

## **Thesenpapier des BITKOM zur Problematik unerwünschter Werbe-E-Mails („Spam“)**

### **■ Das Problem**

Es ist zu beobachten, dass die Zahl unerwünschter und störender E-Mails 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-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.

### **■ Die unklare Definition des „Spam-Problems“**

So ist schon der genaue Gegenstand der Debatte wenig bestimmt. Unter dem pauschalen Begriff „Spam“ werden sehr unterschiedliche Phänomene zusammengefasst, die aber eine differenzierte Bewertung – gerade auch in rechtlicher Hinsicht – erfordern. 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. Solche Werbe-Mails von tatsächlichem Spam zu unterscheiden, ist eine zentrale Aufgabe der aktuellen Debatte. Kein Spamming liegt jedenfalls vor, wenn der Kunde in den Empfang von Werbung per E-Mail eingewilligt hat. Nach der demnächst im UWG umzusetzenden europäischen Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation (58/2002/EG) ist auch die Kundenansprache nach vorherigem Kundenkontakt, d.h. innerhalb bestehender Kundenbeziehungen, grundsätzlich zulässig. Schließlich sind beim Ausgleich der Interessen von werbetreibender Wirtschaft und Empfänger der Botschaften auch Unterschiede zwischen privaten und gewerblichen Adressaten zu beachten, da einerseits das Informationsinteresse von Gewerbetreibenden an Produkt- und Dienstleistungsangeboten im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit höher als bei Privaten ist, zugleich die Eingriffsintensität im geschäftlichen Bereich geringer als bei der privaten Sphäre eines Verbrauchers ist.

Auch bei den tatsächlich unzulässigen Werbebotschaften sind Fälle mit sehr unterschiedlichem Belästigungs- oder sogar Schädigungspotential zu unterscheiden. Die Palette reicht hier von an sich seriösen Angeboten, die nur – ggf. versehentlich – das Einwilligungserfordernis oder einen Widerspruch des Empfängers missachtet haben, über jugendgefährdende bzw. inhaltlich belästigende Angebote (z.B. mit sexuellem Bezug) bis hin zu Anschreiben mit kriminellen Absichten („Nigeria-Mails“, Wucherkredit-Angebote etc.) oder gar mit unmittelbarem Schädigungspotential (Viren, selbst installierende Dialer). Auch wenn diese Nachrichten alle gegen geltendes Recht verstoßen, divergiert die Dringlichkeit eines wirksamen Vorgehens doch noch einmal stark wegen der ganz unterschiedlichen Gefährdungsintensität.

Die aufgezeigte Vielschichtigkeit des Phänomens Spam muss auch bei der Diskussion möglicher Gegenmaßnahmen stets berücksichtigt werden.

### ■ Die Hintergründe

Die Möglichkeit der Kundenansprache durch Werbung ist elementarer Bestandteil einer freien Marktwirtschaft. Gleichzeitig verdient die Privatsphäre des Verbrauchers hohen Respekt. Das deutsche Recht hat beim Ausgleich dieser Interessen traditionell eine im internationalen Vergleich eher restriktive Haltung eingenommen. Dies gilt gerade beim Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel wie Telefon, Telefax und eben auch E-Mail. In Randbereichen mag fraglich sein, ob die sehr weitreichenden Verbote in Deutschland die beteiligten Interessen – zu denen auch der Informationsbedarf des Verbrauchers zählt – angemessen ausgleichen.

Die eigentliche Ursache des Spam-Problems liegt in den marginalen Kosten von Werbemaßnahmen per E-Mail. Der Nachrichtenversand ist nahezu kostenfrei; Adressenbestände – oft illegal zusammengetragen – sind für wenig Geld zu erwerben. Erst die geringen Kosten erlauben – im Unterschied etwa zur persönlichen Ansprache im Telefonmarketing – den massenhaften und auch undifferenzierten Versand von Werbenachrichten ohne Rücksicht darauf, ob diese für den Empfänger überhaupt von Interesse sein könnten. Bereits eine sehr geringe Quote von Rückmeldungen auf den Massenversand kann die Gesamtkonzeption wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen. Dies lockt gerade auch Anbieter mit eher dubiosen Angeboten oder gar betrügerischen Absichten. Die problematische Anreizsituation für den Versand von Massen-Werbemails ist nur schwer zu verändern, wollte man nicht – wie vereinzelt schon vorgeschlagen – von der Grundvoraussetzung Abstand nehmen, dass der Versand von E-Mails ohne weitere Kosten erfolgt. Ein solcher Schritt wäre jedoch in der heutigen Struktur des Internets schon rein technisch kaum realisierbar und er würde auch das grundlegende Erfolgsprinzip des elektronischen Postverkehrs gefährden.

### ■ Rechtssituation in Deutschland und in anderen Staaten: Problem der Rechtsdurchsetzung

Das deutsche Recht sieht hinreichend klare und im internationalen Vergleich sehr restriktive Schutzregelungen gegenüber belästigenden Werbe-Mails vor. Entwickelt wurden die Regeln zunächst durch die Rechtsprechung; künftig wird der generelle Einwilligungsvorbehalt (opt-in) aber auch gesetzlich – in Umsetzung der europäischen Vorgaben aus der Richtlinie 2002/58/EG – ins UWG aufgenommen werden. Gleichzeitig enthält das Gesetz entsprechend den europäischen Vorgaben eine

eindeutige Regelung zu der grundsätzlichen Zulässigkeit von Werbemails in bestehenden Kundenbeziehungen (mit opt-out-Möglichkeit). Die Frage, unter welchen Umständen der Einsatz von E-Mails als Werbeträger zulässig ist, wird mit diesen neuen Regelungen in Deutschland künftig hinreichend klar geregelt sein.

Im Vergleich hierzu bleibt die Rechtssituation in vielen anderen Ländern erheblich hinter dem deutschen Schutzniveau zurück. Dies führt dazu, dass die große Mehrzahl der belästigenden Werbe-Mails nicht aus Deutschland, sondern vielfach aus den Vereinigten Staaten, zunehmend aber auch aus Staaten wie etwa Russland oder Kasachstan stammen. Zur wirksamen Verringerung des Spam-Problems ist es daher vor allem wichtig, auf internationaler Ebene eine weltweite Vereinheitlichung des Schutzstandards zu erreichen. Hierzu gehört in einem zweiten Schritt auch die Verbesserung der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung, da hieran – auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des deutschen Rechts – die wirksame Verfolgung von Spam-Mailings regelmäßig scheitert. Verhandlungen zur grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung versprechen aber wohl erst dann Erfolg, wenn zuvor zumindest eine gewisse Annäherung in den materiellen Rechten erreicht wurde. Anderenfalls drohen die hinter den materiellrechtlichen Unterschieden stehenden Wertedifferenzen einem Verhandlungserfolg im Weg zu stehen.

#### ■ Gestaltungsmöglichkeiten im nationalen Recht

Aufgrund der internationalen Dimension des Spam-Problems ist der zu beobachtenden Missbrauch durch gesetzgeberische Maßnahmen allein auf nationaler Ebene kaum einzudämmen. Die bestehenden materiellen Regelungen in Deutschland sind bereits vergleichsweise strikt; würden sie international eingehalten, gäbe es kein Spam-Problem. Die Schwierigkeiten liegen also in der Rechtsdurchsetzung. Gerade staatliche Stellen stoßen wegen ihrer auf das jeweilige Staatsgebiet beschränkten Hoheitsgewalt bei der internationalen Rechtsdurchsetzung – im Wortsinne – an ihre Grenzen.

Als eine rechtliche Möglichkeit zur stärkeren Bekämpfung von Spam werden strafrechtliche Vorschriften diskutiert. Hierfür spricht zunächst, dass die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden bei der Ermittlung der hinter Spam-Aktionen stehenden Übeltäter deutlich größer sind als die Möglichkeiten, die den betroffenen Nutzern und Providern zur Verfügung stehen. Allerdings wird eine Sanktionierung nach deutschen Strafgesetzen bei den meist besonders problematischen grenzüberschreitenden Spam-Aktionen regelmäßig daran scheitern, dass der Täter im Ausland sitzt. Die Neueinführung von Strafvorschriften gegen Spam birgt außerdem die Gefahr, die Staatsanwaltschaften angesichts der sehr großen Zahl von Einzelverstößen in ihrer übrigen Arbeit zu blockieren. Das im Strafprozessrecht geltende Legalitätsprinzip würde es in Verbindung mit dem Gleichheitssatz nicht zulassen, von vornherein bei der Verfolgung nur Einzelfälle herauszugreifen. Ob es gelingen könnte, durch eine sehr enge Tatbestandsformulierung tatsächlich nur die besonders groben Verstöße herauszugreifen, erscheint fraglich.

Aus den genannten Gründen könnte eher noch die Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten ein geeignetes Mittel zur Spam-Bekämpfung darstellen. Gerade in der internationalen Dimension ist die Rechtsdurchsetzung im Zivilrecht wegen der dort bereitstehenden Mechanismen zur Koordinierung der nationalen Rechtsordnungen (Internationales Privatrecht, Internationales Zivilverfahrensrecht) noch eher möglich als im Strafrecht bzw. im sonstigen öffentlichen Recht. Aller-

dings wird kaum der einzelne betroffene Spam-Empfänger die tragende Rolle als zivilrechtlicher Kläger übernehmen können. Das Ausmaß der Belästigung durch die Mail ist zu klein, als dass ein hinreichender Anreiz zur Klage bestünde; die immer bestehenden Prozessrisiken (einschließlich des subsidiären Kostenrisikos selbst im Fall des Obsiegens) sind schon bei einem inländischen Rechtsstreit, erst recht aber bei grenzüberschreitenden Konstellationen zu hoch, als dass man diese dem einzelnen aufbürden sollte.

Betroffen von Spam-Mails sind aber, wie eingangs schon erwähnt, nicht nur die Adressaten der Mails, sondern auch deren Provider. Bei diesen Unternehmen erlangt die Beeinträchtigung durch das massenhafte Spam-Aufkommen auch solche Dimensionen, dass ein hinreichender Anreiz zur Rechtsverfolgung besteht, soweit diese zumindest einen gewissen Erfolg verspricht. Die zivilrechtlichen Möglichkeiten der Provider sind jedoch ungewiss: Keine endgültige Rechtsklarheit besteht aus Sicht des Deliktsrechts, ob die unrechtmäßig versandte Spam-Mail den Provider des Empfängers in seinen Rechten (namentlich dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) verletzt. Des weiteren ist es oft schwierig, aus den insgesamt durch Spam verursachten Mehrkosten einen bestimmten Schadensbetrag einer einzelnen Mail-Attacke zuzuordnen. Schließlich hat der Provider, der in der Regel selbst nicht Wettbewerber des die Spamwerbung einsetzenden Unternehmens ist, nach dem heutigen Wettbewerbsrecht keine Klagebefugnis. Es wäre daher als eine Möglichkeit zu prüfen, ob materiellrechtlich klagestellt werden kann, dass der Spam-Versand auch eine Rechtsgutverletzung gegenüber betroffenen Providern darstellt. Eine andere Möglichkeit läge darin, im Rahmen der anstehenden UWG-Novelle, die speziell die Frage unzulässiger Werbenachrichten regelt, eine auf diesen Punkt beschränkte Klagebefugnis für Provider unabhängig vom Vorliegen eines sonstigen Wettbewerbsverhältnisses einzuführen. Denkbar wäre die Verankerung einer solchen Klagebefugnis auch im TDG, das ausdrücklich die Rechtsbeziehungen der Provider regelt.

Bei allen gesetzgeberischen Maßnahmen ist es von zentraler Bedeutung, Augenmaß zu wahren, die berechtigten Interessen sowohl der Werbetreibenden als auch der Empfänger zu berücksichtigen und deshalb sauber zwischen den verschiedenen Formen der – teils zulässigen, teils unzulässigen – Nutzung von E-Mail zu Werbezwecken zu unterscheiden.

#### ■ **Technisch-organisatorischen Schutz stärken / Nutzer über Schutzmöglichkeiten aufklären**

Wegen der nur begrenzten Möglichkeiten, effektiv mit regulatorischen Mitteln gegen Spam vorzugehen, kommt technisch-organisatorische Schutzmaßnahmen eine zentrale Funktion bei der Spambekämpfung zu.

Im Mittelpunkt stehen hier Filtersysteme, wie sie von vielen Anbietern im Rahmen von E-Mail-Diensten oder als separate Programme angeboten werden. Den größten Erfolg versprechen dabei Systeme, die die verschiedenen Kennzeichen von Spam-Mails (bestimmte Kennwörter, Layout-Elemente, spezielle Absender) in einem intelligenten Analyseverfahren kombinieren. Bei allen Ansätzen zur Ausfilterung von Spam-Mails sollte allerdings das Prinzip gewahrt werden, dass der Nutzer die Letztentscheidung darüber haben muss, welche Mails er erhält und welche nicht. Eine vollständige Ausfilterung, d.h. auch Löschung, von Spam-Mails sollte nur vorgenommen werden, wenn dies vom Kunden auch gewünscht ist. Diese Ein-

schränkung ist schon deshalb wichtig, weil selbst bei sehr ausgereiften Filtersystemen einzelne Fehlbeurteilungen nicht ausgeschlossen werden können. Aus dieser Prämisse ergeben sich auch notwendig Grenzen für eine Bekämpfung von Spam-Mails schon bei den Internet-Diensteanbietern. Aus Datenschutzgründen, aber auch wegen Haftungsrisiken bei Fehlbeurteilungen sind diese grundsätzlich nicht in der Lage, vermutlichen Spam aus den von ihnen transportierten bzw. gespeicherten Datenmengen selbsttätig herausfiltern. Nur wenn ein Kunde dies ausdrücklich wünscht, ist ein entsprechendes Angebot denkbar. Ergänzend wäre zu prüfen, ob gesetzliche Eingriffsermächtigungen zur Spam-Filterung die Rechtssicherheit stärken und Haftungsrisiken vermeiden könnten.

Gesetzliche Vorgaben zum Einsatz bzw. Angebot von technischen Schutzmaßnahmen erscheinen nicht sinnvoll. Vielmehr können sich gerade im offenen Wettbewerb der Anbieter am besten Angebote entwickeln, die der jeweiligen Kundennachfrage gerecht werden. Es ist zu beobachten, dass die Nachfrage nach wirksamem Spam-Schutz augenblicklich stark wächst und die Anbieter von E-Mail-Diensten und spezieller Schutzsoftware hierauf umgehend mit entsprechenden Angeboten reagieren. Wirksamer Spam-Schutz wird so – wie die zunehmende Werbung gerade mit der Leistungsfähigkeit in diesem Bereich zeigt – zu einem entscheidenden Kriterium im Wettbewerb. Es besteht erkennbar keine Notwendigkeit für den Staat, in diesem wohl funktionierenden Markt Vorgaben zu verpflichtenden Angeboten, deren Ausgestaltung oder eventueller Preisgestaltung zu machen.

Eine wichtige Aufgabe ist es allerdings, die Fähigkeit der Nutzer zum Selbstschutz durch Information und Förderung von Medienkompetenz zu stärken. Wichtig ist dabei für den Nutzer nicht nur die Kenntnis der genannten Filterangebote, sondern vor allem auch der bewusste Umgang mit persönlichen Daten und die Vermeidung bestimmter Fehler bei der Nutzung des Internets. Die Wirtschaft leistet hierzu durch entsprechende Hinweise auf Unternehmenswebseiten und redaktionelle Berichte in den Medien ihren Beitrag. Auch BITKOM hat eine Liste von Verhaltensregeln zusammengestellt, deren Einhaltung dazu beitragen kann, die eigene Betroffenheit durch Spam zu reduzieren.

Daneben kommt aber auch dem Staat eine wichtige Rolle zu, wenn es darum geht, den Bürgern die notwendigen Kenntnisse für den nutzbringenden und sicheren Einsatz der neuen Medien zu vermitteln. Dies gilt in besonderem Maße im Rahmen des staatlichen Bildungsauftrags gegenüber Kindern und Jugendlichen. Der Staat ist hier, wie auch in der Erwachsenenbildung und bei der allgemeinen Verbraucherinformation aufgerufen, die Selbstschutzoptionen der Nutzer gegen Spam durch die Vermittlung entsprechender Fertigkeiten zu stärken.

Berlin, den 17. September 2003

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 etwa 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 500 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.