

Unverlangte Werbe-E-Mail ohne Rechtsfolgen?

David Rosenthal

Lic. iur., Publizist und Berater, Lehrbeauftragter für Informatik- und Telekommunikationsrecht, Basel

Mit dem Internet lässt sich bekanntlich Geld verdienen, viel Geld. Einige tun das mit neuartigen, interessanten und cleveren Angeboten, andere tun es auf Kosten Dritter. In letzte Kategorie fällt das sogenannte Spamming. Gemeint sind unverlangte Massenwerbesendungen im Internet, kurz auch «spams» oder «unsolicited commercial emails» (UCE) genannt. 10 bis 20 Spams im Tag sind, ist die Adresse eines Benutzers im Umlauf, keine Seltenheit. Geworben wird meist für unseriöse Angebote von Sex-Anbietern, Betrügern oder windigen Geschäftemachern. Ab und zu erliegen aber auch seriöse Anbieter der auf den ersten Blick verlockenden Werbemethode.

Spamming ist deshalb so attraktiv, weil es den Versender im Vergleich zu anderen Formen der Direktwerbung fast gar nichts kostet: Das Porto bezahlen Provider und Empfänger. Mailings mit Dutzenden Millionen von Empfängern sind keine Seltenheit; Streuverluste und viele falsche Adressen sind irrelevant. Dass all die nicht zustellbaren Mails die Rechner auch grosser Provider verstopfen und zum Absturz bringen können, interessiert die Spammer nicht. Sie verwenden anonyme Zugänge, falsche Absenderadressen und für den Versand nicht geschützte, fremde E-Mail-Rechner, die sie für einen Versand missbrauchen, bis die Sache auffliegt.

Schätzungen von US-Providern zufolge machen Spams heute rund 20 bis 25 Prozent aller eingehenden E-Mails aus. In offenen Diskussionsforen (Usenet) wird sogar 80 Prozent des Verkehrs auf unverlangte Werbung zurückgeführt. Grössere Provider beschäftigen heute nach eigenen Aussagen oft etliche Mitarbeiter nur zur Bewältigung der Probleme durch Spamming. Es geht somit bei weitem

nicht mehr nur um die immer wieder zitierten direkten Kosten der Empfänger für das Herunterladen und Aussortieren solcher E-Mails.

Konventionalstrafe und Kündigung

So verbieten heute die meisten Provider in ihren AGB das Versenden unverlangter Massenpost unter Androhung der Kündigung und zuweilen auch einer Konventionalstrafe. Duldet ein Provider oder ein Unternehmer Spammer in seinem Netz, muss er mit allerlei Gegenmassnahmen auch ungesetzlicher Art bis zum faktischen Ausschluss aus dem Internet rechnen. Wirkungsvolle technische Gegenmittel gegen Spam gibt es kaum; zwar werden oft Sperrlisten mit Adressen von Rechnern benutzt, die von Spammern benutzt werden, doch blockieren diese auch legitime Mails.

Es dürfte denn auch nicht erstaunen, dass etwa in den USA in manchen Bundesstaaten Spezialgesetze gegen Spamming entweder in Diskussion oder schon in Kraft sind. Auch in der EU ist Spamming ein Thema, doch hat sich Brüssel hier von der Werbewirtschaft einwickeln lassen: Spamming soll im Rahmen einer «opt-out»-Lösung sogar erlaubt werden. Wer keine E-Mails will, muss seine Adresse explizit sperren lassen. Die Lösung, wie sie etwa die Fernabsatzrichtlinie in Art. 10 ansatzweise vorsieht, klingt auf den ersten Blick vernünftig. Sie dürfte sich aber nach bisheriger Erfahrung mangels einer von allen Versendern wirklich beachteten «Robinson»-Liste im Internet als untauglich erweisen. Heute werden E-Mail-Robinson-Listen vielmehr dazu missbraucht, um an neue Adressen zu gelangen. Sinnvoller ist eine «opt-in»-Lösung: Wer Werbung will, setzt sich auf entspre-

Résumé: Le courrier électronique est un instrument de marketing intéressant. Les internautes sont ainsi submergés de e-mails publicitaires non sollicités. Ces «spams» ne coûtent presque rien à des expéditeurs agissant souvent masqués. L'irritation et les frais sont à la charge des utilisateurs et des fournisseurs d'accès (systèmes engorgés, voire perturbés). Ces derniers interdisent presque tous l'envoi de tels courriers et plusieurs pays ont légiféré contre ce flux publicitaire. Sous la pression du lobby publicitaire, l'UE devrait en revanche les autoriser. Alors que l'Allemagne dispose déjà de jugements contre des «spammer», la question est à peine débattue en Suisse. Le «spamming» pourrait certes être combattu par diverses dispositions, par ex. la LPD. Mais pour les particuliers, le jeu n'en vaut souvent pas la chandelle. Le droit pénal présente à nouveau une lacune: l'utilisation abusive du système e-mail d'autrui risque actuellement de rester non punissable.

Zusammenfassung:
Elektronische Post ist ein interessantes Marketinginstrument. Immer häufiger werden Internet-Benutzer aber ungefragt mit Werbe-E-Mails eingedeckt. Diese «Spams» kosten den Absender, die meist verdeckt operieren, praktisch nichts. Den Ärger und die Kosten haben die Benutzer und Provider, deren Systeme verstopft und zum Teil massiv gestört werden. Fast alle Provider verbieten heute das Versenden solcher Post. Auch in immer mehr Ländern werden Gesetze gegen die Werbeflut erlassen. Anders die EU: Sie dürfte unter dem Druck der Werbelobby unverlangte Werbe-E-Mails in Zukunft erlauben. Während schon in Deutschland Urteile gegen Spammer vorliegen, ist das Thema in der Schweiz kaum diskutiert. Zwar könnte Spamming über diverse Vorschriften wie etwa dem Datenschutzgesetz bekämpft werden, doch für den Einzelnen lohnt sich das oft nicht. Das Strafrecht wiederum weist Lücken auf: Der Missbrauch fremder Mail-Systeme droht gegenwärtig straflos zu bleiben.

chende Listen. In Österreich ist dies bereits erkannt worden: Dort soll im Fernmelderecht ein Spamming-Verbot durchgesetzt werden. Auch in Deutschland wurde E-Mail-Werbung durch die Gerichte - ein halbes Dutzend Fälle sind bisher bekannt - bei nicht bestehender Geschäftsbeziehung für unzulässig erklärt.

In der Schweiz war das - zumindest in der Politik, Rechtslehre und der Gerichtspraxis - bisher kaum ein Thema. Dabei stellt sich die Problematik hierzulande ebenso und sie wird sich verschärfen. Zwar wäre das Datenschutzgesetz des Bundes (DSG) an sich gut geeignet, um gegen Spammer vorzugehen, da die von ihnen benutzten E-Mail-Adressen als Personendaten in aller Regel in den Schutzbereich des DSG fallen. An ihre Adressen gelangen Spammer über den einschlägigen Handel, über kostenlose Lockvogel-Angebote, deren Nutzung die Angabe einer E-Mail-Adresse erfordert, oder über automatisierte Systeme, die von Homepages, Verzeichnissen und Diskussionsforen Adressen in grosser Zahl ungefragt einsammeln.

Folgenlose Rechtsverletzungen

Doch Konsequenzen muss ein Spammer selbst bei einem offenkundigen DSG-Verstoss kaum befürchten; auch der Datenschutzbeauftragte zeigte bislang kaum Anstalten, sich dem Thema anzunehmen. Natürlich können Benutzer, deren E-Mail-Adressen gegen ihren ausdrücklichen Willen oder zweckentfremdet verwendet wurde, zivilrechtlich gegen den Spammer vorgehen. Doch das wird sich angesichts des Prozessrisikos, der oft schwierigen Identifikation des Spammers und der Aufwendungen für Einzelne nicht lohnen. Spammer wirken zudem oft aus den USA und anderen Ländern ohne funktionierenden Datenschutz aktiv. Viele der Anti-Spamming-Gesetze in den USA schützen de facto nur dortige Empfänger oder Provider.

Der Datenschutz ist nicht das einzige denkbare Instrument. Werbe-E-Mails können ebenso eine nicht gerechtfertigte Einwirkung auf eine Sache sein, die

der Eigentümer abwehren kann. Der Versand kann unlauter sein, etwa durch Verwendung falscher Angaben, als besonders aggressive Verkaufsmethode oder über die UWG-Generalklausel, weil ein Spammer andere (Provider, Empfänger) gegen deren Willen dazu zwingt, für seine Werbung aufzukommen und so einen Vorteil gegenüber Mitbewerbern erzielt. In Deutschland herrscht denn auch die Ansicht, dass eine Werbeart schon dann als unlauter anzusehen ist, wenn sie den Keim zu einem immer weiteren Umschlag in sich trägt und damit erst zu einer untragbaren Belästigung und Verwilderung der Wettbewerbssitten führt. Mehr als einen Unterlassungsanspruch gegen einen einzelnen Spammer liefert das aber meist nicht.

Soll auch das Strafrecht eingesetzt werden, ist etwas mehr Kreativität gefragt. Zu denken ist an Tatbestände wie Nötigung, Sachentziehung, Sach- und Datenbeschädigung. Auch der Hacking-Tatbestand des Art. 143^{bis} StGB kann bei der Umgehung von Spam-Filtern anwendbar sein. Schwerer haben es dagegen Betriebe, deren E-Mail-Systeme von Spammern für den Versand missbraucht wurden: Hacking fällt mangels Zugriffssperre oft weg. Es kann Erschleichen der Leistung einer Datenverarbeitungsanlage vorliegen, doch wurde Art. 150 StGB, der ebenfalls ein heimliches Vorgehen verlangt, nicht für solche Fälle konzipiert. Schon passender ist Art. 179^{septies} StGB, der den Missbrauch einer Fernmeldeanlage zur Belästigung unter Strafe stellt. Als Antragsdelikt dürfte er aber vor allem dem Empfänger der Werbe-E-Mails nutzen. Der Missbrauch von fremden E-Mail-Systemen droht ungesühnt zu bleiben.

Es wäre daher (auch für die Werbeindustrie) wünschenswert, wenn der Gesetzgeber in Sachen E-Mail-Werbung und den damit betriebenen Missbräuchen klarere Verhältnisse schafft. Das Fernmelderecht wäre ein passender Ort dafür. Der Entwurf für eine neue Fernmeldedienstverordnung macht den ersten Schritt schon: Laut Art. 55 Abs. 1 FDV-E sollen Fernmeldekunden in einem Verzeichnis nicht nur Werbeanrufe, sondern jede Art von «Werbemitteilung» untersagen können. ■