

## **Der rechtskonforme Umgang mit Spam**

Zeitschrift Lanline August 2005

von Ulrich Emmert, esb Rechtsanwälte

<http://www.lanline.de/fachartikel/der-rechtskonforme-umgang-mit-spam.html>

Fast jeder E-Mailnutzer hat inzwischen erstklassige Kontakte für Viagra-Bestellungen, gekaufte Dokortitel oder Geschäfte in Nigeria. Ausweislich der Spam-Statistik unserer Kanzlei sind zur Zeit über 90% der unter [kanzlei.de](http://kanzlei.de) empfangenen Mails durch den Spamfilter ausgefiltert worden.

Die europäische Union hat mehrere Anläufe gebraucht, um Spam juristisch zu verbieten. In der ECommerce-Richtlinie, deren erster Entwurf schon ein Spamverbot beinhaltete, ist in der Endfassung nur noch von Regeln für den Versand von kommerziellen Emails die Rede. Es blieb jedem Mitgliedsstaat noch selbst überlassen, Spam zu erlauben oder zu verbieten. Auch bei der Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie hat die europäische Werbelobby nichts unversucht gelassen, um ein europaweites Spamverbot zu verhindern. Trotz der Streichung aus mehreren Entwürfen ist die Werbelobby letztlich am Ministerrat gescheitert, der die Richtlinie mit Spamverbot verabschiedete und am 31.10.2002 mit Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten innerhalb eines Jahres verabschiedete. Seit 8.7.2004 gilt auch in Deutschland durch das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Verbot unerwünschter Werbung per Mail, aber auch per Fax oder Telefon.

In Deutschland sind Werbemails nur an eigene Kunden erlaubt mit ähnlichen Waren oder Dienstleistungen. Verschleierte oder gefälschte Absendeadressen sind ebenso wenig erlaubt wie Mails ohne Möglichkeit, sich auf normalen Kommunikationswegen ohne teure Sonderrufnummern wieder abzumelden. Man kann auch datenschutzrechtlich der Nutzung der Mailadresse für Werbezwecke widersprechen, was ebenfalls ein Nutzungsverbot bewirkt.

Leider bringen deutsche und europäische Gesetze gegen Spammer wenig, da diese meist aus dem Ausland kommen und zudem mit technischen Mitteln ihre Herkunft verschleiern. Über 70% der Spammails werden in USA oder Südkorea losgeschickt.

Außerdem sind rein wirtschaftliche Sanktionen wie Bussgelder und wettbewerbsrechtliche Abmahnungen auch so lange relativ wirkungslos, wie trotz dieser rechtlichen Risiken auch unter Inkaufnahme dieser Sanktionen noch Geld verdient ist. Neuere Untersuchungen besagen, dass in Europa bis zu 10 % und in den USA bis zu 30% der E-Mailnutzer schon einmal etwas bei einem Spammailversender bestellt haben.

Die einzig sinnvollen rechtlichen Maßnahmen zur Eindämmung von Spam ist daher die Verhängung von strafrechtlichen Sanktionen bis hin zu Freiheitsstrafe für Massenspamversender. Solche rechtlichen Maßnahmen werden in Deutschland zwar schon diskutiert, sind aber wegen des Widerstandes vieler Telemarketingfirmen kaum kurzfristig zu erwarten.

Juristische Probleme gibt es aber nicht nur für den Absender von Spammails, auch der Empfänger sollte sich vor rechtlichen Fallstricken hüten.

Selbst wenn die Firma den privaten Gebrauch des Internets verbietet, kann dem Mitarbeiter aus logischen Gründen nicht untersagt werden, private Mails zu empfangen, da er sich dagegen schlecht wehren kann. Da die Mails, auch die Spammails, in der Regel an den

Mitarbeiter persönlich und nicht an die Firma selbst adressiert sind, gelten dort die Regeln des Datenschutz- und Telekommunikationsgesetzes für private Mails.

Bei virenbehafteten Mails ist es juristisch kein Problem, diese aus Sicherheitsgründen auszufiltern, da § 109 TKG alle Maßnahmen erlaubt, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig sind.

Bei anderen Mails muss aber das Fernmeldegeheimnis beachtet werden, denn der Arbeitgeber kann nicht eigenmächtig entscheiden, welche privaten Mails der Arbeitnehmer empfangen darf und welche nicht. Er hat ja auch keine Ahnung, ob alle seine Mitarbeiter mit der Größe ihrer Körperteile zufrieden sind oder derartige Mails sehnsüchtig erwarten.

Er ist als Telekommunikationsanbieter nach § 88 TKG verpflichtet, ohne eigene Kenntnisnahme alle Mails an den Empfänger weiterzuleiten. Das bedeutet für die Filterung von Spam, dass jede Spammail an den Mitarbeiter weitergeleitet werden muss und in einem nur ihm zugänglichen Verzeichnis gespeichert werden muss. Sammelaccounts für Spammails, wie sie heute in vielen Unternehmen existieren, sind unzulässig.

Die Rechte der Mitarbeiter aus dem Fernmeldegeheimnis und dem Teledienstedatenschutzgesetz sind jedoch für den Mitarbeiter verzichtbar, d.h. mit Einverständnis der Mitarbeiter dürfen Spammails auch ausgefiltert werden, bevor sie den Empfänger erreichen. Dazu ist jedoch m.E. eine Erklärung des Mitarbeiters selbst, nicht nur eine Betriebsvereinbarung notwendig, da es hier um einen Verzicht auf grundrechtlich geschützte Rechte geht.

Rechtlich schwieriger ist die Frage zu beantworten, wenn es um die Nichtannahme von Mails geht, d.h. wenn die Mail schon vor der Übermittlung anhand der Headerdaten vom Provider oder Arbeitgeber abgelehnt wird. Darunter fallen zum Beispiel Blacklists mit bekannten Spammern oder sogenannte Dynablocklisten, die den Empfang von Mails verhindern, die von Mailrelays mit dynamischen IP-Adressen versendet werden. Der rechtlich sichere Weg ist auch hier, eine Filterung nur mit Zustimmung der Empfänger vorzunehmen und die Mails ansonsten in ein extra Verzeichnis zuzustellen.

Ein weiterer Punkt, den man im Zusammenhang mit allzu großzügiger Spamfilterung auch nicht vergessen sollte, sind gesetzliche Aufbewahrungspflichten, die bei allzu scharfer Einstellung des Spamfilters auch nicht mehr sicher gewährleistet werden können, da möglicherweise geschäftliche Mails im Spamfilter als sogenannte falsch positive Filterergebnisse hängen bleiben. Damit sind die organisatorischen Voraussetzungen für die handels- und steuerrechtlichen Archivierungspflichten nicht mehr gegeben, deren Verletzung nach § 283b StGB bei Vorsatz auch strafrechtliche Folgen haben kann.

Zudem treten haftungsrechtliche Fragen für den Spamfilterhersteller, die den Filter installierende Firma und den Betreiber des Spamfilters auf, wenn wichtige Aufträge durch falsch positiv ausgefilterte Mails verloren gehen oder nicht fristgerecht gelesen werden können. Aus diesem Grund sollte die Auswahl des Spamfilters sehr sorgfältig erfolgen und es sollte stark auf eine niedrige False-Positive-Rate geachtet werden.

Die Verwendung des Open Source-Spamfilters „Spamassassin“ liefert jeweils kurz nach der Veröffentlichung einer neuen Version relativ gute Ergebnisse, jedoch liefern die meisten Spammer ihren Kunden gleich eine Version der kostenlosen Software mit, um ihre Spammails so lange modifizieren zu können, bis sie von dem weit verbreiteten Spamassassin nicht mehr

als Spam markiert werden. Daher können die Erkennungsraten dieser Software einige Zeit nach Erscheinen einer neuen Version erheblich einbrechen.

Vorsicht ist also bei Spam eher für den Empfänger als für den Absender angebracht, da letzterer meist in Ländern aktiv wird, in denen er wenig zu befürchten hat.

Ulrich Emmert, Partner bei esb Rechtsanwälte Stuttgart und Lehrbeauftragter für Internet an der Hochschule für Wirtschaft und Umwelt in Nürtingen