

„Spamming“

von Mathias Kummer

(http://www.weblaw.ch/kompetenzzentrum/team.asp?name=mathias_kummer),
www.weblaw.ch

Eine „neuere“ Form des Direktmarketings ist das „Spamming“¹ über Internet. Man spricht auch von Junk- oder Bulk-Mail (UBE - unsolicited bulk e-mail oder UCE - unsolicited commercial e-mail).

Unter Spamming versteht man im weiteren Sinne das unverlangte Verbreiten von Massenwerbesendungen über Fernkommunikationsmittel. Das kann über Telefax, durch SMS-Mitteilung oder per E-Mail erfolgen. Im hier verstandenen, engeren Sinne ist Spamming die unverlangte E-Mail-Werbung, unabhängig vom konkreten Übermittlungsmedium. Diese aggressive Art von Werbung findet weder bei Konsumenten noch bei Juristen Gefallen und wird überwiegend als belästigend empfunden. Es wird denn auch verschiedentlich ein generelles Verbot solcher Werbemethoden gefordert.

Vor- und Nachteile für die Werbenden

Unverlangte Werbe-E-Mails können jederzeit schnell und kostengünstig an eine grosse Zahl potentieller Kunden im In- und Ausland versendet werden. Nebst Versandkostenersparnissen und einer (möglichen) erhöhten Präsenz können mittels „Newslettern“ Kundenbindungen aufgebaut und gepflegt werden. Im Gegenzug ist jedoch die fehlende Akzeptanz und damit nur eine geringe (teilweise sogar kontraproduktive) Beachtung gegenüber solchen Werbenachrichten festzustellen. Unternehmungen, die unverlangte Werbe-E-Mails versenden, wirken zudem vielfach unseriös.

Vor- und Nachteile für den Empfänger

Der Empfänger solcher Werbe-E-Mails erhält kostenlos Informationen. Es ist nicht auszuschliessen, dass diese von Nutzen sind. Preisvergleiche, Hinweise auf Neuigkeiten auf dem Markt und auf die Interessen des Empfängers abgestimmte Informationen können für ihn vorteilhaft sein.

Je nach Form des Spammings überwiegen aber die Nachteile. Das Abrufen und Herunterladen von E-Mails beansprucht Zeit und verursacht Kosten. Der elektronische Briefkasten (Mailbox) wird unnötigerweise mit Werbesendungen überfüllt und die Speicherkapazität aufgebraucht (Webmail). Damit läuft man Gefahr, wichtige E-Mailnachrichten nicht mehr zu erhalten. Grössere Werbedateien oder eine Vielzahl von Werbe-E-Mails können für Überlastung,

¹ SPAM ist die Abkürzung von Spiced Porc And Ham und eine Konservenfleischmarke, die durch einen Sketch von Monty Python Bekanntheit erlangt hat.

lang andauernde Downloads und verärgerte Empfänger sorgen. Zudem hat der Empfänger Mühe und Arbeit, Werbung als solche zu erkennen und auszusortieren. Mit dem Einsatz von Filterprogrammen besteht das Risiko der Löschung wichtiger E-Mails, da solche Programme nicht immer zuverlässig arbeiten. Die Filter werden zudem durch immer wieder ändernde Absender-Adressen umgangen.

Anzufügen bleibt, dass unverlangte Werbe-E-Mails auch für die Provider eine unangenehme Zeiterscheinung sind. Spam überlastet deren Leitungen und füllt die Festplatten der Mail-Server. Betroffen sind sowohl der Provider des Empfängers wie auch der Provider des Absenders. Werbe-E-Mails mit ungültigen Adressen erzeugen Fehlermeldungen, die dem Provider des Absenders zugehen.

Beurteilung nach schweizerischem Recht

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für das Spamming, wie sie etwa die EU in verschiedenen Richtlinien kennt (vgl. dazu nachfolgend „Regelung in der EU“), fehlt in der Schweiz bis dato. Im Jahr 2000 hat Nationalrätin Simonetta Sommaruga eine Motion betreffend das Spamming eingereicht, mit welcher der Bundesrat aufgefordert wird, für wirkungsvolle Massnahmen zum Schutz vor unverlangten Zusendungen von Werbe-E-Mails zu sorgen.² Am 12.12.2001 gelangte Nationalrat Peter Vollmer mit einer Interpellation betreffend „Unerbetene Werbung per E-Mail, Fax oder Telefon. Verbot“ an den Bundesrat. Dieser antwortet am 27.02.2002.³

Bis jetzt hatte – soweit ersichtlich - noch kein staatliches Gericht in der Schweiz einen Spam-Streit zu entscheiden. Seit November 2001 liegt aber ein Entscheid der Lauterkeitskommission⁴, der Selbstkontrollstelle der Werbebranche, gegen einen Spammer vor. Die gewählte Form der Werbe-E-Mails stuft die Kommission als „eine aggressive Verkaufsmethode“ ein, „da die Zustellung **unverlangt** und **ohne Nachweis einer Kundenbeziehung** erfolgt sei“. Zudem habe in den betroffenen Mails die **Identitätsangaben des Absenders gefehlt**. Solche Verkaufsmethoden verstossen gegen die Grundsätze der Lauterkeitskommission (insb. gegen den Grundsatz Nr. 4.4 „Aggressive Verkaufsmethoden im Fernabsatz“).⁵ Der Kommission kommt nicht der Status eines staatlichen Gerichtes zu.

Dem Grundsatz Nr. 4.4 der Lauterkeitskommission ähnlich ist der Tatbestand der besonders aggressiven Verkaufsmethode nach Art. 3 lit. h des

² http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2000/d_gesch_20003393.htm

³ http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/d_gesch_20013732.htm

⁴ <http://www.lauterkeit.ch>

⁵ vgl. dazu Jurius, Lauterkeitskommission schützt Beschwerde gegen unverlangte E-Mails, in: Jusletter 3. Dezember 2001.

Der Entscheid der Lauterkeitskommission vom 21. November 2001: <http://spam.trash.net/urteil2.png>;

Die Grundsätze der Kommission: <http://www.lauterkeit.ch/pdf/grundsaeetze.pdf>

Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Die Abgrenzung zwischen reinen Werbemethoden und Verkaufsmethoden nach Art. 3 lit. h UWG fällt schwer. Ist die gewählte Methode an sich dazu geeignet, unmittelbar zum Vertragsabschluss zu führen, so kann auch Werbung als Verkaufsmethode gelten.⁶ **Art. 3 lit. h UWG** kommt gemäss herrschender Lehre jedoch nicht zur Anwendung, da die Zustellung unverlangter Werbe-E-Mails keine *besonders* aggressive Verkaufsmethode darstelle. Das Gesetz sieht denn auch vor, dass das unlautere Verhalten geeignet sein muss, Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des Empfängers zu nehmen. Eine solche Beeinflussung vermag allerdings in der Regel nur durch ein unmittelbares, synchrones Direktmarketing-Instrument, wie etwa das Telefon, erzeugt zu werden. Werbe-Instrumente wie Telefax und E-Mail geben dem Empfänger ausreichend Zeit, ein Angebot in Ruhe zu prüfen. Damit entfällt das Überraschungs- und Überrumpelungsmoment.⁷ Ein Werbe-E-Mail kann zudem auch ungelesen gelöscht werden. Das Zustellen unverlangter Werbe-E-Mails ist deshalb allenfalls anhand der Generalklausel von Art. 2 UWG zu beurteilen.

Gemäss der **Generalklausel von Art. 2 UWG** ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Wann bei unverlangten Werbe-E-Mails Unlauterkeit anzunehmen ist, ist weitgehend offen. Die Zustellung unverlangter Werbe-E-Mails an Empfänger, ohne zu diesen in irgendeiner Geschäftsbeziehung zu stehen und dabei die eigene Identität zu verschleiern, wird wohl unter Art. 2 UWG fallen. Wer nach ausdrücklicher Erklärung des Unerwünschtseins solcher E-Mails gegenüber dem Versender immer noch belästigt wird, kann nebst der Verletzung von Art. 2 UWG (Beschränkung auf die zivilrechtlichen Begehren nach Art. 9 und 10, die strafrechtliche Verfolgung nach Art. 23 ist bei Anwendung der Generalklausel ausgeschlossen) allenfalls auch gestützt auf **datenschutzrechtliche Bestimmungen** (Art. 12 DSGVO) vorgehen. Nimmt das Vorgehen sogar „bombenartige“ Ausmasse an, kann dies zur vorübergehenden Blockierung oder Nichterreichbarkeit von E-Mail-Accounts und zu Verlust von wichtigen E-Mail-Nachrichten führen. Das wäre zudem eine **Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens**, was nach Art. 28 ZGB eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann. (vgl. zu datenschutzrechtlichen Möglichkeiten den Abschnitt: Was kann man gegen unerwünschte Werbe-E-Mails tun?)

Jede Form der Zustellung unverlangter Werbe-E-Mails unter Art. 2 UWG zu subsumieren und damit generell zu verbieten, wäre nicht sinnvoll. Vielmehr muss sichergestellt werden, dass der Empfänger für ihn möglichst nützliche

⁶ Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, S. 155 und 160 ff.

⁷ vgl. u.a. R. H. Weber, E-Commerce und Recht, 2001, S. 276

Werbeinformationen erhält, bzw. unnützliche Informationen schnell als solche erkennen und die Zustellung für die Zukunft einfach unterbinden kann.

Folgende Aufzählung enthält mögliche (lauterkeitsrechtliche) Anforderungen an die Zusteller unverlangter Werbe-E-Mails⁸:

Kennzeichnungspflicht

Zentral ist die Kennzeichnung der E-Mails als Werbung. In der Betreffzeile soll der Hinweis „Werbung“ und der beworbene Gegenstand angegeben werden. Der Empfänger kann nun die Werbung mittels Filterprogrammen auffangen. Wer lieber auf Filterprogramme, die u.U. auch „normale“ E-Mails abfangen, verzichtet, dem wird dank der Kennzeichnung auch die manuelle Aussortierung von uninteressanten Werbe-Nachrichten einfacher fallen. Zudem entspricht die Kennzeichnungspflicht dem lauterkeitsrechtlichen Grundsatz, dass Werbung als solche zu deklarieren ist.

Opt-Out-Regel

Dem Empfänger muss ermöglicht werden, die Werbesendungen auf einfache Art abzubestellen bzw. von der Liste des Absenders gestrichen zu werden (Opt-Out). Dies kann beispielsweise mittels „unsubscribe“-Antwort-E-Mail geschehen. Hier ist jedoch Vorsicht geboten, weil viele Spammer damit eine Bestätigung erhalten, dass eine E-Mail-Adresse tatsächlich benutzt wird.

Umfang des Werbe-E-Mails

Der Umfang der Werbebotschaft soll sich in einem vernünftigen Rahmen halten. Auf grosse, angehängte Dateien ist zu verzichten.

Erfordernis des Sachzusammenhangs

Es sollen nur unverlangte Werbe-E-Mails verschickt werden, welche im mutmasslichen Interesse des Empfängers sind (Erfordernis des Sachzusammenhangs, Bestehen einer Geschäftsbeziehung etc.). Das erfordert vom Absender zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand, um Informationen über Interessen des Empfängers zu erhalten. Unseriöse Anbieter können abgeschreckt werden. Die Qualität der Werbe-E-Mails und der Nutzen für den einzelnen Empfänger steigt.

Absenderangaben

Zu beachten gilt auch das lauterkeitsrechtliche Gebot der wahrheitsgetreuen und vollständigen Angabe des Absenders.

⁸ Zum Ganzen vgl. Martin Spirig, Werbe-Email: Regulierung mit ökonomischer Zielsetzung, in: Jusletter 17. Dezember 2001 [Rz 16]

Robinson-Liste

Die Zusteller unverlangter Werbe-E-Mails sollen zusätzlich sog. „Robinson-Listen“ ihrer Verbände konsultieren und befolgen. Auf solche Listen können sich Personen eintragen, die keine unverlangten Werbe-E-Mails erhalten wollen.⁹

Die unlautere Zustellung von unverlangten Werbe-Mails nach Art. 2 UWG kann zivilrechtlich (Art. 9 UWG), jedoch nicht strafrechtlich sanktioniert werden.¹⁰ Nach Art. 9 UWG ist u.a. die Klage, eine drohende Verletzung zu verbieten (Unterlassungsklage) und die Schadenersatzklage nach Massgabe des Obligationenrechts möglich. Der in seinen wirtschaftlichen Interessen Verletzte oder Bedrohte kann insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird (Art. 9 Abs. 2 UWG).

Regelung in der EU

Die **E-Commerce-Richtlinie der EU** (Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr - ABl 2000 L 178/1 vom 17. Juli 2000) enthält Mindestanforderungen für nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation. Gemäss Art. 7 haben die Mitgliedstaaten, welche nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post zulassen, sicherzustellen, dass solche Kommunikation eines in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieters beim empfangenden Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar ist (Art. 7 Abs. 1). Zudem haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, regelmässig Robinson-Listen konsultieren, in welche sich natürliche Personen eintragen können, die keine derartige kommerzielle Kommunikation zu erhalten wünschen. Die Diensteanbieter sind gehalten, diese Listen zu beachten (Art. 7 Abs. 2). Die Richtlinie sieht also die **Kennzeichnungspflicht und die Konsultation und Befolgung einer Robinson-Liste** als Mindestvoraussetzungen vor. Die Frage nach der Zustimmung der Empfänger der nicht angeforderten kommerziellen Kommunikation ist nicht Gegenstand dieser Richtlinie. Regeln dazu finden sich in der Fernabsatz-Richtlinie.

Die **Fernabsatz-Richtlinie** 97/7 vom 20. Mai 1997 enthält lauterkeitsrechtliche Bestimmungen betreffend die Verwendung einzelner Kommunikationsmittel im Fernabsatz. Die Richtlinie verlangt nur für die Verwendung von Telefax und Anrufautomaten (Voice-Mail-System) zu kommerziellen Zwecken die vorherige Zustimmung des Verbrauchers (Opt-In). Für die E-Mail-Werbung wird die

⁹ Die «Robinson-Liste» des Schweizer Direktmarketing-Verbands beschränkt sich auf adressierte Briefpost (robinsonliste@dmverband.ch). Entsprechende Verzichtlisten für E-Mail-Werbung existieren nach Angaben des SDV in der Schweiz noch nicht.

¹⁰ Vgl. Art. 23 UWG

vorherige Zustimmung des Konsumenten nicht verlangt. Diese darf eingesetzt werden, wenn der Konsument ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat (Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie). Der Beworbene kann also gegenüber dem Versender erklären, dass er keine Werbung erhalten wolle, was der Opt-Out-Regelung entspricht. Die Mitgliedstaaten können zudem strengere Regulierungen vornehmen, um den Verbraucherschutz zu verbessern (Art. 14). Die **Telekommunikations-Datenschutz-Richtlinie** 97/66 vom 15. Dezember 1997 dient dem Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung von Personendaten im Bereich der Telekommunikation. Die Richtlinie verlangt ebenfalls nicht die vorherige Zustimmung des per E-Mail Beworbenen (Opt-In). Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten offen, ob sie eine Opt-Out oder Opt-In-Regelung anwenden möchten (Art. 12 Abs. 2).

In **Zukunft** sollen nach dem Willen des Ministerrates EU-weit **strengere Vorschriften** für Zusteller unverlangter Werbe-E-Mails gelten: Die Telekommunikationsminister der EU haben Ende 2001 Ihre gemeinsame Position zu einer **Richtlinie über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation**, welche die Telekommunikations-Datenschutz-Richtlinie 97/66 ersetzen soll, bekannt gegeben.¹¹ Werbe-E-Mails (Spam) und andere Arten von Direktwerbung (Fax, automatische Anrufsysteme) sollen nur mehr bei (vorheriger) Einwilligung der Teilnehmer verschickt werden (**Opt-In**), was einem **Verbot der Zustellung unverlangter Werbe-E-Mails** gleich kommt. Zulässig bleiben jedoch unverlangte Werbe-E-Mail an Personen, mit denen bereits eine Geschäftsbeziehung besteht, beispielsweise an Kunden eines Versandhandels. Der Kunde kann jedoch jederzeit die Einstellung künftiger Sendungen verlangen (Opt-Out).

Fazit

Jede Form der Zustellung unverlangter Werbe-Mails unter Art. 2 UWG generell zu verbieten, wäre nicht sinnvoll. Die Zusendung sollte unter Beachtung folgender lauterkeitsrechtlicher Aspekte zulässig sein:

- Kennzeichnung als Werbung
- Opt-Out aus bestehenden Versandlisten
- Beachtung von Robinson-Listen
- Wahrheitsgetreue und vollständige Angabe des Absenders
- Erfordernis des Sachzusammenhangs

¹¹ Die Vorkehrungen sollen EU-weit gelten. Jedoch hat sich noch das EU-Parlament darüber auszusprechen. Die „Results of Telecom Council, 6 December 2001, Brussels“ finden Sie unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/01/427|0|RAPID&lg=EN
Weitere Informationen in Jurius, EU will Internet-Nutzer gegen „cookies“ schützen, in: Jusletter 10. Dezember 2001

Viele Spammer operieren jedoch aus dem Ausland. Zudem ist das Sexgewerbe überproportional vertreten. Diese wird man mit einer schweizerischen Lösung nicht bremsen können. Es gilt in diesem Zusammenhang auch zu bedenken, ob man ohne Not von der (zukünftigen) europäischen Lösung, die ein eigentliches Verbot des Spammings vorsieht, abweichen soll. In seiner Antwort zur Interpellation Vollmer spricht sich der Bundesrat nicht explizit für eines der beiden Prinzipien (Opt-In oder Opt-Out) aus. Er weist jedoch darauf hin, dass bei der Revision des schweizerischen Fernmeldegesetzes (FMG) die Datenschutzrichtlinie der EU mitentscheidend sein werde.¹²

Das europäische Opt-In-Modell sieht eine Ausnahme vor, wenn bereits eine Geschäftsbeziehung zwischen Werbendem und Beworbenem besteht. Letztendlich fragt sich, wie sehr sich die europäische Lösung vom hier vorgeschlagenen Opt-Out-Modell mit dem Erfordernis des Sachzusammenhangs unterscheidet.

Was kann man gegen unerwünschte Werbe-E-Mails tun?

Durch Bekanntgabe der E-Mail-Adresse auf Homepages, Mailinglisten, im Zusammenhang mit Newsgroups, Chat und Bestellungen kann die eigene E-Mail-Adresse an ein grosses Publikum und somit auch an Adresshändler gelangen. Suchroboter von Werbenden scannen Websites nach E-Mailadressen ab. Deshalb sollten E-Mail-Adressen nicht unüberlegt veröffentlicht werden.

Oftmals sind Internetdienste ohne Angabe einer E-Mail-Adresse nicht nutzbar. Hier empfiehlt sich der Verzicht auf den Dienst oder die Führung mehrerer E-Mail-Konti. Eine kostenlose Web-Mail-Adresse kann immer dort angegeben werden, woher Werbe-Mails zu erwarten sind. Werbung gelangt so in eine „Werbe-Inbox“, bei der auch das Überlaufen wenig Schaden nach sich zieht. Falls man nicht auf die digitale Veröffentlichung der E-Mail-Adresse verzichten kann, ist das Anbringen von Veränderungen an den Adressen (z.B. mathias.kummer @ weblaw.ch) eine Möglichkeit, Suchroboter in die Irre zu führen. Es muss dabei aber beachtet werden, dass auch der Source-Code dementsprechend angepasst wird, also kein anklickbarer Link besteht. Eine weitere, zu favorisierende Möglichkeit ist die Darstellung der E-Mail-Adresse als nicht verlinktes Bild. Die E-Mail-Adresse wird richtig wiedergegeben und trotzdem haben die Roboter auch hier das Nachsehen.

Beim Einsatz von Filtern ist Vorsicht geboten. Wichtige Mails, die nicht als Werbung verschickt werden, sollten nicht im Filter hängen bleiben. Es ist auch

¹² http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/_gesch_20013732.htm

möglich, gezielt Absender-Adressen zu blockieren. Diese werden jedoch oft abgeändert.

Dem Empfänger von unverlangten Werbe-E-Mails stünden auch **juristische** Möglichkeiten offen. Nach dem Schweizerischen Datenschutzgesetz (DSG) hat er die Möglichkeit, dem Versender die Verwendung seiner Daten zu Werbezwecken zu untersagen (Art. 12 DSG). Zudem hat der Empfänger das Recht, beim Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber zu verlangen, ob und welche Daten über ihn bearbeitet werden (Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG). Daneben kann der Empfänger zivilrechtliche Ansprüche gestützt auf das UWG geltend machen, wenn es sich um unlautere Zusendungen unverlangter Werbe-E-Mails handelt. (vgl. dazu Abschnitt Beurteilung nach schweizerischem Recht). Das Ergreifen lauterkeitsrechtlicher Massnahmen ist für den betroffene Internet-Benutzer aber aufwendig und oft mit hohen Kosten verbunden, was eine abschreckende Wirkung zeigt.

Der Eidg. Datenschutzbeauftragte hat unter <http://www.edsb.ch/d/doku/merkblaetter/spam.htm> ein Merkblatt über unerwünschte E-Mail-Werbung veröffentlicht.

Weitere Informationen von Spam-Gegnern:

<http://www.saug.ch/positionen/SIUG-Spam.shtml>

<http://www.politik-digital.de/spam/de/links>

<http://www.imc.org/imc-spam>

<http://www.spam.abuse.net>
