

Bekämpfung von Spam

-

Rechtliche Rahmenbedingungen - Sicherheit oder Unsicherheit?

Frankfurt, 28. April 2008



Jens Eckhardt
JUCONOMY Rechtsanwälte
Düsseldorf

Ivo Ivanov
Rechtsanwalt
eco-Verband

Agenda

- ▼ Einführende Übersicht oder: Warum ist Spam rechtlich schwer zu erfassen?
- ▼ Filtermethoden
- ▼ Rechtlicher Hintergrund – Fernmeldegeheimnis
- ▼ Rechtlicher Hintergrund – Datenschutz
- ▼ Rechtlicher Hintergrund – Zusammenfassung
- ▼ Gesetzliche Befugnisse zur Bekämpfung von „SPAM“ – Verbot vs. Schutzpflicht?
- ▼ Vertragliche Lösungen – Verbot vs. Schutzpflicht?
- ▼ Pflicht und Recht zur Filterung?
- ▼ Lösungsrechte und Benachrichtigungspflichten
- ▼ Umgang mit Blacklists
- ▼ Vertragliche Lösungen – Zusammenfassung

Einführende Übersicht

- ▼ Warum ist SPAM rechtlich schwer zu fassen?
 - gesetzliche – aber auch vertragliche – Regelungen setzen eine Definition ihres Gegenstands voraus
 - Was ist „SPAM“?
 - Werbung?
 - „Alles ist Werbung“
 - nicht angeforderte E-Mail?
 - „auch redliche haben Probleme“
 - keine Pauschalisierung möglich für eine größere Nutzergruppe – „jeder entscheidet für sich“
 - Masse der Versendung?
 - redliche Massenversender
 - Abstellen auf den gesamten Mailverkehr eines Unternehmens

Einführende Übersicht



- ▼ „Anti-Spam-Gesetz“
 - § 6 Abs. 2 TMG
 - keine Definition von „SPAM“
 - Erfassung eines Symptoms von „SPAM“: Verschleierung Verheimlichung der Kopf- und Betreffzeile zur Irreführung des Empfängers
 - keine Rechtsgrundlage zur Bekämpfung von „SPAM“

- ▼ Spam-Problematik ≠ Viren oder sonstige Angriffe
 - andere tatsächliche Ansätze erforderlich
 - andere rechtliche Bewertungen von „Bekämpfungsansätzen“

Filtermethoden



▼ Blacklists

Domain des Absenders (IP-Adresse) wird blockiert

▼ Dateianhänge

Keine Filterung der Nachricht selbst

▼ Header-Analyse

▼ Text-Analyse

Öffnen der Nachricht selbst / Für Mitarbeiter des Providers nicht lesbar

Rechtlicher Hintergrund - Fernmeldegeheimnis

- ▼ Fernmeldegeheimnis / Inhalt und Verkehrsdaten
 - Art. 10 GG – Schutz des Bürgers gegenüber dem Staat
 - § 88 TKG / § 206 StGB – *Schutz des Nutzers gegenüber dem „geschäftsmäßigen Erbringer von Telekommunikationsdiensten“ (§ 3 Nr. 10 TKG)*
 - nachhaltiges Angebot von Telekommunikation
 - nicht erforderlich: Gewinnerzielungsabsicht
 - unbeachtlich: geschlossene Benutzergruppe (arg e § 91 Abs. 2 TKG)
 - Problem: gegenüber Konzerngesellschaften
 - Problem: gegenüber Mitarbeitern bei Privatnutzung (gestattet/geduldet)
- ▼ Reichweite des Schutzbereichs (BVerfG) - 2 Komponenten
 - Abschluss des Übertragungsvorgangs
 - Beherrschbarkeit durch den Kommunikationsteilnehmer

Rechtlicher Hintergrund - Datenschutz

▼ Datenschutzrecht – verschiedene Gesetze

- Personenbezogene Daten
- Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)
 - „SPAM“-Bekämpfung?: Interessensabwägung möglich
- §§ 11 ff Telemediengesetz (TMG)
 - „SPAM“-Bekämpfung?: keine gesetzliche Zulässigkeit
- §§ 91 ff Telekommunikationsgesetz (TKG)
 - „SPAM“-Bekämpfung?: keine gesetzliche Zulässigkeit
- Rangfolge:
 - Vorrang des bereichsspezifischen Rechts = TKG/TMG
 - Transportebene (TKG) <-> Anwendungsebene (TMG)
 - TKG & TMG setzen Telekommunikationsvorgang voraus
 - Abschluss des Übertragungsvorgangs
 - Beherrschbark. durch Kommunikationsteilnehmer

Rechtlicher Hintergrund – Strafrecht

▼ § 206 StGB

- OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.01.2005, Strafbarkeit des „Herausfilterns“ ohne Einwilligung
- Nichtzustellung (mit/ohne Hinweis an Absender): Unterdrückung der Sendung?
- Löschung: Unterdrückung durch Löschung?

▼ § 303a StGB

- Nichtzustellung (mit/ohne Hinweis an Absender): Datenveränderung durch Unterdrückung?
- Löschung: Datenveränderung durch Löschung?

▼ § 202a StGB

- „*unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten aus einer ... Datenübermittlung ... verschafft*“?
- „*gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert*“

Rechtlicher Hintergrund – Zusammenfassung

- ▼ Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses
 - Gefahr des Verstoßes gegen § 206 StGB
 - TKG/TMG und nicht BDSG gilt:
 - straf- und bußgeldbewehrte Verbote des TKG/TMG
 - keine spezielle Zulässigkeitsregelung zur „SPAM“-Bekämpfung
- ▼ Außerhalb des Anwendungsbereichs des Fernmeldegeheimnisse
 - Anwendungsbereich nicht gegeben, wenn:
 - Binnenverhältnis ohne Privatnutzung (persönliche Anwendungsbereich)
 - Abschluss des TK-Vorgangs und Beherrschbarkeit durch Nutzer (sachlicher Anwendungsbereich)
 - ▼ BDSG: Zulässigkeit aufgrund Interessensabwägung
 - Interessen des Versenders
 - Interessen des Handelnden

Gesetzliche Befugnisse zur Bekämpfung von „Spam“

- ▼ § 109 TKG – Technische Schutzmaßnahme ?
 - Schutz des Fernmeldegeheimnisses und personenbezogener Daten sowie Telekommunikations- und Datenverarbeitungssysteme gegen unerlaubten Zugriff
 - „Zirkelschluss“-Argumentation
- ▼ § 9 BDSG nebst Anlage – Technische und organisatorische Maßn. ?
 - Ziel: Datenschutz und Datensicherheit
 - „Zirkelschluss“-Argumentation
- ▼ § 34 StGB – Rechtfertigender Notstand ?
- ▼ Einwilligung – Transparenz der Erklärung und vorherige Erklärung
 - Sonderproblem: Fernmeldegeheimnis schützt auch den Absender der „SPAM“-Mail
 - Regelung in Vertrag – Problem: AGB-Kontrolle

Vertragliche Lösungen – Verbot vs. Schutzpflicht?

- ▼ **Hauptleistungspflicht**
Beförderung und Zustellung der E-Mail
- ▼ **Nebenvertragliche Schutz- bzw. Verkehrssicherungspflicht**
Recht und Pflicht zum Filtern?

Pflicht zur Filterung?

- ▼ **Viren**
- ▼ **Systemgefährdende Spam-Wellen**



Recht zur Filterung?

- ▼ **Viren und systemgefährdende Spam-Wellen**
 - Pflicht nach § 109 TKG, technische Maßnahmen zum Schutz der Systemsicherheit zu ergreifen
 - Mutmaßliche Einwilligung
 - Vertragliche Regelung
- ▼ **“einfache Spam-E-Mails”**
 - Nur aufgrund Einwilligung des Kunden im Vertrag (Form beachten: bewusste und eindeutliche Erteilung, Protokollierungspflicht etc.)

Löschungsrechte und Benachrichtigungspflichten



- ▼ **Unterscheidung zwischen Indizierung und Löschung**
- ▼ **Grundsatz: Die alleinige Verfügungsbefugnis über die E-Mails liegt beim Nutzer**
- ▼ **Einwilligung liegt vor**
 - Löschen und Benachrichtigen nach dem Inhalt der Einwilligung
 - Keine generelle Einwilligung zulässig: Gefahr der „Flatrate-Löschung“
- ▼ **Einwilligung liegt nicht vor**
 - Zwingende vorherige Benachrichtigung
 - Angemessene Frist bis zur Löschung und Zugang zu den markierten E-Mails



- Startseite
- Neu
 - E-Mail
 - SMS MMS FAX
 - Grußkarte
 - Video-Mail
- Posteingang
 - suchen & verwalten
 - E-Mail Check
 - Ordner
- Adressbuch
- Kalender
- Foto-Album
- FreeMail mobile
- Eigene Domain
- PC-Sicherheit
- WEB.DE Club
 - SmartFax
 - weitere Extras
- Einstellungen
- Logout
- Meine Daten
- Hilfe

Posteingang

Ordnerneinstellungen - Nachrichten verwalten [Hilfe](#)

Freunde & Bekannte (2/-) Unbekannt (137/-) **Unerwünscht (18/18)**

kein Spam Entfernen Aktionen Ablegen in

Ordner leeren

	Von	Betreff	Größe	Datum
<input type="checkbox"/>	Ray Churchwell	<?SPAM?> Belebt Geist und Körper	6 KB	09:47
<input type="checkbox"/>	abeu kwan	2008 Designer Shoes Collection from Gucci Ugg Prada Chanel Dquared	1 KB	09:18
<input type="checkbox"/>	viarga cials	Sie sparen 85%!	1 KB	04:02
<input type="checkbox"/>	vigara cials	75% off for yhahn	1 KB	03:52
<input type="checkbox"/>	Kaye Cornell	<?SPAM?> Belebt Geist und Körper	4 KB	27.04.08
<input type="checkbox"/>	Marcia Gore	Replica watch is a perfect gift	1 KB	27.04.08
<input type="checkbox"/>	utoiu Riddle	etasrobm	1 KB	27.04.08
<input type="checkbox"/>	viarga cials	Sie sparen 81%!	1 KB	27.04.08
<input type="checkbox"/>	viarga cilais	Sie sparen 85%!	1 KB	26.04.08
<input type="checkbox"/>	hilly ruye	Ihre Bestellung	1 KB	26.04.08
<input type="checkbox"/>	Jystein Coolidge	<?SPAM?> Ficken wie ein Weltmeister ?	5 KB	26.04.08
<input type="checkbox"/>	Nannemann	<?SPAM?> Sue was shocked at my new length	2 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	Lveitra Cyalsi	Free Vigara iPlls. yhahn's discount Coupon #YSwhe.	2 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	Aly Cull	stockard	1 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	Emilio Duffy	Take a look at the latest replica watches	1 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	bundy	Find out what everyone is discussing	1 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	Emerson Jeffries	<?SPAM?> Potenzprobleme? Ab jetzt nicht mehr	3 KB	25.04.08
<input type="checkbox"/>	jonah aminadab	top quality pieces	1 KB	25.04.08

Markieren: alle - gelesen - ungelesen - keine

1-18 von 18 Suchen

kein Spam Entfernen Aktionen Ablegen in

Ordner leeren

Spamwahrscheinlichkeit: ■ über 75% ■ 75% - 26% ■ 25% - 1%

TIPP Bester Schutz vor unerwünschten E-Mails

TIPP 50 MB Anlagen empfangen.

Nachrichten in diesem Ordner, die älter als 1 Tage sind, werden automatisch gelöscht.

Umgang mit Blacklists

- ▼ **Entstehung und Pflege dem Kunden überlassen - unproblematisch**

- ▼ **Entstehung und Pflege beim Provider. Regeln zu beachten:**
 - Grundsätzlich: Einwilligung des Kunden; Ausnahme: Schutz der Systemsicherheit
 - Keine willkürliche Aufnahme von Absenderadressen
 - Sorgfältige Auswahl und Überwachung der Informationsquellen
 - Pflicht zur Einführung von Prüfkriterien
 - Stetige Pflege
 - Bekanntgabe jeglicher Änderung von Kriterien dem Kunden

- ▼ **Risiken bei Verstoß**
 - Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gegen den Provider
 - LG Lüneburg vom 27.09.2007: IP-Blacklisting als Schutz vor Spam nur in „begrenzten Ausnahmefällen“

Vertragliche Lösungen - Zusammenfassung

▼ Innenverhältnis

- Gegenstand des Vertragsverhältnisse
 - Zustellungspflicht
 - Nebenpflicht zum Schutz vor „SPAM“
- Rechtssicherheit durch präzise vertragliche Regelung
 - konkrete Beschreibung von „SPAM“
 - konkrete Festlegung der Pflicht
 - „Berücksichtigung von Unwägbarkeiten“
- Klagbare Zugangsansprüche Dritter?

▼ Außenverhältnis

- Bildung „geschlossener Benutzergruppen“
- Klagbare Zugangsansprüche Dritter?



Verband der deutschen Internetwirtschaft e. V.

**Wir danken Ihnen für Ihre
Aufmerksamkeit
und
freuen uns auf die Diskussion mit
Ihnen!**

Jens Eckhardt

JUCONOMY Rechtsanwälte

Graf-Recke-Straße 82

40239 Düsseldorf

Tel. 0211 687 888 98 /

0178 666 40 60

E-Mail: eckhardt@juconomy.com



Ivo Ivanov

Rechtsanwalt

eco-Verband

Lichtstr. 43h

50825 Köln

Tel.: 0221 / 70 00 48 – 0

E-Mail: ivo.ivanov@eco.de