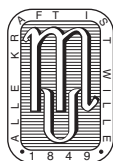


Aktuelle Fragen des Lauterkeitsrechts

Herausgegeben vom

Schutzverband gegen
unlauteren Wettbewerb



Wien 2004

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

E-Mail-Werbung 2004

Gerhard Laga

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Einige Fakten zum Thema E-Mail-Werbung
- III. Das Problem: E-Mail als Versinnbildlichung der Aufmerksamkeitsökonomie
- IV. Die Lösungsansätze: Von Opt-In bis Spamweasel
- V. Das Wettbewerbsrecht: Die goldene, regulatorische Mitte?
- VI. Ausblick

I. Einleitung

Welcher Internetnutzer kennt sie nicht: E-Mails von wildfremden Menschen mit Betreffzeilen wie „Earn lots of money“, „You promised to call me“ oder „Enlarge your . . .“, wobei in letzterer E-Mail die Vergrößerung beliebiger Körperteile gemeint ist.

Es handelt sich dabei um so genannte „Spam-Mails“, oft millionenfach abgeschendete E-Mails an vermutete oder reale E-Mail-Adressen, die dadurch wirtschaftlich interessant werden, dass der Versand von E-Mails abgesehen vom meist ohnedies vorhandenen Internetzugang kostenlos ist.

Das Thema beschäftigt nicht nur viele einzelne Internetbenutzer, sondern auch dutzende nationale Gesetzgeber und internationale Organisationen wie die UNO, die EU-Institutionen¹⁾ und die OECD.²⁾ Eine effektive Verbesserung für die Betroffenen haben die regulatorischen Maßnahmen aber (noch) nicht gebracht.

Dieser Beitrag beleuchtet das zum weltweiten Problem gewordene Thema aus der Benutzerperspektive, um sowohl die regulatorischen Initia-

1) Abgesehen von den bereits geltenden Richtlinien vor allem in letzter Zeit durch die Mitteilung der Kommission über unerbetene Werbenachrichten (Spam), Brüssel, 22. 1. 2004, KOM(2004) 28 endgültig; Die Europäische Kommission schlägt eine Erweiterung der EU-Maßnahmen zur Bekämpfung von Kinderpornografie, Rassismus und Spam im Internet vor, IP/04/333, Brüssel, 12. März 2004, im Internet unter http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/04/333101RAPID&lg=DE&type=PDF

2) OECD Calls on Governments to step up their Fight Against Spam; weitere Informationen über Spam und den OECD Workshop über Spam befinden sich im Internet unter www.oecd.org/sti/spam

tiven als auch die Praxis aufzuzeigen und eine für jeden Einzelnen mögliche praktische Lösung vorzuschlagen.

II. Einige Fakten zum Thema E-Mail-Werbung

Diskussionen zum Thema Spamming werden oft aus verschiedenen Blickwinkeln gesehen. Während über 90 % der E-Mail-Benutzer unbestellte kommerzielle E-Mail³⁾ eines unbekanntes Absenders als Spam bezeichnen, sehen mehr als 70 % auch persönliche oder berufliche Nachrichten jedes unbekanntes Absenders als Spam an.⁴⁾

Das Ausmaß der Belästigung ist in den letzten Jahren massiv gestiegen. 2001 wurde das Spam-Aufkommen auf „lediglich“ 7 % des gesamten E-Mail-Verkehrs geschätzt, 2002 dann auf 29 % und die Prognosen für 2003 lauten nun auf 51 %.⁵⁾ Dieser Wert war laut dem Internet-Sicherheitsunternehmen Messagelabs⁶⁾ im Februar 2004 bereits erreicht, als jeder zweite Inhalt von E-Mail als Spam gesehen wurde. Von Juni 2003 bis März 2004 vermehrte sich das Aufkommen von Spam um rund 600%.⁷⁾ Die FAZ berichtet, dass 65 % aller E-Mails unerwünschte Werbung enthielten.⁸⁾

Ein Grund, wie diese rapide Vermehrung an Spam-Mails in letzter Zeit zu Stande kommt, konnte erst unlängst von einer Fachzeitschrift⁹⁾ aufgedeckt werden: Autoren und absichtliche Verbreiter von Computerviren arbeiten seit Mitte 2003 mit Versendern von Spam zusammen. Die Computerviren werden dazu so programmiert, dass dem Benutzer die Virenverseuchung des PCs nicht auffällt: Der Virus enthält keine offensichtliche Schadfunktion und zerstört keine Dokumente. Er nistet sich aber in das Betriebssystem ein, kann dieses fernsteuern und reagiert auf Befehle des Virenautors. So können unbemerkt vom Benutzer andere (Viren-)Programme aus dem Internet geladen und benutzt werden. Einer der Virenautoren konnte über das Internet aufgespürt werden und bot einem Redakteur der Zeitschrift die Benutzung dieses Virennetzwerkes, das aus mehr 10.000 infizierten PCs bestand, zum Preis von US\$ 28.000 pro Monat zum Versenden von Spam an. Die Leistung von 10.000 ferngesteuerten PCs, die alle über Anschluss zum Internet verfügen, ist nur schwer vorstellbar: Insgesamt steht eine Bandbreite von 1,5 GigaBit pro Sekunde zur Verfügung, eine Netz-

3) In englischer Sprache auch „Unsolicited commercial email“ (UCE) bezeichnet.

4) *Deborah Fallows*, Spam, How it is hurting Email and degrading life on the Internet, Oktober 2003, 10, im Internet unter www.pewinternet.org/reports/pdfs/PIP_Spam_Report.pdf

5) Mitteilung der Kommission über unerbetene Werbenachrichten (Spam), Brüssel, 22. 1. 2004, KOM(2004) 28 endgültig, 5.

6) Im Internet unter www.message-labs.com

7) Gemäß laufend aktualisierter Statistik von Messagelabs, im Internet unter www-message-labs.com/viruseye/threats/default.asp?tabIt=spam&spamduration=Last+12+months&spamgraphtype=bar&spamdata=volume

8) Frankfurter Allgemeine Zeitung, 20. 3. 2004, Nr 68/ Seite 17.

9) Ferngesteuerte Spam-Armeen, c't 5/04, 18, im Internet unter www.heise.de/kiosk/archiv/ct/2004/5/18

werkkapazität, der nur ganz wenige Internetserver oder Router standhalten können, wenn alle Rechner gleichzeitig Informationen von einer bestimmten Adresse abfragen oder an diese senden.

Eine Sachverhaltsdarstellung wurde den Behörden in Großbritannien, wo einer der Virenschreiber beheimatet ist, übergeben. Diesbezügliche Verhaftungen wurden bereits vorgenommen.¹⁰⁾ Ermöglicht werden solche Spam-Attacken durch die Verbreitung von ungesicherten PCs mit Breitband-Internetanschluss, die unbemerkt von Fremden ferngesteuert werden.

III. Das Problem: E-Mail als Versinnbildlichung der Aufmerksamkeitsökonomie

Vor allem Unternehmen befinden sich angesichts dieser Tatsachen vor einem sich rapide verschärfenden Dilemma: Einerseits sind sie Opfer dieser Spam-Attacken, da die Effizienz und Produktivität der Arbeitnehmer durch das Aussortieren von Spam beeinträchtigt werden und ihnen indirekte Kosten entstehen, da durch herkömmliche Filtermethoden auch manche legitime geschäftliche Nachrichten nicht zugestellt werden.¹¹⁾ Andererseits wollen Unternehmen auch das Medium E-Mail nutzen, um bestimmte Geschäftskontakte zu betreuen oder andere gezielt im Einzelfall anzubahnen.

Das Phänomen Internet bewirkt eine allmähliche Loslösung von örtlichen und territorialen Bezügen. Konnte man vor Jahrzehnten den Trend von lokalen Geschäften hin zu Einkaufszentren beobachten, entwickelt sich mittlerweile ein Trend hin zur weltweiten Bestellung vom Schreibtisch aus. Anders als bei den Einkaufszentren, bei denen meist einige umsatzstarke Händler auch Umsatzbringer für die kleinen Anbieter im Einkaufszentrum darstellen, ist beim E-Commerce jeder Webshop-Betreiber auf sich selbst und sein eigenes Marketing angewiesen.

Das World Wide Web, in dem alle Webshops ihre Heimat finden, ist ein grundsätzlich passives Medium – auch wenn es bei Benutzung interaktiv erscheint. Es fordert Aktionen der hunderten Millionen Benutzer¹²⁾ eine Internet-Adresse einzugeben, auf einen Hyperlink zu klicken oder mittels Suchmaschine nach bestimmten Schlagworten zu suchen, um überhaupt einen bestimmten Webshop aufzusuchen. Da immer mehr Internetuser auch über das Internet einkaufen – die Zahl der deutschen Bundesbürger, die schon einmal online eingekauft haben, ist im vergangenen Jahr um 15% auf

10) Ferngesteuerte Spam-Armeen, c't 5/04, 22.

11) Mitteilung der Kommission über unerbetene Werbenachrichten (Spam), Brüssel, 22. 1. 2004, KOM(2004) 28 endgültig, 11.

12) Sämtliche Statistiken über die Anzahl der weltweiten Internetnutzer sind eher mit Vorsicht zu behandeln, da es keine zentrale „Meldestelle“ im Internet gibt. Die Zahlen von 2002 bewegen sich zwischen 580 Millionen (Nielsen/NetRatings) bis 655 Millionen (ITU). Geschätzte Nutzerzahlen für 2004 liegen zwischen 709,1 Millionen (eMarketer) und 945 Millionen (Computer Industry Almanac).

23 Millionen Personen gestiegen¹³) – wird dieser Markt für immer mehr Unternehmer interessant.

Das Medium E-Mail hingegen ist insofern aktiv, als die Initiative vom Versender und nicht dem Empfänger von E-Mail ausgeht. Deshalb ist es für Marketing- und Kundenbindungsmaßnahmen optimal geeignet, sofern das Medium E-Mail noch als seriöses anerkannt wird. Genau diese Seriosität des Mediums steht zurzeit an der Kippe, da immer mehr E-Mail-Benutzer – genervt durch die Belästigung mittels Spam mit oft pornografischem Inhalt – E-Mail nicht mehr verwenden bzw falsche Angaben machen. Der Eindruck, dass E-Commerce von Gaunern beherrscht wird, kann weit reichende Folgen für den Ruf redlicher Geschäftsleute im E-Commerce haben. Es gilt zu bedenken, dass unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung auch dem Ansehen des Unternehmens selbst schadet. Spamming ist derzeit vermutlich die beste Möglichkeit, seriöse Ziele nicht zu erreichen. Neuere Zahlen aus den USA bestätigen, dass das Vertrauen in elektronische Post angesichts der zahlreichen Spams bereits gesunken ist.¹⁴)

Das wirklich „neue“ Element an E-Mail-Werbung ist die Globalität des Mediums Internet. Währenddessen sich der Konsument mit lokaler oder nationaler Werbung in konventionellen Medien wie Postwurfsendungen, Zeitungen, Zeitschriften, Rundfunk, Plakatwänden etc bereits arrangiert und gelernt hat, damit umzugehen wird massenhafte E-Mail-Werbung als besonders belästigend empfunden. Dies ist angesichts der Vielzahl an Spam-Mails auch verständlich. Für jeden Versender von (Massen-)E-Mails ist der Posteingang jedes Internetbenutzers nur einen Klick entfernt, ganz gleichgültig ob sich dieser im Nachbarhaus oder auf einem anderen Kontinent befindet. Durch dieses „Zusammenrücken“ der Internetbenutzer wird der Empfänger mit Werbebotschaften konfrontiert, die ihn mittels herkömmlichen Medien niemals erreichen würden. Dies bezieht sich sowohl auf die Sprache (viele E-Mail-Werbungen werden in englischer Sprache abgefasst), auf die beworbenen Inhalte als auch auf die enorme Anzahl von Werbe-E-Mails, die täglich versendet werden. Wie bei der strafrechtlichen Debatte um Kinderpornografie im Internet zeigt sich auch hier: Das Internet schafft keine neuen Probleme, aber bereits bestehende rechtliche und soziale Phänomene werden in ihrer Auswirkung durch das Internet verstärkt und so wird auch jeder einzelne Internetbenutzer damit konfrontiert.

Dies soll freilich keine Entschuldigung oder Legitimation zum Spammen sein: Das massenhafte Versenden von Werbe-E-Mails an Empfänger,

13) Studie von TNS Infratest in München und Enigma GfK in Wiesbaden. Befragt wurden 1035 deutsche Internetnutzer im Alter von 14 bis 69 Jahren. Der Anteil der „eShopper“ an der Gruppe der Internetnutzer liegt damit bei 71%. Zu den wachstumsstärksten Bereichen beim Interneteinkauf gehören zum Beispiel die Unterhaltungselektronik sowie Kameras, siehe www.heise.de/newsticker/meldung/46189

14) Einer Umfrage von Pew Internet zufolge nutzen 25% der Befragten E-Mail weniger, weil sie sehr viel Spam erhalten. Mitteilung der Kommission über unerbetene Werbepost (Spam), Brüssel, 22. 1. 2004, KOM(2004) 28 endgültig 7.

die keinerlei Bezug zum Versender haben, ist ein Missbrauch und negative Auswirkung dieser Aufmerksamkeitsökonomie.

IV. Die Lösungsansätze: Von Opt-In bis Spamweasel

Der österreichische Gesetzgeber wurde bereits 1997 tätig und verbot durch eine Novelle des Telekommunikationsgesetzes¹⁵⁾ das „Versenden von E-Mail zu Werbezwecken oder als Massensendung“ ohne vorherige Zustimmung des Empfängers. Obwohl E-Mail-Werbung bzw Massen-E-Mails vor 7 Jahren noch nicht die praktische Auswirkung hatte wie heute, kamen bereits damals rechtspolitische Diskussionen über die Angemessenheit dieser rigiden allgemeinen Regelung auf.¹⁶⁾

A. Gesetzliche Regelungen

Auf EU-Ebene wurde es damals durch die ISDN-Datenschutzrichtlinie¹⁷⁾ bzw die Fernabsatz-Richtlinie¹⁸⁾ den Mitgliedstaaten freigestellt, den Versand von Werbe-E-Mails von der vorherigen Zustimmung des Empfängers abhängig zu machen (so genanntes Opt-In-Verfahren) oder nicht (erst nach Abbestellen der E-Mail darf nicht mehr an diesen Empfänger gesendet werden; so genanntes Opt-Out-Verfahren).

Erst die E-Commerce-Richtlinie¹⁹⁾ führte im Jahr 2000 auf europäischer Ebene zu einer Weiterentwicklung: Art 7 Abs 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine elektronische Opt-Out-Liste zu führen, in die sich natürlich Personen eintragen können, um keine E-Mail-Werbung zu erhalten. Obwohl die europäische Vorgabe auch im österreichischen E-Commerce-Gesetz²⁰⁾ umgesetzt wurde, kam ihr anfangs nur geringe praktische Bedeutung zu, war doch ohnedies jede E-Mail-Werbung ohne vorherige Zustimmung verboten. Es war vielmehr so, dass nur ausländische Unternehmen und Unternehmen der Finanzbranche Zugang zu dieser von der RTR-GmbH geführten Liste, die auch „elektronische Robinsolisten“²¹⁾ genannt wurde, hatten.

15) BGBl I 1999/188.

16) *Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243–249. *VIBE*, Offener Brief an Dr. Laga, im Internet unter www.vibe.at/aktionen/200004/lagabrief1.html

17) Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl EG Nr L 24 vom 30. 1. 1998 S 0001–0008.

18) Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz („Fernabsatzrichtlinie“), ABl EG Nr L 144 vom 4. 6. 1997 S 0019–0027.

19) Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl EG Nr L 178 vom 17. 7. 2000 S 0001–0016.

20) BGBl I 2001/152.

21) Nähere Informationen zur Opt-Out-Liste finden sich auf der Homepage der RTR GmbH unter www.rtr.at/ecg

Durch die Novelle des TKG 2003 wurde die Rechtslage erneut verändert. Auf europäischer Ebene wurde in der Zwischenzeit das Richtlinienpaket zur Telekommunikation den Erfordernissen des Internets angepasst. Hier von Bedeutung ist die Änderung der ISDN-Datenschutzrichtlinie²²⁾ zur Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG²³⁾ und im Speziellen deren Art 13, der folgenden Wortlaut hat:

„(1) Die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden.

(2) Ungeachtet des Absatzes 1 kann eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der Richtlinie 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat.

(3) Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um – gebührenfrei für die Teilnehmer – sicherzustellen, dass außer in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Fällen unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln.

(4) Auf jeden Fall verboten ist die Praxis des Versendens elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

(5) Die Absätze 1 und 3 gelten für Teilnehmer, die natürliche Personen sind. Die Mitgliedstaaten tragen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften außerdem dafür Sorge, dass die berechtigten Interessen anderer Teilnehmer als natürlicher Personen in Bezug auf unerbetene Nachrichten ausreichend geschützt werden.“

22) Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABl EG Nr L 24 vom 30. 1. 1998 S 0001–0008.

23) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl EG Nr L 201 vom 31. 7. 2002 S 0037–0047.

Durch Art 13 wird auf EU-Ebene ein Opt-In-Regime festgelegt. Werbung via E-Mail ist grundsätzlich nur unter Angabe der Identität des Absenders und nach vorheriger Zustimmung des Empfängers erlaubt. Die Zustimmung kann gemäß Abs 2 angenommen werden, wenn ein vorheriger Kunde dem potenziellen Versender seine E-Mail-Adresse gegeben hat. Allerdings muss unter allen Umständen ein kostenfreies Ablehnen von weiteren Zusendungen möglich sein.

Auch in den USA wurde – nach anfänglicher Tätigkeit bloß auf Ebene der einzelnen Bundesstaaten – im Jahre 2003 der CAN-SPAM-Act²⁴⁾ beschlossen, der seit 1. Jänner 2004 in Kraft ist. Dieser sieht für unbestellte kommerzielle E-Mails eine Kennzeichnungspflicht, Opt-Out-Mechanismen und die Angabe der physischen Adresse des Absenders vor. Auch die meisten asiatischen Staaten verfolgen laut einem OECD-Papier²⁵⁾ den Opt-Out-Ansatz.

Ob die unterschiedlichen Regulierungsansätze²⁶⁾ auch praktische Auswirkungen haben, darf bezweifelt werden. Die meisten Versender von Spam-Mails halten sich nämlich weder an Opt-In noch an Opt-Out-Vorschriften. Opt-Out-Listen dienen für diese unseriöse Gruppe bloß als weitere Quelle von aktiven E-Mail-Adressen, die sofort in sämtliche Verteiler aufgenommen oder als Wirtschaftsgut weiter gehandelt werden.

B. Technische Lösungen

In den letzten Jahren wurden diverse technische Methoden²⁷⁾ entwickelt, um die Belästigung durch massenhaft versandte E-Mails zu verringern. Am bekanntesten sind Filter, die entweder vom eigenen Internetprovider angeboten werden oder im eigenen E-Mailprogramm integriert sind. Diese Filterungen basieren meist auf Positiv- bzw Negativlisten, die sich auf bestimmte Absender oder Schlüsselworte im Betreff der E-Mail beziehen. Wird ein neuer Spam-Versender oder ein neues bzw anders geschriebenes Schlüsselwort identifiziert, wird ein neuer Filter erstellt.

Der Nachteil dieser konventionellen Filtermethode besteht darin, nicht „intelligent“ zu sein, dauernd gewartet werden zu müssen und nur für die Vergangenheit zu gelten. Professionelle Versender von Spam-Mails können aber bereits automatisch mittels Software ihre elektronische Identität ändern. Auf der anderen Seite gibt es mittlerweile auch Softwareprodukte, die aus dem Internet aktualisierte Filter herunterladen können wie das in der Überschrift angesprochene Spamweasel.²⁸⁾ Andere Produkte wickeln das

24) „Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003“, HR 877, im Internet unter www.spamlaws.com/federal/108s877enrolled.pdf

25) Background paper for the OECD workshop on spam, DSTI/ICCP(2003)10/FINAL, 22. Jänner 2004, 37 ff, im Internet unter [www.olis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp\(2003\)10-final](http://www.olis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp(2003)10-final)

26) In Europa Opt-In, in den USA Opt-Out.

27) Eine beispielhafte Anführung und Erklärung diverser Verfahren zur Spam-Vermeidung findet sich im Internet unter www.paulgraham.com/stopspam.html

28) Weitere Informationen zu Spamweasel von der Firma Mailgate im Internet unter www.mailgate.com/products/spamweas/sw_intro.asp

Erstellen der Filterregeln automatisiert ab und nutzen dabei auch die Möglichkeiten von Peer2Peer-Netzwerken. So filtern 800.000 Benutzer der Anti-Spam-Software SpamNet²⁹⁾ gemeinsam Massen-E-Mails aus ihren Posteingängen heraus: Sobald eine bestimmte Anzahl von Benutzern eingehende E-Mails als „Spam“ markiert, wird diese E-Mail auch bei allen anderen Benutzern von Spamnet aussortiert. Die Wirksamkeit dieser Filter ist aber auch auf 90 % beschränkt.³⁰⁾

Generell wird davon ausgegangen, dass mit konventionellen Filtermethoden „nur“ bis zu 92 % der Massenmails automatisch ausgefiltert werden können. Besonders ärgerlich sind so genannte „False Positives“, gewollte E-Mails, die fälschlicherweise als Massen-E-Mails ausgefiltert werden: Bei normalen Filtern kann dies mit mehr als 1 % der gewollten E-Mails geschehen.

Seit Anfang des Jahres 2004 bieten mehrere E-Mailprogramme Filter an, die eine mathematische Methode namens „Statistische Filter³¹⁾“ verwenden. Diese Methode wird auch nach deren Entwickler, dem im 18. Jahrhundert lebenden Britischen Wissenschaftler *Thomas Bayes*³²⁾ benannt. Die Wirksamkeit dieser neu wieder entdeckten Filtermethode ist enorm. Die Treffgenauigkeit kann mit dieser Filtermethode auf 99,5 % erhöht werden. „False Positives“, also die fälschliche Erkennung von gewollter E-Mail als Spam betragen weniger als 0,03 % (bei 4000 gefilterten E-Mails wurde keine einzige fälschlich aussortiert).³³⁾

Das wirklich Entscheidende an dieser Methode ist die Anpassung der Software an die Nutzungsgewohnheiten des Anwenders, die pro futuro wirkt. Setzt der Benutzer dieses Filtersystem ein, so werden anfangs die auffälligsten Spam-E-Mails in einen eigenen Unterordner verschoben. Ungefähr ein Viertel der Spam-Mails verbleibt bei der ersten Filterung noch im Posteingang. Nachdem der Benutzer einige Male seinen Posteingang kontrolliert und die erhaltenen Spam-Mails als solche bezeichnet hat, sinkt die Fehlerrate der Filter massiv. Erfolgsquoten über 99 % können erreicht werden. Da der Benutzer mit der Bezeichnung der ungewollten E-Mails als Spam dem Programm seine eigenen Präferenzen zu erkennen gibt und so den Inhalt der E-Mails bewertet, bilden sich Inhaltsmuster, die Spam immer engmaschiger und zuverlässiger erkennen. Man sollte allerdings anfangs regelmäßig die gefilterte Mail kontrollieren, damit die Filter nicht zu „scharf“ eingestellt werden und in weiterer Folge „False Positives“ bewirken. Die kostenlos erhältliche Open-Source Browsersuite „Mozilla“

29) Ein Beispiel ist die Software „SpamNet“ der Firma Cloudmark, im Internet unter www.cloudmark.com/products/spamnet/

30) Nach Selbstauskunft der Firma Cloudmark, im Internet unter www.cloudmark.com/support/spamnet/faq/list.php?id=4#id43

31) Eine genaue Erklärung der Funktionsweise dieser Filtermethode findet sich unter www.paulgraham.com/spam.html

32) Nähere Informationen über *T. Bayes* unter www.bayesian.org/bayesian/bayes.html

33) Dies erklärt der Softwareentwickler *Paul Graham* auf seiner Webseite www.paulgraham.com/better.html in Fußnote 4.

bzw das separat erhältliche E-Mail-Programm „Thunderbird“³⁴⁾ verwenden beispielsweise die Bayesschen Filter. Will man sein gewohntes E-Mail-Programm weiterhin verwenden, so können Bayessche Filter auch in dieses integriert³⁵⁾ werden.

Ein Nachteil dieser Filtermethode sei hier nicht verschwiegen: Die hohe Trefferquote ist nur möglich, wenn jeder Einzelne seinen E-Mail-Filter für einige Zeit selbst mittels Mausklick „trainiert“. Eine zentrale Filterung für alle E-Mail-Nutzer ist bis jetzt nicht möglich. Allerdings könnte man daran denken, bestimmte Filterprofile zur Verfügung zu stellen, die bereits für verschiedene Berufsgruppen optimiert wurden.

C. Bisherige Ergebnisse: Regelung in sechs nationalen Spezialgesetzen und täglich mehr Spam

Neben der Definition von elektronischer Post in § 92 Abs 3 Z 10 TKG und der bereits beschriebenen Regelung in § 107 TKG finden sich auch im E-Commerce Gesetz³⁶⁾ in § 7, im Wertpapieraufsichtsgesetz³⁷⁾ in § 12 Abs 3, im Versicherungsaufsichtsgesetz³⁸⁾ in § 75 Abs 4, im Apothekerkammergesetz³⁹⁾ in § 2 Abs 4 und im Wirtschaftskammergesetz⁴⁰⁾ in § 72 Abs 4 gesetzliche Regelungen zu diesem Thema.

Das Ergebnis: An die E-Mailadresse des Autors dieses Beitrages wurden im Frühjahr 2004 ungefähr 85 % E-Mail-Werbung verschickt. Die meisten dieser E-Mails wurden unter dem Namen von Personen verschickt, die entweder gar nicht existent sind oder deren Computer von Dritten missbraucht wurden und vom unbeabsichtigten Versenden von E-Mails gar nichts wissen.

Die rechtlichen und vor allem gesetzlichen Versuche der Lösung dieses Problems sind wichtig und nötig, um die gesellschaftliche Missbilligung des Missbrauchs von E-Mail festzustellen und etwaige Gewinne aus der massenhaften Versendung von E-Mail-Werbung abzuschöpfen. Sie können aber die Belästigung des einzelnen E-Mail-Nutzers nicht verhindern.

Von den oben erwähnten rund 100 Spam-Mails pro Tag an die E-Mail-Adresse des Autors verbleiben nur rund 1 bis 2 im Posteingang. Der Rest wird mittels Bayescher Filter automatisch in einen Unterordner für Spam-E-Mails verschoben, der regelmäßig vom System gelöscht wird.

34) Beide erhältlich unter www.mozilla.org

35) Beispielsweise mit dem Programm „Spamweed“, im Internet unter www.spamweed.com

36) Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden, BGBl I 2001/152.

37) Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen, BGBl I 1996/753 idF BGBl I 2002/34.

38) Bundesgesetz über den Betrieb und die Beaufsichtigung der Vertragsversicherung, BGBl 1978/569 idF BGBl I 2002/46.

39) Bundesgesetz über die Österreichische Apothekerkammer, BGBl I 2001/111.

40) Bundesgesetz über die Kammern der gewerblichen Wirtschaft, BGBl I 1998/103 idF BGBl 2001/153.

V. Das Wettbewerbsrecht: Die goldene, regulatorische Mitte?

Das österreichische UWG bietet durch die Generalklausel des § 1 enorme Flexibilität für die Rechtsprechung, die zur systematischen Darstellung der pönalisierten Sachverhalte die Bildung von Fallgruppen etabliert hat. Bezüglich E-Mail-Werbung können die Fallgruppen des Rechtsbruchs und des Kundenfangs zur Anwendung kommen.

Der Rechtsbruch ist meist durch die Erfüllung des Sachverhaltes nach § 107 TKG indiziert. Im Anschluss ist zu prüfen, ob die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen auch subjektiv vorwerfbar ist. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung⁴¹⁾ dann der Fall, wenn dieser Gesetzesverstoß subjektiv vorwerfbar ist, er also von der Absicht getragen wurde, gegenüber einem gesetzestreuen Mitbewerber einen Vorsprung im Wettbewerb zu erlangen und dieser Normverstoß zumindest objektiv geeignet ist, die Wettbewerbssituation zu Gunsten des Zuwiderhandelnden zu beeinflussen.⁴²⁾

Im Rahmen der Fallgruppe des Kundenfangs ist entscheidend, ob die freie Willensentschließung des Kunden hinsichtlich seiner Kaufentscheidung beeinflusst bzw ausgeschlossen wird und das Kaufverhalten somit nicht mehr durch eigene qualitative und finanzielle Gesichtspunkte, sondern durch sachfremde Momente bestimmt wird. *Wagner*⁴³⁾ schlägt vor, die in Deutschland und Österreich bereits bestehende Judikatur zur unerwünschten Telefon-, Telefax- und BTX-Werbung analog anzuwenden. Diese Entscheidungen bauen grundsätzlich auf der Keimtheorie auf, also dem weiteren Umsichgreifen dieser Werbemethoden, der Nachahmungsgefahr. In diesem Zusammenhang wird auch die Intensität der Beeinträchtigung und Belästigung der Rezipienten berücksichtigt, die wesentlich davon abhängt, ob es sich bei dem Empfänger um eine Privatperson oder einen Unternehmer handelt. Die Eingriffsintensität jeder einzelnen Werbe-E-Mail ist im Vergleich mit Telefon-, Telefax- und BTX-Werbung aber von weit geringerem Ausmaß, überdies wird das Empfangsgerät nicht für andere eingehende Nachrichten blockiert.⁴⁴⁾

Im Falle der Qualifikation einer E-Mail-Werbung als sittenwidrig iSd § 1 UWG hat der Rezipient einen Anspruch auf Schadenersatz bzw Unterlassung. Schadenersatz wird kaum geltend zu machen sein, da die Kosten des Abrufs und der Bearbeitung (= Löschung) eines einzelnen E-Mails fast schon unter der Wahrnehmungsgrenze liegen. Nur in der Gesamtheit aller Werbe-E-Mails ergeben sich volkswirtschaftlich gesehen enorme Schadenssummen.

Obwohl die Flexibilität des Wettbewerbsrechts sicherlich nötig und begrüßenswert ist, kann sie auch zu Lasten derer, die sich nicht mit rasch entwickelnden Rechtsmaterien wie der des E-Business beschäftigen, ausgenutzt werden. Österreichische Unternehmer sind immer mehr von kosten-

41) OGH 28. 10. 1997 ÖBl 1998, 186; OGH 17. 2. 1987 ÖBl 1987, 160 = wbl 1987, 163.

42) *Wagner*, Unerwünschte E-Mail-Werbung (2003) 86.

43) *Wagner*, Unerwünschte E-Mail-Werbung 88.

44) *Wagner*, Unerwünschte E-Mail-Werbung 115.

pflichtigen Abmahnungen durch Rechtsanwälte betroffen, die sie mit dem Vorwurf der unerlaubten Zusendung von Werbe-E-Mails konfrontieren. Diese berufen sich meist auf die Verletzung der Generalklausel des § 1 UWG in Zusammenhang mit § 107 TKG oder der Informationspflichten des § 5 ECG. Als Beispiele seien hier die Versendung von 400 gleich lautenden Abmahnschreiben bezüglich Nichteinhaltung des § 5 ECG bzw. jüngst folgenden Falles: Auf einer Website, die der Vermittlung von Wohnungen gewidmet ist, wird man aufgefordert, Fragen aller Art, Anregungen aber auch Beschwerden oder Verbesserungsvorschläge mittels E-Mail an info@domainname.at zu richten. Tut man dies, bekommt man einerseits keine baldige Antwort via E-Mail, dafür Wochen später eine Abmahnung desselben Anwaltes, der bereits im Herbst 2003 oben erwähnte Abmahnwelle bezüglich Nichteinhaltung des § 5 ECG betrieb. Die Abmahnung weist darauf hin, dass die gegenständliche E-Mail-Adresse in der Opt-Out-Liste der RTR verzeichnet ist und deshalb jede kommerzielle E-Mail an diese Adresse verboten ist.

Bei national beschränkten Fällen bietet das Wettbewerbsrecht eine notwendige Lösungsmöglichkeit im Einzelfall. Für den Empfänger von E-Mail-Werbung wird es aber meist zu mühsam sein, einzelne Versender von Massenmails ausfindig zu machen und eine Unterlassungserklärung zu senden bzw. eine Klage einzubringen. Finanziell können nur Rechtsanwälte durch die überschießende Anwendung der Möglichkeiten, die ein flexibles Regulativ bietet, profitieren. Als echtes regulatorisches Instrument, das den Rechtsunterworfenen Leitlinien für die Anwendung und den Umgang mit neuen technischen Möglichkeiten bieten soll, ist das Wettbewerbsrecht zu unbestimmt.

Überdies ist eine Harmonisierung bis jetzt nicht einmal im europäischen Binnenmarkt gelungen. Auf globale Probleme bietet deshalb auch diese flexible Rechtsmaterie keine Antwort.

VI. Ausblick

Der EuGH⁴⁵⁾ nimmt als Maßstab für den „Durchschnittsverbraucher“ an, dass ein solcher Verbraucher durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig ist. Es stellt sich die Frage, ob der mündige Konsument durch den Gesetzgeber vor allem „Schlechten“ geschützt werden muss oder ob ihm nicht vielmehr durch Information auf allen politischen Ebenen Mittel zu Hand gegeben werden sollten, selbst etwas gegen Belästigungen wie massenhafte E-Mail-Werbung zu unternehmen?

Selbst wenn man nicht dem Leitbild des „mündigen Konsumenten“ näher treten will, wird das Problem nicht auf rechtlicher Ebene in den Griff zu bekommen sein. Es ist nämlich aus praktischen Gründen einerseits unmöglich, jeden einzelnen Internetanschluss im Vorhinein zu überwachen,⁴⁶⁾ an-

45) EuGH 2. 2. 1994, Rs C-315/92, Clinique, Slg 1994 I-317.

46) Nur eine tatsächliche Überwachung kann eine Belästigung durch – dann auch rechtswidrige – E-Mail-Werbung seitens des Benutzers ausschließen.

dererseits ist es auch politisch so gut wie unmöglich, weltweit harmonisierte gesetzliche Regelungen für den Versand von E-Mail-Werbung in Geltung zu setzen, geschweige denn, diese Regelungen weltweit effektiv durchzusetzen.

Wie oben aufgezeigt, bedienen sich bereits kriminelle Organisationen auch via Spam des Internets, um ihre illegalen Geschäfte zu machen. Freilich hätte es zur Kriminalisierung von Computersabotage durch Viren keines gesetzlichen Verbots von E-Mail-Werbung bedurft. Dieses Verhalten ist bereits durch § 148a StGB als betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch in Österreich mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder bei gewerbsmäßiger Handlung bis zu 10 Jahren strafbar.

Jedem Betroffenen ist zu raten, sich mit den mittlerweile recht einfach zu bedienenden Filtermöglichkeiten der E-Mail auseinander zu setzen. Zusätzlich sollte der Einsatz eines aktuellen Virencanners und einer Firewall,⁴⁷⁾ vor allem bei Breitbandnutzern, eine Selbstverständlichkeit sein.

Den Absendern von E-Mail-Werbung ist andererseits zu empfehlen, nur an wirklich interessierte Empfänger heranzutreten, die ihr Interesse am Besten durch explizite Zustimmung bekundet haben. Ein Klick auf den E-Mail-Filter ist schnell gesetzt und ab dann wird keine einzige E-Mail des Absenders mehr angezeigt. Diese endgültige Lösung sollte auch aus praktischer Sichtweise dazu führen, dass nur mehr wirklich vom Empfänger gewollte Inhalte via E-Mail verschickt werden.

47) Eine Firewall ist eine Software, die es dem Nutzer ermöglicht, jedes ein- oder ausgehende Datenpaket zu überwachen. Auch diese beruht auf Regeln, die der Nutzer bei der erstmaligen Verwendung von Internetsoftware einrichtet. So wird man ein E-Mail-Programm oder den Internetbrowser Zugang zum Internet gewähren. Wenn aber bisher unbekannte Programme bei der Firewall um Zugang zum Internet anfragen, sollte der Benutzer vorsichtig sein und vorerst herausfinden, welche Daten dieses Programm mit dem Internet austauschen will.