

Gesetzentwurf

der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Teledienstegesetzes (Anti-Spam-Gesetz)

A. Problem und Ziel

Bedingt durch den kostengünstigen Zugang zum Internet und dem auf dieser Plattform etablierten Nachrichtenaustausch durch E-Mail werden von einigen Unternehmen zur Unterstützung des Marketings in großen Mengen Mails ohne Zustimmung des Empfängers, unter Verschleierung des Absenders und des gewerblichen Hintergrunds versandt. Die Bearbeitung dieser Nachrichten führt bei Unternehmen zu hohen Produktivitätsverlusten und bei privaten Haushalten zu erhöhten Einwahlkosten. Spam – der Fachbegriff für massenhafte und unerwünschte Mails – untergräbt auch das Vertrauen der Verbraucher in wichtige Zukunftstechnologien. Einige Techniken zur Verschleierung sind besonders verwerflich, so z. B. die Verwendung irreführender Betreffzeilen und die unberechtigte Nutzung eines fremden Computers zur Weiterleitung von Spam-Mails.

B. Lösung

Vollständig beseitigt werden Spams nur durch ein abgestimmtes Vorgehen, das die Service-Provider, die Verbraucher und den Gesetzgeber einschließt. Service-Provider und Verbraucher können durch Nutzung von Filterprogrammen den beabsichtigten Marketingeffekt schmälern. Es bleiben jedoch genügend Anreize für die Spammer, da dieses Medium nahezu kostenlos genutzt werden kann. Es obliegt daher dem Gesetzgeber, den Missbrauch dieses Mediums einzudämmen und damit die störungsfreie Nutzung sicherzustellen, in dem Maßnahmen zur Täuschung, die typisch für Spams sind, verboten werden. Das Gesetz wird daher nicht nur in Deutschland sondern auch weltweit zur Abschreckung von Spammern und zum Schutz von Verbraucherinteressen beitragen.

C. Alternativen

Keine. Wirksamere Methoden wie beispielsweise das Prüfen der eingelieferten Mails durch den Service-Provider scheitern an dem Post- und Fernmeldegeheimnis, dem auch diese unterworfen sind. Auch kann kein Einlieferungsverbot ausgesprochen werden, das nur auf die Menge abhebt, da dies kein Kriterium für die Nutzung des Internets ist.

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

Keine

E. Sonstige Kosten

Keine. Es ist vielmehr mit einer deutlichen Kostensenkung bei der Wirtschaft und den Verbrauchern zu rechnen. Die Europäische Kommission schätzt allein die Produktivitätsverluste bei europäischen Unternehmen durch die Beseitigung von Spam-Mails im Jahr 2002 auf 2,5 Mrd. Euro.

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Teledienstgesetzes (Anti-Spam-Gesetz)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstgesetz) vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG) vom 14. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3721), wird wie folgt geändert:

1. § 7 wird wie folgt geändert:

a) nach der Nummer 2 wird folgende Nummer 3 angefügt:

„3. Werden kommerzielle Kommunikationen per elektronischer Post (E-Mail) versandt, darf in der Kopf- und Betreffzeile weder der Absender, noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt insbesondere dann vor, wenn die Kopf- oder Betreffzeile absichtlich so gestaltet ist, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die

tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält.“

b) die bisherigen Nummern 3 und 4 werden zu den Nummern 4 und 5.

2. § 12 wird wie folgt gefasst:

„§ 12
Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 6 Satz 1 eine Information nicht, nicht richtig oder nicht vollständig verfügbar hält oder

2. entgegen § 7 Satz 1 Nr. 3 bei der Versendung kommerzieller Kommunikationen in der Kopf- und Betreffzeile den Absender oder den kommerziellen Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis fünfzigtausend Euro geahndet werden.“

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.

Berlin, den 15. Februar 2005

Franz Müntefering und Fraktion

Katrin Göring-Eckardt, Krista Sager und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Ausgangslage

Spam (unerwünschte E-Mail-Werbung) ist eine ernstzunehmende Erscheinung, die das Vertrauen in die elektronische Kommunikation untergraben kann. Die Zahl der unerwünschten Werbe-E-Mails hat besorgniserregende Ausmaße angenommen. Lag der Anteil der Spam-Mails am gesamten E-Mail-Verkehr im Jahre 2001 bei 7 Prozent, so war im Jahr 2003 bereits jede zweite elektronische Nachricht dem Bereich der unerwünschten Massensendungen zuzuordnen.¹⁾ Im Juni 2004 belief sich der weltweite Anteil der Spams am gesamten Mailaufkommen sogar schon auf 65 Prozent.²⁾ Aus dem zunehmenden Spam-Volumen ergeben sich zahlreiche negative Folgewirkungen, die sowohl für den einzelnen Empfänger als auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht relevant sind. Im Zuge der rasanten Zunahme elektronischer Werbe-Mails gerät die Bearbeitung des täglichen Posteingangs vor allem für Unternehmen, aber auch für private Empfänger immer mehr zum Zeit- und Kostenfaktor. Die durch Spam verursachten Produktivitätsverluste bei Unternehmen im Raum der EU beliefen sich nach Angaben der Europäischen Kommission im Jahre 2002 auf 2,5 Mrd. Euro.³⁾ Das Herunterladen von Spam nimmt aber nicht nur erhebliche Arbeitszeit und Speicherkapazitäten in Anspruch. Ein Großteil der Nachrichten enthält darüber hinaus Inhalte, die von den Empfängern als uninteressant, anstößig oder gar beleidigend empfunden werden: So befassen sich die weltweit am häufigsten versendeten Spam-Mails mit Werbungen für Potenzmedikamente oder erotische Angebote. Andere Werbe-E-Mails wiederum enthalten Viren oder betrügerische Aufforderungen an den Empfänger, geheime Informationen wie z. B. Bankzugangsdaten preiszugeben.

Die Spam-Flut führt bei immer mehr Verbrauchern zu einem Vertrauensverlust bei der Mail-Nutzung. Eben dieses Vertrauen ist jedoch Voraussetzung für den Erfolg des elektronischen Handels, elektronischer Dienste und letztlich der Informationsgesellschaft.

Es gilt daher, Maßnahmen gegen die weitere Ausbreitung von unerwünschten Werbe-E-Mails zu entwickeln. Wie die jüngste Entwicklung gezeigt hat, handelt es sich beim Thema Spam um eine vielschichtige Problematik. Ein Vor-

gehen gegen Spam kann daher nur dann erfolgreich sein, wenn rechtliche, wirtschaftliche und technische Maßnahmen in ihrer Wirksamkeit optimiert und miteinander verzahnt werden.

1. Der aktuelle Rechtsrahmen

Bereits nach derzeitiger Rechtslage ist die Versendung von Spam-Mails unzulässig. Das unaufgeforderte Versenden von elektronischen Werbe-Nachrichten stellt einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dar. Dies ist im Rahmen der Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in § 7 ausdrücklich klargestellt worden. Danach liegt in jeder Versendung kommerzieller Mails ohne Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung der Marktteilnehmer. Unzulässig ist des Weiteren die Werbung mit Nachrichten, bei denen die Identität des Absenders verschleiert oder verheimlicht wird. Im Falle eines Verstoßes gegen § 7 UWG können Wettbewerber und anerkannte Klageverbände vom Versender gerichtlich Unterlassung und Schadensersatz verlangen. Zudem besteht ein Gewinnabschöpfungsanspruch. Die nicht nach dem UWG klageberechtigten Empfänger von Spam-Mails können daneben auf dem Zivilrechtsweg Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen (vgl. §§ 823, 1004 BGB).

Spam-Mails, die bestimmte, besonders schwerwiegende Rechtsverletzungen beinhalten, sind darüber hinaus bereits heute strafrechtlich erfasst. Dies betrifft zunächst solche Mails, die rechtswidrige Inhalte wie z. B. Kinderpornographie, Viren oder Würmer transportieren (vgl. dazu die §§ 184b sowie 202a, 303a, 303b StGB). Den Tatbestand des Betruges können daneben oftmals die in jüngster Zeit verbreiteten Nachrichten, die den Empfänger zur Angabe von Bankzugangsdaten wie PIN oder TAN auffordern (Phishing-Mails) oder zur Installation eines Dialers auf dem Empfängerrechner führen (vgl. §§ 263, 263a und 269 StGB), erfüllen. Verursacht die massenhafte Versendung von Werbe-E-Mails den Zusammenbruch von Vermittlungsrechnern oder Empfängerpostfächern, so kommen die Straftatbestände der Datenveränderung und Computersabotage (vgl. §§ 303a und 303b StGB) oder Störung öffentlicher Telekommunikationsanlagen (vgl. § 317 StGB) in Betracht.

2. Technische Schutzmöglichkeiten und Maßnahmen der Wirtschaft

Neben den gesetzlichen Regelungen spielt vor allem die Wirtschaft eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung 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. Weitere Ansätze, die immer mehr Provider verfolgen, bestehen in der Führung von Sperrlisten (Blacklists), die alle Server erfassen, über die bereits einmal Spam versendet wurde, oder von Positivlisten (Whitelists),

¹⁾ Vgl. zu den Anteilen der Spam-Mails am Gesamtverkehr die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 22. Januar 2004, Seite 5, abrufbar unter: http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/doc/useful_information/library/communic_reports/spam/spam_com_2004_28_de.pdf, das eco-Whitepaper zu dem Thema Spam-Bekämpfung vom 21. September 2004, Seite 12, online abrufbar unter: http://www.eco.de/servlet/PB/show/1455897/Whitepaper_Vollversion_100.pdf.

²⁾ Zu der Spam-Rate im Juni 2004 vgl. die Statistik des Filtersoftware-Anbieters Brightmail/Symantec, vgl. dazu die unter http://www.itu.int/osg/spu/spam/presentations/SALEM_Session%201.pdf (Stand: 29. September 2004) abrufbaren Informationen, Seite 3.

³⁾ Vgl. dazu die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 22. Januar 2004 (Fn. 1), Seite 7.

die als legitim eingeordnete Versandadressen als unproblematisch klassifizieren.

Die auf dem Feld der Spam-Bekämpfung sehr aktive deutsche Internetwirtschaft hat überdies eine Reihe weiterer wichtiger Maßnahmen zur Selbstregulierung des elektronischen Direktmarketings entwickelt. So hat z. B. der Verband der Deutschen Internetwirtschaft eco einen umfassenden Code of Conduct für erwünschtes Online-Marketing erarbeitet. Wirtschaftsunternehmen können sich diesen Richtlinien auf freiwilliger Basis unterwerfen und sind dadurch zum Führen eines besonderen Gütesiegels berechtigt. Des Weiteren betreibt eco eine Hotline für die Empfänger von Spam, die monatlich rund 8 000⁴⁾ Beschwerden bearbeitet. Liegt eine begründete Beschwerde vor, so nimmt eco Kontakt zu Versendern, Auftraggebern und Providern auf, um die Einstellung des Spam-Versands zu erreichen.

3. Internationale Zusammenarbeit

Angesichts des internationalen Charakters ist Spam erfolgreich nur durch verstärkte internationale Zusammenarbeit zu bekämpfen. Vor allem auf der Ebene der Europäischen Union bestehen hierzu zahlreiche Initiativen. So hat sich die Europäische Kommission am 22. Januar 2004 für eine konsequente grenzüberschreitende Bekämpfung von Spam ausgesprochen. Um den Austausch von Informationen zu fördern und die grenzüberschreitende Verfolgung von Spammern zu koordinieren, hat sie die Online-Arbeitsgruppe für unerbetene Werbung eingerichtet. Diese wird unter anderem auch die Aufklärung der Verbraucher und Entwicklung technischer Schutzvorkehrungen fördern.

Auch die OECD beschäftigt sich in den Arbeitsgruppen IT-Sicherheit und Datenschutz sowie Telekommunikation und Consumer Policy mit dem Thema Spam. Derzeit wird ein Arbeitsplan für die Bekämpfung von Spam bis 2006 erstellt. Ein weiteres Forum gegen unerwünschte Massen-Mails bietet schließlich auch die Standardisierungsorganisation ITU (International Telecommunication Union).

4. Aufklärung der Verbraucher

Schließlich gilt es auch die Empfänger aktiv in den Prozess zur Bewältigung der Spam-Flut einzubinden. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Verbraucher angemessen sensibilisiert und über Art und Funktionsweise möglicher Schutzmaßnahmen gegen Spam aufgeklärt werden. Dass ein Bedürfnis für eine verstärkte Öffentlichkeitsarbeit besteht, zeigt sich vor allem an den stetig steigenden Prozentsätzen der durch die Empfänger tatsächlich geöffneten Werbe-Mails.⁵⁾ Eine Aufklärung der Verbraucher muss zum einen zum verantwortungsbewussten Verhalten bei der Weitergabe von E-Mail-Adressen anregen. Zum anderen gilt es, umfassende Informationen zu Funktionalität und Einsatzmöglichkeiten technischer Schutzvorkehrungen zu vermitteln.

⁴⁾ Vgl. dazu das eco-Whitepaper zum Thema Spam-Bekämpfung vom 21. September 2004, Seite 7, abrufbar unter: http://www.eco.de/servlet/PB/show/1455897/Whitepaper_Vollversion_100.pdf (Stand: 30. September 2004).

⁵⁾ Vgl. hierzu DoubleClick Q1 2004 E-Mail Trend Report, online abrufbar unter: <http://emea.doubleclick.com/de/> (Stand: 1. Oktober 2004).

II. Zielsetzung und Gegenstand dieses Gesetzentwurfs

Der vorliegende Gesetzentwurf fügt sich in die bereits bestehenden Regelungen gegen Spam ein. Die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit elektronischer Massensendungen ist mit der Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie den nach Bürgerlichem Recht bestehenden Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen der Empfänger einer umfassenden Regelung zugeführt worden. Anknüpfend an den Gesetzeszweck des Teledienstegesetzes, konkrete wirtschaftliche Rahmenbedingungen für Dienste der Informationsgesellschaft zu schaffen (vgl. § 1 TDG), enthält der vorliegende Gesetzentwurf daher keine weitere Regelung zum „ob“, sondern nähere Bestimmungen zum „wie“ eines rechtskonformen E-Mail-Marketings. Vorrangiges Regelungsziel ist dabei die Gewährleistung eines hohen Maßes an Transparenz und Entscheidungsfreiheit für die Empfänger. Die Neuregelung erfasst diejenigen Anbieter, die ihren Mailversand durch gezielte Verschleierungsmaßnahmen für die Empfänger besonders undurchsichtig gestalten. Es werden dabei insbesondere solche Verhaltensweisen bekämpft, die den Empfängern einen selbstbestimmten Umgang mit ihrer elektronischen Post erschweren und sie daran hindern, wirksame Gegenmaßnahmen zur Bewältigung der Spam-Flut zu ergreifen. Dies soll durch klare Vorgaben an die Gestaltung der Kopf- und Betreffzeilen kommerzieller E-Mails erreicht werden. Da unseriöse Massenversender sehr häufig unter Verheimlichung und Verschleierung ihrer Identität und des kommerziellen Charakters ihrer kommerziellen elektronischen Post vorgehen, werden durch die Neuregelungen gleichzeitig weitere Sanktionsmöglichkeiten gegen diese Praxis beim Massenversand geschaffen. Bei Massenversendern, die ihre Identität nicht verheimlichen oder verschleiern, kann die Verfolgung i. d. R. problemlos über das Wettbewerbsrecht erfolgen. Eine zusätzliche Pönalisierung ist in diesen Fällen nicht erforderlich.

Durch die Vorgabe klarer Rahmenbedingungen schafft die Neuregelung zugleich erhöhte Rechtssicherheit für seriöse Anbieter elektronischen Direktmarketings. Die Durchsetzung der neuen Regelungen bei denjenigen Versendern von Spam, die im außereuropäischen Ausland ansässig sind, ist allerdings äußerst schwierig. Mit einem Anteil von über 90 %⁶⁾ stellen diese die weit überwiegende Mehrheit dar. Mit einer erweiterten Sanktionsbewehrung des Spammens kann jedoch – auch auf internationaler Ebene – ein Signal gesetzt und damit der Unrechtsgehalt noch deutlicher gemacht werden.

III. Die wesentlichen Änderungen im Überblick

Bei den Änderungen geht es um die folgenden Maßnahmen:

- Einführung eines Verbotes, in der Kopfzeile einer kommerziellen E-Mail die wahre Identität des Absenders zu verschleiern oder zu verheimlichen,

⁶⁾ Vgl. zur Aufschlüsselung der Herkunftsländer von Spam die Studie des Spamfiltertechnologie-Anbieters Commtouch mit Stand von 30. Juni 2004, online abrufbar unter der Adresse: http://www.commtouch.com/news/english/2004/pr_04063001.shtml (Stand: 30. September 2004).

- Klarstellung, dass der kommerzielle Charakter einer Nachricht sich nicht nur aus dem Textkörper selbst ergeben muss, sondern auch schon in der Betreffzeile einer E-Mail weder verschleiert noch verheimlicht werden darf,
- Erweiterung des Bußgeldtatbestandes in § 12 TDG für den Fall eines Verstoßes gegen das Verbot der Absenderverschleierung oder -verheimlichung,
- Einführung eines Bußgeldtatbestandes für den Fall eines Verstoßes gegen das Verbot der Verschleierung oder Verheimlichung des kommerziellen Charakters einer elektronischen Nachricht in der Betreffzeile.

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 des Grundgesetzes (Recht der Wirtschaft) für die ergänzende Regelung der Anforderungen an kommerzielle Kommunikationen sowie aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG für die Bußgeldvorschriften. Der Bund ist nach Maßgabe des Artikels 72 Abs. 2 GG dazu berechtigt, von den Kompetenztiteln Gebrauch zu machen, da die Erhaltung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung zwingend erforderlich macht. Beständen in den einzelnen Bundesländern unterschiedliche Vorschriften zu Zulässigkeit und Rahmenbedingungen eines elektronischen Direktmarketings, so würde dies zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Dies liegt vor allem darin begründet, dass die Versender elektronischer Werbe-Mails in der Regel nicht nur in ihrem lokalen Umfeld, sondern länderübergreifend im gesamten Bundesgebiet tätig werden, um einen möglichst großen Adressatenkreis zu erreichen. Wird eine Mail zeitgleich an mehrere Personen versandt, so hätte eine Regelung auf Länderebene zur Folge, dass ein und derselbe Versendevorgang in Bezug auf den einen Empfänger rechtmäßig und im Hinblick auf den anderen Empfänger rechtswidrig sein könnte. Im Hinblick auf diese Divergenz hat der Versender auch keinerlei Steuerungsmöglichkeiten, da sich aus den von ihm genutzten E-Mail-Adressen in der Regel nicht entnehmen lässt, in welchem Bundesland ein Empfänger ansässig ist. Elektronisches Direktmarketing könnte im Ergebnis nur noch dann rechtssicher durchgeführt werden, wenn sich der Anbieter zuvor einen Überblick über sechzehn verschiedene und dynamisch veränderliche Rechtsordnungen verschafft hat. Hierin läge jedoch eine unzumutbare Behinderung des länderübergreifenden Rechtsverkehrs.

V. Finanzielle Auswirkungen

Finanzielle Mehrbelastungen der Wirtschaft und der öffentlichen Haushalte sind durch das Gesetz nicht zu erwarten. Die Neuregelung etabliert keine erweiterten Pflichten für Bund, Länder und Gemeinden. Allenfalls die vorgesehene Ausweitung des Bußgeldtatbestandes in § 12 TDG könnte zusätzliche Kosten für anfallende Ermittlungstätigkeiten auslösen, die jedoch nicht quantifizierbar sind. Jedoch liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden (Opportunitätsprinzip). Auch für die Wirtschaft entstehen im Ergebnis keine Mehrkosten. Zwar kann die Umsetzung der erweiterten Transparenzpflichten bei der Ausgestaltung kommerzieller Kommunikationen für den Bereich der Werbewirt-

schaft vorübergehend zu einer leichten Erhöhung der Kosten führen. Dem stehen jedoch in allen Wirtschaftszweigen erhebliche Vorteile durch den verringerten Eingang und die bessere Erkennbarkeit elektronischer Massen-Nachrichten gegenüber. Die Neuregelungen führen daher bei einer Gesamtbetrachtung eher zu einer finanziellen Entlastung der Wirtschaft. Im Hinblick darauf sind Auswirkungen auf das Preisniveau – insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau – nicht zu erwarten.

B. Besonderer Teil

Artikel 1

Zu Nummer 1 (§ 7 Nr. 3 TDG)

Der von dem Gesetzentwurf vorgesehene § 7 Nr. 3 TDG verbietet die Verschleierung und Verheimlichung von Absenderinformationen sowie des kommerziellen Charakters in Kopf- und Betreffzeile einer elektronischen Werbenachricht. Die Neuregelung stellt sicher, dass der Empfänger einer elektronischen Werbenachricht bereits in der Kopf- und Betreffzeile einer Mail korrekte und eindeutige Anhaltspunkte über die Identität des Absenders und den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält.⁷⁾

- a) Verbot der Verheimlichung oder Verschleierung des Absenders in der Kopfzeile

Die grundsätzliche Erkennbarkeit des Absenders an der Kopfzeile einer elektronischen Nachricht ist für den Empfänger bei der Frage, ob und wie er eine Mail weiterbearbeiten will, von entscheidender Bedeutung. Wird die Herkunft der Nachricht verheimlicht oder verschleiert, so kann er die mit ihr möglicherweise verbundenen Risiken nicht einschätzen und sein Verhalten auch nicht entsprechend ausrichten. Auch für den Einsatz von Spamschutz-Programmen, die den Posteingang nach Nachrichten eines durch den Nutzer festgelegten Personenkreises durchsuchen, sind die Angaben zur Identität des Versenders von großer Bedeutung. Die Gewährleistung transparenter Absenderinformationen stellt somit eine wichtige Grundvoraussetzung für den wirksamen Selbstschutz durch Empfänger und Provider dar.

Um Spamschutzmaßnahmen von Providern und Empfängern zu umgehen und so die Öffnung der Werbenachrichten zu erreichen, geben viele Versender in Spam-Mails ihre Identität sowohl in der Absenderzeile des Briefkopfs (Header) als auch im Textkörper der Nachricht gar nicht, unvollständig oder in irreführender Weise an. Dieses Verhalten kann nach aktueller Rechtslage nur teilweise zum Anknüpfungspunkt für Sanktionen gemacht werden. Derzeit muss zwar jede mittels elektronischer Post versendete Werbenachricht leicht erkennbare und ständig verfügbare Informationen zu Identität und Kontaktdaten des Absenders enthalten (vgl. § 6 Satz 1 Nr. 1 TDG). Diese gemäß § 12

⁷⁾ Im Falle einer Absenderverschleierung innerhalb des Textkörpers kann zugleich ein Verstoß gegen die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung gemäß § 6 Satz 1 TDG vorliegen, da die Transparenzpflichten aus § 6 und § 7 TDG nebeneinander anwendbar sind. Zu den sich hieraus ergebenden Folgen für das Konkurrenzverhältnis zwischen den in diesem Fall gleichzeitig erfüllten Bußgeldtatbeständen aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 TDG siehe unten Fußnote 13.

Abs. 1 TDG bußgeldbewehrte Pflicht zur Anbieterkennzeichnung ist aber schon dann erfüllt, wenn die Mail an einer gut wahrnehmbaren Stelle im Textkörper korrekte und unmissverständliche Angaben über die Identität des Absenders enthält. Andere Formen der Verschleierung oder Verheimlichung von Absenderinformationen – wie z. B. das völlige Fehlen oder irreführende Angaben im Rahmen eines Headers – werden von den §§ 6, 12 TDG dagegen nicht erfasst, obwohl sie sich für den Empfänger in gleichem Maße als beeinträchtigend darstellen können. Gerade die Falschangabe von Absenderinformationen im Header einer Mail bedeutet für den Empfänger eine schwere Belastung bei der Bearbeitung des täglichen Posteingangs. Durch eine Manipulation der Absenderinformationen an dieser Stelle wird er gezielt in der Freiheit beschnitten zu entscheiden, ob er eine Nachricht öffnen möchte oder nicht. Dass der Umstand der Absenderverschleierung oder -verheimlichung einen besonders hervorzuhebenden und sanktionswürdigen Unwertgehalt besitzt, bestätigt auch der Blick auf die bereits erlassenen Anti-Spam-Gesetze anderer Staaten.⁸⁾

Die Neuregelung verbietet daher zum einen die Verschleierung der Absenderinformationen. Hieraus folgt, dass der Absender an keiner Stelle seiner Nachricht Angaben machen darf, die darauf gerichtet sind, den Empfänger über seine Identität zu täuschen oder im Unklaren zu lassen. Eine Verschleierung der Absenderinformationen ist insbesondere gegeben, wenn

- die Absenderangaben suggerieren, die Nachricht stamme von einer offiziellen Stelle (z. B. „Staatsanwaltschaft München“), von einem Geschäftspartner oder aus dem Freundeskreis des Empfängers,
- der Spammer zu seiner Tarnung falsche oder nicht existente IP-Adressen in die Absenderinformationen seiner Mail einträgt,
- in den Absenderinformationen die Adresse des Absenders durch die Adresse des Empfängers oder einer sonstigen Person ersetzt wird.

Von dem Verbot der Absenderverheimlichung sind dagegen diejenigen Spam-Mails erfasst, die überhaupt keine Angaben zur Identität des Versenders enthalten. Ein Fall der Verheimlichung liegt so insbesondere vor, wenn

- der Spammer die Absenderzeile im Header nicht ausfüllt,
- der Header vollständig entfernt wird oder
- der Spammer die Mail durch Versendung über einen Remailer⁹⁾ anonymisiert.

Das Verbot der Verschleierung oder Verheimlichung der Identität des Absenders in der Kopfzeile einer Mail kann

⁸⁾ Allein im Bereich der Europäischen Union enthalten acht von zwölf der zurzeit vorliegenden Gesetzeswerke eine dem hier vorgeschlagenen § 7 Nr. 3 TDG entsprechende Verbotsnorm.

⁹⁾ Ein Remailer ist ein Onlinedienst zur Entpersonalisierung von E-Mails. Der Remailer entfernt bei den an ihn übermittelten E-Mails alle Daten, die Rückschlüsse auf den Absender zulassen (einige Remailerdienste fügen weiterhin neue, fiktive Informationen hinzu) und schickt sie an einen anderen Remailer weiter. Erst nachdem die E-Mail eine vorher definierte Anzahl von Remailern durchlaufen hat, wird sie an den Empfänger zugestellt.

und soll das Gebot der Anbieterkennzeichnung nicht ersetzen oder für die Kopfzeile wiederholen. Der Versender wird nicht verpflichtet, in gleicher Weise wie im Textkörper bereits in der Absendeadresse eine vollständige, eindeutige und für jedermann erkennbare Identifizierung zu ermöglichen. Dies wird aufgrund häufig kurz zu wählender Absendeadressen auch technisch nicht möglich und auch nicht zweckmäßig sein. Die Adresse darf jedoch eine Identifizierbarkeit nicht bewusst behindern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Adresse so gewählt wurde, dass keinerlei Beziehung zwischen der Absendeadresse und dem Absender erkennbar ist.

Die E-Mail-Adresse muss in der Kopfzeile nicht zwangsläufig einen Hinweis auf den tatsächlichen Versender der E-Mail enthalten. Der Begriff des Absenders ist vielmehr im weiten Sinne zu verstehen und ist nicht auf den Anbieter des Teledienstes beschränkt. Ein Hinweis allein auf die Organisationseinheit, für die der Versender tätig ist (z. B. info@bundesregierung.de) oder auf den Auftraggeber gemäß § 7 Nr. 2 TDG stellt damit keine Verschleierung des Absenders da.

- b) Verbot der Verheimlichung oder Verschleierung des kommerziellen Charakters einer Mail in der Betreffzeile

Zahlreiche Spammer verwenden heute in der Betreffzeile bewusst irreführende Aussagen, um über den kommerziellen Charakter der Nachricht zu täuschen und so eine möglichst hohe Öffnungsrate zu erreichen. Hieraus ergeben sich die gleichen Probleme wie bei der Verheimlichung oder Verschleierung des Absenders. Neben der Kenntnis der Absenderidentität ist für den Empfänger einer elektronischen Nachricht vor allem von Bedeutung, dass er kommerzielle Mails schnell und eindeutig von anderen privaten oder geschäftlichen Nachrichten unterscheiden kann. Nur wenn einer elektronischen Nachricht unmissverständlich zu entnehmen ist, dass sie eine kommerzielle Kommunikation transportiert, kann der Empfänger entscheiden, ob er die Mail öffnen, löschen oder in einem gesonderten Bereich seines Postfachs ablegen will. Um für ihre Spam-Mails möglichst hohe Öffnungsraten zu erreichen, versuchen die Absender auf vielfältigen Wegen, den Werbecharakter ihrer Nachrichten zu verschleiern. Vor allem die folgenden Varianten tauchen dabei immer wieder auf:

- Die Angaben in der Betreffzeile deuten auf eine besondere Eilbedürftigkeit hin (z. B.: „letzte Mahnung“, „Achtung, besonders dringend!“);
- die Betreffzeile enthält Angaben, die bei dem Empfänger eine besondere Drucksituation erzeugen sollen (z. B. „Ihr Strafverfahren Aktenzeichen XY“, „Kreditkartenzahlung verweigert“ oder „Betr.: Schließung ihres Mail-Postfachs“);
- die Betreffzeile suggeriert, dass die Nachricht aus dem privaten Umfeld oder aber von einem Geschäftspartner des Empfängers stammt (z. B.: „Viele Grüße aus Dresden!“);
- der Spamversender generiert automatisch eine „persönliche“ Ansprache des Adressaten, wenn Namensbestandteile aus der Empfängeradresse ersichtlich sind (z. B.: „Hello Mr. Schulte!“);

- die Angaben in der Betreffzeile beginnen mit dem Text „Re:“ oder „AW“ und erwecken so den Eindruck, die Mail stelle die Antwort auf eine vorausgegangene Nachricht des Empfängers dar.

Zwar sind bereits auf Grundlage der bestehenden Rechtslage (§ 7 Nr. 1 TDG) Telediensteanbieter verpflichtet, kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu kennzeichnen. Aus der bisherigen Formulierung geht jedoch für eine Bußgeldbewehrung nicht hinreichend deutlich hervor, dass schon in der Betreffzeile der kommerzieller Charakter erkennbar sein muss. Durch die Neuregelung wird eindeutig klargestellt, dass schon in der Betreffzeile der kommerzielle Charakter der Mail nicht verheimlicht oder verschleiert werden darf. Hieraus folgt, dass der Versender keinerlei Angaben in der Betreffzeile machen darf, die den Adressaten über den tatsächlichen kommerziellen Charakter der Nachricht täuschen.

Gemäß § 7 Nr. 3 Satz 2 liegt ein Verschleiern oder Verheimlichen insbesondere dann vor, wenn die Kopf- oder Betreffzeile absichtlich so gestaltet ist, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält. Dem Versender der Nachricht muss es also bei Gestaltung der Kopf- oder Betreffzeile darauf ankommen, seine Identität oder den kommerziellen Charakter der Nachricht zu verheimlichen oder zu verschleiern, z. B. um die Öffnungsrate der Nachricht zu erhöhen oder um seine Identifizierung zu erschweren. Mit dieser Anforderung an die subjektive Tatseite soll vermieden werden, 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. Die subjektive Tatbestandsvoraussetzung des absichtsvollen Handelns gewährleistet, dass diese Norm nur diejenigen erfasst, die sanktionswürdiges Unrecht begehen.

Zu Nummer 2 (§ 12 Abs. 1 TDG)

- a) Die bisher in § 12 Abs. 1 TDG enthaltene einzige Bußgeldbestimmung für den Fall eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung gemäß § 6 Satz 1 TDG wird nunmehr – inhaltlich unverändert – in § 12 Abs. 1 Nr. 1 TDG geregelt.
- b) Nach dem hier vorgeschlagenen § 12 Abs. 1 Nr. 2 TDG stellen auch Verstöße gegen das Verbot der Absenderverschleierung oder -verheimlichung aus § 7 Nr. 3 TDG eine Ordnungswidrigkeit dar, die gemäß § 12 Abs. 2 TDG mit einer Geldbuße bis zu 50 000 Euro geahndet werden kann. Die Einführung dieses Bußgeldtatbestandes bildet den in der Versendung von Spam-Mails liegenden Unwertgehalt adäquat ab: Der Spammer wird klar und nachhaltig sanktioniert, aber nicht kriminalisiert. Für die Wahl dieser Regelungstiefe spricht auch der Vergleich mit anderen für den Bereich rechtswidriger Werbung einschlägigen Vorschriften. Auch die Versendung unzulässiger Werbung auf dem Post- oder Telekommunikationsweg löst nicht grundsätzlich die (wettbewerbsrechtliche) Strafbarkeit des Handelnden aus. Der Werbende macht sich gemäß § 16 UWG vielmehr nur

dann strafbar, wenn zu dem Umstand der Versendung ein weiterer Unwertgehalt hinzutritt, so etwa das wahrheitswidrige Versprechen besonderer Vorteile.¹⁰⁾

Daneben kann nach der Neuregelung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 TDG gegen den Versender einer Spam-Mail eine Geldbuße verhängt werden, wenn dieser den kommerziellen Charakter seiner Nachricht in der Betreffzeile verheimlicht oder verschleiert. Ein Verstoß gegen das Gebot der Erkennbarkeit einer kommerziellen Kommunikation gemäß § 7 Nr. 1 TDG war bislang nicht sanktioniert. Bei der Einführung der Bußgeldnorm des § 12 TDG im Jahre 2001 im Zuge der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie wurde auf einen Einbezug von Verstößen gegen die Anbieterpflichten aus § 7 TDG verzichtet. Grund hierfür war der Umstand, dass ein gegen § 7 TDG verstößender Anbieter bereits gemäß § 13 UWG a. F. auf Unterlassung und Schadensersatzzahlung verklagt werden konnte, während ein Verstoß gegen § 6 TDG nicht zwangsläufig den Anwendungsbereich des UWG eröffnete.¹¹⁾ Seit der Einführung des § 12 TDG hat die Problematik unerwünschter Massen-Mails nach Art und Umfang jedoch eine völlig neue Dimension erreicht. Diese macht es erforderlich, einigen Rechtspflichten des § 7 TDG nunmehr nicht nur wettbewerbsrechtlich, sondern auch mit den Instrumentarien des Ordnungswidrigkeitenrechts Geltung zu verschaffen.

Die Einführung eines Bußgeldtatbestandes für Verstöße gegen das Verschleierungs- oder Verheimlichungsverbot ermöglicht es ferner, einen weiten Kreis der Beteiligten und insbesondere vom Spamming profitierende Auftraggeber von der Sanktionsnorm zu erfassen. Nach dem im Ordnungswidrigkeitenrecht maßgeblichen einheitlichen Täterbegriff erfüllt auch die Person den Tatbestand einer Bußgeldvorschrift, die das ordnungswidrige Verhalten eines anderen wissentlich durch physische oder psychische Unterstützung mitverursacht hat, § 14 OWiG.¹²⁾ Damit erfasst der neue Bußgeldtatbestand über den unmittelbar handelnden Spammer hinaus grundsätzlich auch die Personen, die das Spamming in Auftrag gegeben oder in irgendeiner sonstigen Weise gefördert haben. Mit der Sanktionierung der Auftraggeber werden gerade die Personen in den Kreis der Ordnungspflichtigen einbezogen, die den entscheidenden wirtschaftlichen Anreiz für die Versendung unerwünschter elektronischer Mails liefern.

Des Weiteren ermöglicht es die Ausgestaltung der Sanktionsnorm als Bußgeldtatbestand auch, nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften für ein bußgeldbewehrtes Verhalten eines ihrer Organe haftbar zu machen (§ 30 OWiG).

¹⁰⁾ Dann liegt neben der Belästigung der Werbeempfänger zusätzlich eine Vermögensgefährdung – und damit eine eigenständige, weitere Rechtsgutsverletzung der Betroffenen – vor, die die Eröffnung des strafrechtlichen Handlungsinstrumentariums rechtfertigt.

¹¹⁾ Vgl. dazu Bundestagsdrucksache 14/6098, Seite 26.

¹²⁾ Vgl. Bay ObLG NSTz 1999, 627; OLG Köln wistra 1990, 116. Der ordnungswidrigkeitenrechtliche Täterbegriff erfasst damit sowohl Mittäter und mittelbare Täter als auch Anstifter und Gehilfen im Sinne des Strafgesetzbuches, vgl. dazu Göhler, OWiG, 13. Aufl., § 14 Rdn. 1 ff.

Schließlich ist der in § 12 Abs. 2 TDG bislang für Verstöße gegen § 6 Satz 1 TDG vorgesehene Sanktionsrahmen auch im Hinblick auf die neue Bußgeldvorschrift angemessen. Danach kann für jeden Fall eines Verstoßes eine Geldbuße bis zu 50 000 Euro verhängt werden.¹³⁾ Eine Geldbuße in diesem Rahmen, die sich durch wiederholte Verstöße noch erheblich erhöhen kann, ist geeignet, einen nachhaltigen Anreiz zur Erfüllung der Vorgaben aus § 7 Nr. 3 TDG zu schaffen. Dies entspricht auch der Gewichtung der Anti-Spam-Gesetze der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Diese sehen für die Sanktionierung von Spam-Mails überwiegend Sanktionszahlungen zwischen 3 000 bis 300 000 Euro vor.

Artikel 2

Dieser Artikel regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

¹³⁾ Es sind mehrere Fallgestaltungen denkbar, in denen ein Spammer den Bußgeldtatbestand des § 12 Abs. 1 Nr. 2 TDG (Verstoß gegen das Verbot der Absenderverschleierung) zeitgleich mit dem Tatbestand des § 12 Abs. 1 Nr. 1 TDG (Verstoß gegen das Gebot der Anbieterkennzeichnung) verwirklicht. Zum einen kommt in Betracht, dass die Verschleierung des Absenders gerade dadurch bewirkt wird, dass der Spammer seiner Mail keine oder nur eine unvollständige Anbieterkennzeichnung anfügt. In diesem Fall wird der Verstoß gegen das Absenderverschleierungsverbot aus § 7 Nr. 2 TDG den Verstoß gegen die allgemeine Kennzeichnungspflicht aus § 6 Satz 1 TDG jedoch regelmäßig im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängen: § 12 Abs. 1 Nr. 2 TDG ist insoweit die speziellere Norm, da neben die Verletzung der allgemeinen Kennzeichnungspflicht der zusätzliche Umstand tritt, dass hier ein Anbieter im Rahmen einer kommerziellen Kommunikation gehandelt hat. Ein eigener Unwertgehalt kommt dem Verstoß gegen § 6 Satz 1 TDG daneben nicht mehr zu. Enthält eine Spam-Mail neben dem Fehlen der Anbieterkennzeichnung hingegen noch weitere über den Absender täuschende Elemente (z. B. Falschangaben im Header), so treten die beiden Rechtsverletzungen nebeneinander, da sie unterschiedliche Angriffsrichtungen verfolgen: Die Irreführung im Rahmen des Headers zielt darauf, den Empfänger überhaupt erst zur Öffnung einer Werbemail zu veranlassen. Das Weglassen der Anbieterkennzeichnung hingegen ist darauf gerichtet, dem Empfänger nach der Öffnung rechtliche Gegenmaßnahmen zu erschweren. Zur Klarstellung des unterschiedlichen Unrechtsgehalts stehen beide Gesetzesverletzungen im Wege der Tateinheit nebeneinander. Es wird aber gemäß § 19 OWiG nur eine einheitliche Geldbuße verhängt.

