten lässt.

⁹⁴ Im Verhältnis von Privatpersonen ist insoweit die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln hervorzuheben, vgl. etwa BVerfGE 7, 198 (204 ff.) – Lüth; Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 131, 189, 240.

⁹⁵ BGH WRP 1967, 363; OLG Düsseldorf, AfP 1987, 418.

⁹⁶ BGHZ 110, 278 – Werbung im Programm.

⁹⁷ OLG Hamburg, WRP 1994, 125 (129); OLG München, WRP 1993, 420 (424).

⁹⁸ Eingehend zum Trennungsgrundsatz im Rahmen der „elektronischen Presse“ Gounalakis/Rhode, § 55, Rdnr. 48 ff.

⁹⁹ Näher Gounalakis/Rhode, § 55, Rdnr. 51; s. insbesondere auch Gummig, ZUM 1996, 573 (582).

III. Haftung für Links

Problematisch ist die rechtliche Bewertung der internettypischen Verweisungstechnik durch Links. Die Möglichkeit, mittels Hyperlinks durch einfachen Mausklick zwischen verschiedenen Websites hin- und herzuspringen, bietet für Werbestrategen besondere Reize, weil sie interessierte Nutzer in die Tiefe führen und dabei gezielt auf positive Studien und Testergebnisse des betreffenden Produkts aufmerksam machen können. Nicht nur im Hinblick auf die Beachtung des Trennungsgebots stellen sich hierbei jedoch einige wettbewerbsrechtliche Fragen, die aufgrund ihres Grenzfallcharakters schwer zu beantworten sind. Zum einen kann ein **Wettbewerbsverstoß** bereits darin liegen, dass in bestimmter Weise ein Link gesetzt wird. Zum anderen kann sich eine wettbewerbsrechtliche Haftung daraus ergeben, dass die Webseite, auf die mit dem Link verwiesen wird, ihrerseits einen unzulässigen Inhalt hat. 51

1. Inline-Links

Der Gebrauch von Links könnte als solcher insbesondere bei der Verwendung von Inline-Links rechtlich zu beanstanden sein. Unter einem Inline-Link versteht man einen Verweis auf eine fremde Homepage in einem Frame, der dazu führt, dass die fremde Seite in diesem Frame dargestellt wird. Hierbei wird dem Nutzer jedoch nicht der Adresswechsel in der Statuszeile seines Web-Browsers angezeigt und deshalb unter Umständen suggeriert, dass die durch den Link aufgerufene Homepage von dem Betreiber der ursprünglichen Webseite stammt. 52

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht können Inline-Links gegen §§ 1 und 3 UWG verstoßen. Einerseits erscheint es denkbar, dass bei den Internetnutzern der irreführende Eindruck entsteht, dass die im Frame erscheinende Seite von dem Betreiber der Frameseite selbst stammt und die darin enthaltenen Werbeangebote von dessen Kunden in Auftrag gegeben wurden. Andererseits kann die Übernahme fremder Daten, die unter Mühen und Aufwendungen zusammengestellt wurden, als **Ausnutzung fremder Leistungen** unlauter i. S. v. § 1 UWG sein.¹⁰⁰ Ob dem so ist, kann aber nur im Einzelfall entschieden werden. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Gestaltung des Frame, etwaige Hinweise auf die Herkunft des verlinkten Inhalts sowie die zu erwartende Nutzerkompetenz der von der Website angesprochenen Verkehrskreise.¹⁰¹ Die in der Literatur vertretene Ansicht, Inline-Linking sei stets als unlauter i. S. v. § 1 UWG anzusehen,¹⁰² erscheint dagegen verfehlt. 53

2. Hyperlinks

Auch die Verwendung von Hyperlinks, d. h. der Verweis auf fremde Homepages, kann wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sein. Jedoch sind Radikallösungen, die die Verwendung von Hyperlinks in Textteilen generell für unzulässig halten,¹⁰³ abzulehnen. Hyperlinks sind ein wesentliches Charakteristikum des WWW und tragen auf 54

¹⁰⁰ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 55 mit Hinweis auf den vom LG Berlin, CR 1997, 216 entschiedenen Fall, wo fremde Stellenanzeigen in ein eigenes Internetangebot übernommen wurden; vgl. urheberrechtlich Gounalakis/Rhode, § 22, Rdnr. 59.

¹⁰¹ So auch LG Düsseldorf, CR 1998, 763 f.

¹⁰² Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 55.

¹⁰³ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 55 f.; ders., WRP 1997, 993 (1996); Körner/Lehment, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 11.1, Rdnr. 173.

grund ihrer Benutzerfreundlichkeit zu seiner Attraktivität bei. Ein generelles Verbot von Hyperlinks in Textteilen wäre daher kaum durchsetzbar und vor allem wettbewerbsrechtlich auch gar nicht sinnvoll.

- 55 Dies gilt auch mit Blick auf das Trennungsgebot. Grundsätzlich wird dem Nutzer eines Hyperlinks hinreichend deutlich, dass er vom ursprünglichen (redaktionellen) Angebot auf eine Werbeseite „gelinkt“ wird.¹⁰⁴ Denn beim Aktivieren des Hyperlinks zeigt der Browser die Änderung in der Adresszeile an, womit ein gewichtiger Unterschied zum Inline-Link besteht, der den Status- bzw. Adresswechsel gerade verschleiert. Bedenken ergeben sich mit Blick auf den Trennungsgrundsatz also meist nur in den Fällen, in denen der Hyperlink-Nutzer zwar den Adresswechsel erkennt, ihm aber der werbende Charakter der neu aufgerufenen Seite unbekannt bleibt.
- 56 Doch auch dieses Problem wird durch Art. 6 lit. a) ECRL sowie § 7 Nr. 1 TDG, § 10 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 MDStV relativiert: Nach den genannten Bestimmungen muss kommerzielle Kommunikation klar als solche zu erkennen sein. Notwendig kann daher die entsprechende Kennzeichnung einer rein kommerziellen bzw. werbenden Webseite werden. Wird die Werbe-Webseite durch Hyperlink angewählt, kann der Nutzer also in diesem Fall ihren Werbecharakter unschwer erkennen. Eine Einschränkung der Hyperlink-Verweisungstechnik durch das Trennungsgebot erscheint dann nicht erforderlich.

3. Verantwortlichkeit für unzulässige Inhalte der in Bezug genommenen Seiten

- 57 Bei der Verwendung von Links drohen Haftungsrisiken auch insofern, als die in Bezug genommene Seite ihrerseits einen unzulässigen Inhalt haben kann. Wie weit die Verantwortlichkeit für die Inhalte der durch den Link anzuwählenden Webseite reicht und welche Nachforschungs- und Kontrollpflichten bestehen, ist derzeit noch nicht abschließend geklärt.¹⁰⁵ Grundsätzliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Verantwortlichkeit für fremde Internetangebote treffen hier zusammen mit den besonderen Zurechnungsproblemen innerhalb der jeweiligen Haftungstatbestände.
- 58 Häufig ziehen sich die Gerichte vor diesem Hintergrund auf die allgemeinen Kriterien zurück, die für die Zurechnung von Handlungen Dritter in den verschiedenen Rechtsgebieten entwickelt wurden. So beurteilte etwa das *LG Hamburg* die Haftung für einen Link auf einer Webseite, die persönlichkeitsverletzende Inhalte enthielt, nach der bei Persönlichkeitsverletzungen üblichen Auslegung des Merkmals „Verbreiten“.¹⁰⁶ Ausgehend von den insoweit geltenden Maßstäben kam das Gericht zu einer Haftung für die Persönlichkeitsverletzung des Dritten aufgrund des Hyperlinks. Richtigerweise wäre die Verantwortlichkeit für den Link unter (zumindest analoger¹⁰⁷) Heranziehung der spezifischen Verantwortlichkeitsregeln (§§ 8 ff. TDG, §§ 6 ff. MDStV bzw. zum Urteilszeitpunkt § 5 TDG/MDStV a.F.) zu bestimmen gewesen.¹⁰⁸ Es darf vermutet werden, dass das *LG Hamburg* diese Vorschriften schlicht übersehen hat.

¹⁰⁴ Ernst, NJW-CoR 1997, 224 (227); Gounalakis/Rhode, § 55, Rdnr. 51.

¹⁰⁵ Eingehend zu diesem Problem Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 300 ff.; s. auch dies., § 22, Rdnr. 88 ff.

¹⁰⁶ LG Hamburg, CR 1998, 565.

¹⁰⁷ Analog, weil §§ 8 ff. TDG, §§ 6 ff. MDStV, § 5 TDG/§ 5 MDStV a.F. auf die Zugangsvermittlung bzw. das Bereithalten von Inhalten abstellen und damit nicht unmittelbar auf das Linking zugeschnitten sind, s. Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 301, 303 f.

¹⁰⁸ Näher hierzu Bettinger/Freytag, CR 1998, 545 (546 ff., insb. 548).

Wendet man die Verantwortlichkeitsregeln des Teledienstgesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags entsprechend auf das Unterhalten von Links an,¹⁰⁹ so stellt sich allerdings die weitergehende Frage, welche Vorschrift der §§ 8ff. TDG, §§ 6ff. MDStV im Einzelnen einschlägig ist. Da die Einordnung als Zugangsvermittlung i. S. v. § 9 TDG, § 7 MDStV¹¹⁰ kaum mit dem Wortlaut bzw. der Regelungsintention dieser Normen vereinbar erscheint¹¹¹ und zudem zu einer nicht gerechtfertigten generellen Haftungsfreistellung des Linknutzers führen würde, ist es sachgerecht, das Linking als ein dem Hosting ähnliches Verfügbarmachen fremder Informationen nach § 11 TDG, § 9 MDStV analog zu qualifizieren.¹¹² Das gilt jedenfalls so lange, wie sich der Linkverwender nicht den verlinkten Fremdinhalt „zu Eigen macht“ (s. unten).

Die Folgen sind ebenso einfach wie passend: Ohne dass es einer Analogie zu § 13 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 UWG bedürfte,¹¹³ haftet der Linkverwender für die in Bezug genommene Seite nur dann, wenn er **Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung** bzw. Information auf der verlinkten Seite hat oder ihm – im Falle von Schadensersatzansprüchen – zumindest solche Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die **rechtswidrige Handlung offensichtlich** wird. Außerdem kann er sich im Genuss des Haftungsprivilegs halten, wenn er zwar Kenntnis erlangt hat, den Link aber unverzüglich von seiner Webseite entfernt (§ 11 Satz 1 Nr. 2 TDG bzw. § 9 Satz 1 Nr. 2 MDStV analog).

Hiervon unberührt bleibt die (quasi-)negatorische Verantwortlichkeit des Linkverwenders. Auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit nach §§ 9ff. TDG, §§ 7ff. MDStV kann er nämlich zur Löschung des Links nach den allgemeinen Grundsätzen¹¹⁴ verpflichtet werden, was sich aus einer entsprechenden Heranziehung des § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG bzw. § 6 Abs. 2 Satz 2 MDStV ergibt.¹¹⁵

Des Weiteren bleibt für das Haftungsprivileg nach § 11 TDG, § 9 MDStV kein Raum, wenn sich der Linkverwender den in Bezug genommenen Inhalt zu Eigen macht. In einem solchen Fall haftet er für den verlinkten wettbewerbswidrigen Inhalt vollumfänglich. Dabei kann ein **Zu-Eigen-Machen** sowohl durch ausdrückliche Erklärung als auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen.¹¹⁶ Praktisch wichtig erscheint dies vor allem beim Einsatz von **Inline-Links**, welche dem Nutzer den Fremdcharakter der aufgerufenen Seite verschleiern und somit den Eindruck erwecken, es handele sich um eine eigene Information des Anbieters (etwa in einem Unterverzeichnis der Homepage).

Demgegenüber kann in der Verwendung eines „normalen Hyperlinks“ nicht ohne weiteres ein Zu-Eigen-Machen des verlinkten Inhalts erblickt werden.¹¹⁷ Ausdrücklich

¹⁰⁹ Waldenberger, MMR 1998, 124 (126); Pichler, MMR 1998, 79 (87); Bettinger/Freytag, CR 1998, 545 (547) m. w. N.

¹¹⁰ So etwa Koch, CR 1997, 193 (200); Eichler u. a., BB 12/1997, Supplement Kommunikation und Recht, S. 23 (25).

¹¹¹ Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 304; zur Vorläuferregelung § 5 Abs. 3 TDG/MDStV a. F. bereits Engels, K&R 2001, 338 (342 f.); Waldenberger, MMR 1998, 124 (128); Bettinger/Freytag, CR 1998, 545 (549).

¹¹² Für eine entsprechende Heranziehung der für Host-Provider geltenden Regelungen Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 305; dies., § 22, Rdnr. 88; insoweit noch zu § 5 Abs. 2 TDG/MDStV a. F.: Engels, K&R 2001, 338 (343); Waldenberger, MMR 1998, 124 (128); Bettinger/Freytag, CR 1998, 545 (550 f.).

¹¹³ So aber wohl Lehmann, in: Lehmann, Rechtsgeschäfte, S. 171 (180).

¹¹⁴ In Betracht kommen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 1 UWG, § 97 UrhG, §§ 12, 862, 1004 BGB analog.

¹¹⁵ Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 309.

¹¹⁶ Gounalakis/Rhode, § 22, Rdnr. 71.

¹¹⁷ Gounalakis/Rhode, § 22, Rdnr. 88.

entschieden wurde dies vom *OLG Schleswig* für den Bereich des Markenrechts.¹¹⁸ Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung des Österreichischen *OGH* äußerst kritisch zu sehen, wonach jeder in der vollen Verantwortlichkeit nach dem Lauterkeitsrecht steht, der eine fremde wettbewerbswidrige Seite mit seinem Angebot verknüpft.¹¹⁹ Nach der – viel zu pauschalen – Auffassung des Gerichtshofs macht sich der Linkverwender den fremden Inhalt stets zu Eigen.

D. Rechtsanwendungsprobleme im Rahmen des Berufsrechts

- 64 Strenge Maßgaben gelten seit jeher für das Standes- und Berufsrecht. Übertragen auf den Online-Bereich äußert sich dies vor allem in den Restriktionen für Rechtsanwälte, Steuerberater oder Ärzte im Rahmen ihrer Web-Präsenz und Homepage-Gestaltung. Starken Einschränkungen sehen sich dabei vor allem *Ärzte und Zahnärzte* ausgesetzt, denen noch immer jegliche Werbung verboten ist;¹²⁰ erlaubt sind allein neutrale und informative Angaben gem. § 36 der entsprechenden BO (wie z. B. Adresse, Sprechstunde u.Ä., ggf. Spezialisierungen).¹²¹
- 65 Auch *Rechtsanwälten* ist Werbung auf Webseiten allein in dem Umfang der § 43 b BRAO, §§ 6 ff. AnwaltsBO, §§ 1, 3 UWG gestattet. Die Online-Präsenz hat sich damit auf streng informative Angaben und eine seriöse Gestaltung zu beschränken.¹²² Eine reißerische, reklameartige und anpreisende Aufmachung der Webseite ist zu unterlassen.¹²³ Keinen Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG, § 43 b BRAO stellt insoweit aber die Werbeaussage „Die Kanzlei zum Schutz des Privatvermögens“ auf einer Anwalts-Homepage dar.¹²⁴ Entsprechendes gilt für *Wegbeschreibungen* im Internet, die durchaus mit markanten Formulierungen versehen werden dürfen. In der Überschrift zur Wegskizze „So kommen Sie zu Ihrem Recht“ sah das *BVerfG* daher keine marktschreierische Anpreisung, sondern einen zulässigen Sprachwitz (!).¹²⁵ Kein verständiger Internetnutzer würde den verwendeten Ausdruck „Recht“ mit Kompetenz, Anpreisung oder gar mit einer Erfolgsgarantie gleichsetzen.
- 66 Zulässig sind auf Anwaltsseiten ferner die Veröffentlichungen von Lebensläufen und Fotos sowie die Angabe von maximal fünf Schwerpunktbereichen je Anwalt.¹²⁶ Auch *Aufsätze*, Vorträge oder andere eigene juristische Stellungnahmen können zum Abruf vorgehalten werden,¹²⁷ wohingegen die Einrichtung eines *Gästebuchs* oder

¹¹⁸ *OLG Schleswig*, MMR 2001, 399 (400) – Swabedoo.

¹¹⁹ *ÖOGH* MMR 2001, 518 – austropersonal.com m. Anm. Schanda; krit. hierzu Gounalakis/Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet, Rdnr. 483 f.

¹²⁰ Schmittmann, MDR 1997, 601 (602).

¹²¹ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 43.

¹²² Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 42 m. Hinw. auf *OLG Koblenz*, WRP 1997, 478 (480); Marwitz, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 11.2, Rdnr. 229.

¹²³ Schmittmann, MDR 1997, 601 (603); *LG Berlin*, MMR 2000, 490 m. krit. Anm. Roetzel; vgl. allg. Oelschlägel, in: Kaminski/Henßler/Kolaschnik/Papathoma-Baetge (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, Kap. 3 D, Rdnr. 54.

¹²⁴ *LG Berlin*, NJW 2002, 227.

¹²⁵ *BVerfG* NJW 2001, 3324 (3325).

¹²⁶ Scheuerl, NJW 1997, 1291 (1292); s. § 7 BO. Von den Schwerpunktbereichen dürfen maximal drei Teilgebiete als Tätigkeitsschwerpunkte genannt werden; die übrigen sind als Interessenschwerpunkte anzugeben.

¹²⁷ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 42; Scheuerl, NJW 1997, 1291 (1292).

Chatrooms meist die Grenze zur Standes- und Wettbewerbswidrigkeit überschreiten dürfte.¹²⁸

Für Steuerberater gelten gem. § 22 ihrer BO die herkömmlichen Werberegeln auch im Bereich der elektronischen Medien, Netze und Netzdienste.¹²⁹ Nach § 57a StBerG ist daher Werbung gestattet, soweit diese über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet, auf reklameartige Darstellungen verzichtet und nicht auf die Erteilung eines Auftrags gerichtet ist. Vergleichen lässt sich der werberechtliche Rahmen für Steuerberater daher mit den für Rechtsanwälte verbindlichen Vorgaben.¹³⁰ Somit gilt auch hier, dass die Webseite keine Elemente mit besonderer Anlockwirkung oder gar reißerische Züge aufweisen darf.¹³¹ Wirtschaftsprüfern ist ebenfalls Werbung verboten, die sich reklameartig der Methoden gewerblicher Wirtschaft bedient und nicht mehr sachbezogen ist (§ 52 WPO, § 34 BO).¹³²

Besondere Zurückhaltung erscheint im Bereich der sog. **Bannerwerbung** angezeigt.¹³³ Da sich sämtliche der oben genannten kammergebundenen Berufe nicht anpreisend darstellen dürfen, wird man ihnen die Bewerbung ihrer Praxis bzw. Kanzlei mittels Web-Bannern regelmäßig untersagen müssen. Dies gilt insbesondere für optisch aufwendig gestaltete und animierte Banner mit direkter Zugriffsmöglichkeit (Link) auf die Homepage des werbenden Anwalts oder Steuerberaters, weil hierin ein reklamehaftes Sichherausstellen zu erblicken ist.¹³⁴

E. Rechtsanwendungsprobleme im Rahmen des Heilmittelwerbegesetzes (HWG)

Einige Besonderheiten sind für die Pharmawerbung im Netz zu beachten.¹³⁵ Auf Werbemaßnahmen im Netz finden sämtliche medienunspezifischen Wettbewerbsvorschriften Anwendung. Für die Pharmawerbung heißt das, dass auch im Internet die besonderen **Produktwerbebeschränkungen des AMG** und vor allem des **HWG** zu beachten sind, sofern generell an deutsches Recht anzuknüpfen ist. Insoweit scheint allerdings § 13 HWG – ähnlich dem Verbraucherschutzrecht – eine noch über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgehende Anwendbarkeit des HWG für grenzüberschreitende Werbemaßnahmen festzulegen. Nach dieser Vorschrift sind nämlich Werbemaßnahmen ausländischer Unternehmen innerhalb des Geltungsbereichs des HWG generell untersagt, wenn das Unternehmen nicht im Inland seinen Unternehmenssitz begründet oder eine natürliche Person verantwortlich mit der Wahrnehmung der Pflichten aus dem HWG betraut hat.

Dieses Verbot ist jedoch im Kontext der grenzüberschreitenden Werbung ratio-orientiert dahingehend auszulegen, dass nur solche Werbemaßnahmen erfasst sein sollen, die

¹²⁸ Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rdnr. 377 m. Hinw. auf LG Nürnberg-Fürth, CR 1998, 622; Schmittmann, MDR 1997, 601 (603); im Ganzen problematisch, näher hierzu Marwitz, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Teil 11.2, Rdnr. 234 ff.

¹²⁹ S. auch Schmittmann, MDR 1997, 601 (602).

¹³⁰ Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 43.

¹³¹ LG Nürnberg-Fürth, NJW-CoR 1997, 229 (230) – Steuerberater im Internet; ferner LG München II, CR 2001, 345.

¹³² Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, S. 43; Schmittmann, MDR 1997, 601 (602).

¹³³ Eingehend Schmittmann, MMR 2001, 792 ff.

¹³⁴ Schmittmann, MMR 2001, 792 (796).

¹³⁵ Zum Arzneimittelhandel im Netz Leßmann/Leßmann, § 44.

nach allgemeinen Regeln dem deutschen Wettbewerbsrecht unterliegen.¹³⁶ Für das Kollisionsrecht bleibt es deshalb bei den allgemeinen Grundsätzen.¹³⁷ Da bei Verstößen gegen das HWG zugleich die §§ 1 und 3 UWG verletzt werden,¹³⁸ sind insoweit die allgemeinen Ausführungen zum anwendbaren Recht und zur Gerichtszuständigkeit unmittelbar einschlägig.¹³⁹ Das HWG ist also immer dann zu beachten, wenn durch die Heilmittelwerbung eine wettbewerbliche Interessenkollision im Inland hervorgerufen wird.

- 71 Die sich aus der Anwendung des HWG ergebenden Konsequenzen für die Werbung im Netz entsprechen ebenfalls weitgehend denen in anderen Medien. Deshalb kann diesbezüglich im Grundsatz auf die ausdifferenzierte Rechtsprechung namentlich zur Rundfunk- und Fernsehwerbung verwiesen werden. Vor allem in zwei Punkten entstehen aber gerade aus der Platzierung der Werbung im Internet besondere Schwierigkeiten, nämlich bei den personellen Werbebeschränkungen für verschreibungspflichtige Arzneimittel und bei der Werbung mit Gutachten und wissenschaftlichen Veröffentlichungen.

I. Nur gegenüber bestimmten Personengruppen zulässige Werbung (§§ 10, 12 HWG)

- 72 Nach § 10 HWG darf für verschreibungspflichtige Medikamente nur bei Ärzten, Apothekern und zugelassenen Handeltreibenden geworben werden. Nach § 12 HWG darf sich Werbung, die sich auf bestimmte Krankheiten bezieht, nur an Fachkreise richten. Es fragt sich, wie diese Einschränkungen bei der überall abrufbaren Internetwerbung zu realisieren sind.
- 73 Die derzeit geübte Praxis, vor dem Abruf der Werbung eine über E-Mail zu versendende, gesonderte Versicherung des Nutzers zu verlangen, dass er approbiert ist, dürfte kaum den Anforderungen der §§ 10, 12 HWG genügen.¹⁴⁰ Bekanntlich stellen Warnhinweise und Zugangsschranken für bestimmte Webseiten einen besonderen Reiz für die Internetgemeinde dar, den Inhalt der betreffenden Seite aufzudecken. Da sogar schon die Wiedergabe der Fach- oder Gebrauchsinformation nach der ständigen Rechtsprechung als Werbung einzustufen ist, läuft die Regelung somit im Ergebnis auf ein Verbot von allgemeiner Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Internet hinaus.¹⁴¹
- 74 Eine Lösung lässt sich erzielen, indem durch die Vergabe von Passwörtern an Approbierte und sonstige Berechtigte die Zugangsberechtigung für die fraglichen Webseiten vorab limitiert wird.¹⁴² Der Umstand, dass Passwörter ihrerseits eine „sportliche Herausforderung für Computerfreaks“ darstellen und keineswegs unüberwindliche Zugangsschranken bilden, ist dabei unbeachtlich.¹⁴³ Die §§ 10, 12 HWG verlangen keine gegen alle Eventualitäten abgesicherte Einschränkung des Zugriffs.¹⁴⁴

¹³⁶ Genau genommen enthält § 13 HWG also keine Kollisionsnorm.

¹³⁷ Ähnlich *Bülow/Ring*, § 13 HWG, Rdnr. 7, der den sog. Overspill, d.h. die technisch nicht vermeidbare Ausstrahlung in Gebiete, die vom Werbenden nicht intendiert sind, ausklammern will; vgl. auch *Doepner*, § 13 HWG, Rdnr. 6; *Marwitz*, MMR 1999, 83 (85).

¹³⁸ BGH GRUR 1963, 536 (538) – Iris; BGH GRUR 1972, 561 (562) – Kavaform; BGH GRUR 1980, 119 – Ginseng-Werbung; BGH GRUR 1991, 860 – Katovit; *Baumbach/Hefermehl*, Anhang zu § 3 UWG, Rdnr. 2.

¹³⁹ S. dazu oben Rdnr. 1 ff.

¹⁴⁰ So auch *Hoeren*, Grundzüge des Internetrechts, S. 44.

¹⁴¹ Ähnlich *Czettritz*, PharmaR 1997, 88 (89); *Hoeren*, Grundzüge des Internetrechts, S. 44.

¹⁴² So auch *Czettritz*, PharmaR 1997, 88 (89); *Hoeren*, Grundzüge des Internetrechts, S. 44.

¹⁴³ *Czettritz*, PharmaR 1997, 88 (89); *Marwitz*, MMR 1999, 83 (84).

¹⁴⁴ Vgl. insoweit die Behandlung der Pharmawerbung in ärztlichen Fachzeitschriften.

Freilich ergibt sich bei dem Lösungsansatz über Passwörter ein praktisches Folgeproblem: die zuverlässige **Identifizierung der Berechtigten**. Vorstellbar sind insoweit etwa eine persönliche Information durch Handelsvertreter, aber auch die Nutzung entsprechender Datensammlungen, sofern diese öffentlich zugänglich sind. Neuerdings gibt es im Internet einen Anbieter, der die Passwortvergabe für Fachkreise durchführt (<http://www.doccheck.com>). 75

II. Werbung mit Gutachten und wissenschaftlichen Veröffentlichungen (§ 6 HWG)

Besondere Schwierigkeiten bei Werbemaßnahmen im Internet bereitet zudem § 6 HWG, wonach die Werbung mit „**unwissenschaftlichen**“ Gutachten generell untersagt und die Zulässigkeit von Werbung mit Fachgutachten an die Einhaltung detaillierter Zitierregeln gebunden ist. 76

Dabei stellt sich die Frage, wann im Internet mit unwissenschaftlichen Gutachten geworben wird. Dies ist zweifelsfrei etwa der Fall, wenn das unwissenschaftliche Gutachten als Teil der eigenen Homepage erscheint. Schwierig wird es jedoch, wenn das Gutachten mittels **Hyperlink** abgerufen werden kann. Ein solcher Fall wäre ggf. unter das Tatbestandsmerkmal der „**Erwähnung**“ i.S.d. § 6 Nr. 1 HWG zu subsumieren, denn es kann keinen Unterschied machen, ob die Werbung die Fundstelle des Gutachtens zitiert¹⁴⁵ oder ob dem Nutzer der Zugang zum Gutachten über einen Hyperlink eröffnet und dadurch sogar noch erleichtert wird.¹⁴⁶ 77

Einschränkungen ergeben sich jedoch auch hier aus § 11 TDG, § 9 MDStV analog: Eine Haftung kommt nur in Betracht, wenn derjenige, der den Link unterhält, Kenntnis vom Inhalt der fremden Seite hat bzw. im Falle von Schadensersatzansprüchen Tatsachen oder Umstände kennt, aus denen offensichtlich wird, dass sich auf der verlinkten Seite ein Gutachten von mangelnder wissenschaftlicher Qualität befindet.¹⁴⁷ 78

Abgesehen von dem nach § 6 Nr. 1 HWG untersagten Hinweis auf „unwissenschaftliche“ Gutachten, bereiten auch die **Zitierregeln** des § 6 Nr. 2 HWG Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung von Hyperlinks. Es fragt sich, ob dem Link oder dem begleitenden Text alle von § 6 Nr. 2 HWG geforderten Angaben zu entnehmen sein müssen, also ein genauer Hinweis auf den Gegenstand der Untersuchung, den Namen ihres Verfassers, Zeitpunkt der Erstveröffentlichung etc. 79

Hier liefert das gesetzliche Merkmal „**in Bezug nehmen**“ eine sachgerechte Lösung: Immer dann, wenn einzelne Werbeaussagen, ähnlich einem Zitat, mit einem über Hyperlink erreichbaren Gutachten „belegt“ werden, sind die Zitierregeln des § 6 Nr. 2 HWG einzuhalten. Ein „In-Bezug-Nehmen“ liegt vor. Dagegen sind isolierte Hyperlinks am Ende des Werbetextes, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer bestimmten Werbeaussage enthalten, ohne weiteres zulässig.¹⁴⁸ 80

¹⁴⁵ Dies genügt nach st. Rspr., vgl. Czerttritz, PharmaR 1997, 88 (89) m. w. N.

¹⁴⁶ So auch Marwitz, MMR 1999, 83 (86).

¹⁴⁷ S. oben Rdnr. 60.

¹⁴⁸ Ähnlich Marwitz, MMR 1999, 83 (86), die die konkrete Gestaltung des Umfelds des Hyperlinks berücksichtigen will.