

Stellungnahme

zum Entwurf

eines Zweiten Gesetzes zur Änderung

des Teledienstgesetzes

(Anti-Spam-Gesetz)

der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vertritt 1.300 Unternehmen, davon gut 700 als Direktmitglieder mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und mehr als 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 600 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.

Die Bundestagsfraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben den Entwurf eines Anti-Spam-Gesetzes vorgelegt. BITKOM begrüßt die Möglichkeit, zu diesem wichtigen Thema Stellung beziehen zu können.

■ **Allgemeines**

BITKOM teilt die Ansicht der Entwurfsverfasser, dass die Zahl unerwünschter und störender E-Mails (Spam) stetig steigt und inzwischen einen erheblichen Anteil der elektronischen Kommunikation ausmacht. Die damit einhergehende Belästigung wird zunehmend zu einer messbaren Schädigung. Betroffen sind Nutzer der E-Mail-Kommunikation im privaten Umfeld, aber auch Unternehmen und Behörden. Daneben belastet Spam auch die Anbieter von E-Mail-Kommunikation, die Provider, da sie unnötig ein wesentlich erhöhtes Datenvolumen transportieren, bearbeiten und speichern müssen. Die steigende Zahl an Spam-E-Mails lässt auch die Wahrnehmung für dieses Phänomen in der Öffentlichkeit und in der Politik steigen.

BITKOM begrüßt die Beschäftigung mit diesem Thema, sieht aber auch das wichtige Erfordernis, sich der Thematik differenziert zu nähern und Augenmaß zu bewahren. Wichtig ist vor allem, dass nicht jede E-Mail mit Werbeinhalten als Spam gelten kann. Vielmehr stellt die Nutzung dieses Kommunikationsmittels zur Werbung, etwa mit regelmäßigen Newslettern, individualisierten Angeboten usw. eine gerade auch für den Nutzer sehr bequeme Form der Information über Produkte und Dienstleistungen dar. Die Möglichkeit der Kundenansprache durch Werbung ist elementarer Bestandteil einer freien Marktwirtschaft. Seriöse Werbe-E-Mails von tatsächlichem Spam zu unterscheiden, ist eine zentrale Aufgabe der aktuellen Debatte.

Dies vorausgeschickt, teilen wir grundsätzlich den Ansatz der Entwurfsverfasser, einen sehr eng begrenzten Tatbestand zu schaffen.

Im Einzelnen merken wir dazu an:

■ Klare Begrenzung des Tatbestands

Wir begrüßen das Bemühen der Entwurfsverfasser, sich bei dem Verbotstatbestand auf spezifische Begehungsformen zu beschränken, die wesentliche Grundübel der Spamflut sind. Nur so kann gewährleistet werden, dass sich die zuständigen Behörden auf diese besonders verwerflichen Spam-Versender konzentrieren. Unbedingt vermieden werden muss zudem eine verfehlt Kriminialisierung seriöser Werbetreibender in rechtlichen Zweifelsfällen.

Wir teilen die Einschätzung, dass die Verschleierung und Verheimlichung des Absenders oder des kommerziellen Charakters einer Werbe-E-Mail grundsätzlich zu diesen wesentlichen Grundübeln gehören.

Aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe des „Verschleierns“ und „Verheimlichens“ kommt unserer Ansicht nach der Gesetzesbegründung eine entscheidende Bedeutung zu. Ihr entnehmen wir bereits in der Entwurfsfassung, dass die Rechtsbegriffe des „Verschleierns“ und „Verheimlichens“ eng auszulegen sein sollen.

Wichtig scheinen uns zwei Feststellungen, die noch deutlicher betont werden sollten:

- Keine Pflicht zur ausdrücklichen Kennzeichnung von Werbung

Ein Verschleiern/Verheimlichen des kommerziellen Charakters liegt nicht bereits dann vor, wenn eine Nachricht nicht ausdrücklich als „Werbung“ gekennzeichnet ist. Für Kopf- und Betreffzeile gelten nicht die Anforderungen des § 6 TDG. Dies führt die Gesetzesbegründung auf S. 11 aus.

Für Unklarheit hingegen sorgt der Verweis auf die „Umsetzung der erweiterten Transparenzpflichten bei der Ausgestaltung kommerzieller Kommunikationen für den Bereich der Werbewirtschaft“ auf S. 9. Diese Formulierung sollte gestrichen werden. Der Entwurf will (und sollte) gerade keine zusätzliche Kennzeichnungspflicht statuieren, sondern nur aktive Täuschungshandlungen verbieten.

Insgesamt bringt eine isolierte Betrachtung der Betreffzeile große Angrenzungsschwierigkeiten mit sich. Stellt etwa ein Modeversandhaus seine Frühjahrsmode mit der Betreffzeile „Der Frühling ist da!“ vor, so lässt allein dieser Slogan nicht ohne weiteres auf den kommerziellen Inhalt der Nachricht schließen. Es kann aber nicht Sinn einer Anti-Spam-Gesetzgebung sein, einen – in der Offlinewelt völlig gebräuchlichen – Slogan wie diesen zu verbieten. Die Interessen des Empfängers sind in einem solchen Fall bereits dann vollständig gewahrt, wenn er den Absender – im genannten Fall also „Modeversand XY“ – klar erkennen kann. Auf diese Weise erfasst er mit einem kurzen Blick den kommerziellen Charakter der Nachricht und kann über seinen weiteren Umgang mit der E-Mail eine gut informierte Entscheidung treffen.

Bereits aus Praktikabilitätsgründen sollte daher klargestellt werden, dass die Betreffzeile nicht isoliert betrachtet werden darf. Soweit der Bezug auf die Betreffzeile im Gesetzestext überhaupt aufrechterhalten werden soll, muss es genügen, dass sich der kommerzielle Charakter aus der Zusammenschau von Absender und Betreffzeile ergibt.

- Erfordernis eines subjektiven Tatbestands

Unserer Ansicht nach erfordern die Handlungen des „Verschleierns“ oder „Verheimlichens“ schon vom natürlichen Wortsinn her eine Absichtskomponente. Dies spricht auch die Geset-

zesbegründung auf S. 13 an. Als Grund nennt sie zutreffend, dass vermieden werden muss, dass „insbesondere kleine und mittlere Unternehmen als Spammer sanktioniert werden, wenn sie die Kopf- oder Betreffzeile lediglich aus Unkenntnis nicht hinreichend eindeutig formulieren, ohne hiermit eine Verschleierungs- oder Verheimlichungsabsicht zu verfolgen.“

Zusätzlich betont § 12 des Entwurfs noch einmal den allgemeinen Grundsatz des Ordnungswidrigkeitenrechts, dass ein Bußgeld nur bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln verwirkt werden kann.

In der Praxis wird eine solche Absicht oft anhand objektiver Kriterien nachgewiesen werden können, wie sie der Begründungsentwurf auf S. 11 und 12 aufzählt. Diese Konkretisierungen sind hilfreich und sollten grundsätzlich in der Begründung erhalten bleiben.

Besonders hohe Anforderungen an den Nachweis einer Verschleierungsabsicht müssen insbesondere im Hinblick auf die Betreffzeile gelten. Die Betreffzeile ist bereits Teil des Inhalts der E-Mail und muss auch für seriöse Werbenachrichten grundsätzlich frei gestaltbar bleiben. Alles andere wäre ein schwerer Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Nicht nachvollziehen können wir deshalb insbesondere das vierte Beispiel auf S. 12 der Begründung („der Spamversender generiert automatisch eine „persönliche“ Ansprache des Adressaten, wenn Namensbestandteile aus der Empfängeradresse ersichtlich sind (z.B.: „Hello Mr. Schulte!““). Auch seriöse Werbetreibende bedienen sich mitunter einer persönlichen Ansprache. Eine solche ist nicht verwerflich und auch kein Indiz für eine absichtliche Täuschungshandlung. Es sollte daher in der Begründung zwingend umgekehrt klargestellt werden, dass die Gestaltung der Betreffzeile grundsätzlich Sache der unternehmerischen Freiheit ist und dass insbesondere personalisierte Werbung an sich nicht von dem Verbot erfasst ist.

■ Klare Begrenzung des Täterkreises

Bedenklich stimmt uns die Äußerung auf S. 14 der Begründung, nach dem im Ordnungswidrigkeitenrecht maßgeblichen einheitlichen Täterbegriff erfasse der Bußgeldtatbestand auch alle Personen, die „das Spamming in Auftrag gegeben oder in irgendeiner sonstigen Weise gefördert haben“.

Hier muss unbedingt klargestellt werden, dass Auftraggeber und andere Beteiligte selbstverständlich auch nach § 14 OWiG nur dann haften, wenn auch ihnen hinsichtlich der konkreten Täuschungshandlung eine Absicht nachgewiesen werden kann. Anderenfalls würde ein enormes Missbrauchspotenzial geschaffen, das gerade für exponierte seriöse Unternehmen zu einer Gefahr werden könnte.

■ Legalisierung von Filterinstrumenten

Vereinzelt wird vertreten, dass das Filtern von Spam durch Diensteanbieter den Tatbestand des § 206 Abs. 2 Nr. 2 StGB (Unterdrücken von Nachrichten) erfülle (OLG Karlsruhe vom 20.01.2005 - 1 Ws 152/04). Konkret wird auf S. 2 des Gesetzesentwurfs unter dem Punkt C/Alternativen erläutert: „Wirksamere Methoden wie beispielsweise das Prüfen der eingelieferten Mails durch den Service-Provider scheitern an dem Post- und Fernmeldegeheimnis, dem auch diese unterworfen sind.“

Auf S. 6 stellt die Begründung hingegen ausdrücklich fest, welche Bedeutung bei der Spambekämpfung ebendiese Maßnahmen zur Blockade und Filterung von Spam haben: „Neben den gesetzlichen Regelungen spielt vor allem die Wirtschaft eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung

fung unerwünschter elektronischer Post. Sie kann durch den konsequenten Ausbau technischer Schutzvorrichtungen einen wichtigen Beitrag zur Eindämmung der Spam-Flut leisten. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Einsatz von Filterprogrammen zu, deren Aufgabe darin besteht, Spam-Nachrichten zu blockieren.“

Insoweit ist die Begründung widersprüchlich. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass die Filtrung/Blockierung von Spam-E-Mails rechtmäßig ist.

Berlin, den 11. April 2005