

SPAM: Prinzip Hoffnung?

Oliver Sidler

Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter und Dozent an den Universitäten Luzern und Freiburg, Zug

«Two years from now, spam will be solved,» verkündete der Microsoft-Gründer Bill Gates am letzten World Economic Forum in Davos. Als eine Möglichkeit zum Eliminieren der unerwünschten E-Mail-Werbung nannte er die von Microsoft entwickelte Technik «Caller ID» für E-Mail, welche die Herkunft eines Mail-Absenders über technische Spezifikationen zur Absender-Authentifizierung verifizieren soll.

Initiativen zur Bekämpfung von Spammern kommen nicht nur von der Industrie, auch die Internationale Fernmeldeunion (ITU) hat sich dem Problem angenommen. An der **Anti-Spam-Konferenz** vom Juli, welche die im Rahmen des Weltinformationsgipfels (WSIS) im Dezember lancierte Diskussion über geeignete Massnahmen gegen Spam weiterführte, war für die Teilnehmer die Notwendigkeit einer internationalen Zusammenarbeit evident, da die Flut von unerbetenen E-Mail-Nachrichten trotz Gesetzen in rund 30 Ländern und technischen Massnahmen nicht eingedämmt werden konnte. Robert Horton, Chef der australischen Regulierungsbehörde und Vorsitzender der Konferenz betonte aber auch, dass gesetzliche Grundlagen und eine klare Zuständigkeit innerhalb der einzelnen Länder Voraussetzungen für ein globales Vorgehen seien.

Einzig Südkorea konnte behaupten, dass sich infolge einer neuen Gesetzgebung die Fluten von unverlangten Mails verringert haben. Alle anderen Länder schätzten den Nutzen von Gesetzen gering ein. Auch der amerikanische Spam-Spezialist Matthew Prince warnte vor zu grossen Erwartungen an die Verabschiedung verschiedener Gesetze.

Wirkungslose Gesetze?

In den **USA** gibt es neben dem nationalen CAN-SPAM Act zurzeit 37 verschiedene Anti-Spam-Gesetze, welche eine unter-

schiedliche Schärfe aufweisen. Im US-Bundesstaat Virginia beispielsweise müssen Spammer mit einer Haftstrafe bis zu 5 Jahren und der Beschlagnahme von Vermögen und allen relevanten Computer-Equipment rechnen, sofern sie mehr als 10'000 Kopien einer E-Mail innerhalb von 24 Stunden oder mehr als 100'000 E-Mail innerhalb von 30 Tagen versenden. Verboten sind auch Tools, welche Mails automatisiert versenden oder die Absenderadresse verschleiern. Daneben kann auch strafrechtlich verfolgt werden, wer mehr als 1'000 US-Dollar innerhalb eines Tages mit einem Spam-Versand verdient (resp. 50'000 US-Dollar innerhalb von 30 Tagen). Nicht so drastisch will man im Bundesstaat Washington vorgehen. Der Versender von E-Mail-Werbung soll künftig die Kennzeichnung «ADV» (advertisement) in die Betreffzeile einfügen. Macht er das nicht, so droht eine Geldstrafe von mindestens 10 Dollar pro Mail (maximal 25'000 Dollar). Mit der ADV-Kennzeichnung soll den Benützern ermöglicht werden, die entsprechenden Mails zu filtern.

Der auf nationaler Ebene am 1. Januar 2004 in Kraft getretene CAN-SPAM-Act schreibt vor, dass unerbetene kommerzielle E-Mails bezeichnet werden und auch einen Hinweis für den Empfänger enthalten muss, wie er seine E-Mail-Adresse von der Adressliste des Absenders löschen kann (opt-out). Verboten ist das Versenden von Spammails mit erotischen Inhalten oder gefälschten Absenderadressen. Die Wirkung dieses neuen Gesetzes ist auch in den USA ernüchternd. Drei Monate nach Einführung des CAN-SPAM Acts erfüllten nur gerade drei Prozent aller Spam-Mails dessen Anforderungen. Der grösste Teil der Spammer kümmert sich denn auch nicht um die gesetzlichen Vorgaben, weil den Strafverfolgungsbehörden sowieso das Geld fehlt, die aufwändigen Untersuchungen durchzuführen. Zudem versenden vie-

Résumé: Rien ne parvient à endiguer la marée des courriels non sollicités. Ni les lois adoptées dans une trentaine de pays, ni les mesures techniques. Des bases légales harmonisées, et une répartition des compétences claire au sein des divers pays - voilà les conditions de départ pour une action au niveau mondial. Pour faire façon de cette marée, il faudra engager des moyens techniques adéquats. Le projet discuté actuellement aux Chambres fédérales est un mélange entre le système de l'opt-in et le système de l'opt-out.

En point de mire Im Brennpunkt

.....
Sidler | SPAM: Prinzip Hoffnung?

Zusammenfassung: Die Flut von unerbetenen E-Mail-Nachrichten kann trotz Gesetzen in rund 30 Ländern und technischen Massnahmen nicht eingedämmt werden. Nur harmonisierte gesetzliche Grundlagen und eine klare Zuständigkeit innerhalb der einzelnen Länder können Voraussetzungen für ein globales Vorgehen darstellen. Dazu braucht es den Einsatz von geeigneten technischen Mitteln, um der Spam-Flut entgegenzutreten. Der Schweizer Gesetzesvorschlag stellt einen Mix aus Opt-in- und Opt-out-Verfahren dar.

le Spammer in den USA verbotene Spammails aus Russland, Korea oder anderen Ländern.

Seit dem 31. Oktober 2003 ist in der Europäischen Union die Datenschutzrichtlinie in Kraft, welche in Art. 13 vorschreibt, dass elektronisch versandte Werbung nur noch mit vorgängiger Einwilligung der Teilnehmer zulässig ist (Opt-in-Verfahren). Im Rahmen von Kundenbeziehungen ist elektronische Werbung aber ausdrücklich erlaubt, unter dem Vorbehalt des Opt-out. Auf jeden Fall verboten ist es, beim Versenden von elektronischer Werbung die Identität des Absenders zu verschleiern oder verheimlichen oder keine gültige Adresse anzugeben, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

Deutschland beispielsweise hat die Datenschutzrichtlinie umgesetzt und auf den 7. Juli dieses Jahres die Novellierung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Kraft gesetzt. Nur wer die elektronische Adresse eines Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat, darf diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen nutzen. Dabei ist dem Kunden jederzeit die Möglichkeit zu gewähren, die weitere Nutzung seiner Mail zu untersagen. Nach dem Grundsatzentscheid des Bundesgerichtshofes vom 11. März 2004 (Az. I ZR 81/01) obliegt die Nachweispflicht für eine solche Erlaubnis dem Versender der Werbemails. Ob der Nachweis mittels sog. Bestätigungsmails genügen wird oder ob gar die Anmeldung ausdrücklich in einer zweiten E-Mail zu bestätigen ist, wird die Gerichtspraxis zeigen. Derzeit liegen noch keine entsprechenden Entscheide vor. Die Wirksamkeit des neuen Gesetzesartikels ist begrenzt, da sich die Verfolgung der Spammer schwierig gestaltet und die Verantwortlichen kaum ausfindig zu machen sind. Da die meisten Spammer Server-Standorte im Ausland verwenden, dürften diese auch weiterhin dem Zugriff der deutschen Behörden entzogen sein.

Und die Schweiz?

Die Schweiz kennt keine eigentliche Bestimmung, welche den Versand von un-

verlangten Werbe-E-mails untersagt oder einschränkt. Anwendbar auf diese Fälle ist das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb und das Datenschutzgesetz. Damit eine Werbe-E-mail als unlauter gilt, müssen beispielsweise die Absenderangaben nicht oder irreführend vorhanden sein oder auch irreführende Angaben über die Waren oder Leistungen des Absenders gemacht werden. Immerhin besteht schon nach geltender Rechtslage die Möglichkeit, das sog. Opt-out-Verfahren anzuwenden, wenn der Empfänger den Empfang weiterer Werbe-E-mails unterbinden will.

Im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes wird nun auch ein neuer Artikel im UWG vorgeschlagen, welcher die SPAM-Flut eindämmen soll. Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates zu einem neuen Art. 3 Bst. n UWG handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmelde-technisch sendet und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Bei bestehenden Kundenbeziehungen gilt diese Bestimmung nicht, wobei beachtet werden muss, dass bei Werbemails auf die Ablehnungsmöglichkeit hingewiesen werden muss. Der Vorschlag des Bundesrates entspricht somit weitgehend der EU-Regelung.

Eine von NR Kaufmann und SR Ory eingereichte parlamentarische Initiative, welche auf einem Vorschlag von Microsoft basiert, geht weiter und möchte auch die Auftraggeber der Spammer in die Pflicht nehmen. So könnten beispielsweise hiesige Unternehmen, welche den Auftrag zum Versenden von Spam-Mails an eine Firma in den USA oder Russland vergeben, straf- und zivilrechtlich verfolgt werden.

Damit man die Spam-Flut in den Griff kriegen kann, sind eine Harmonisierung der Gesetze und der Zuständigkeiten anzustreben sowie geeignete technische Mittel einzusetzen. Bis es soweit ist, benützen wir weiter mehr oder weniger funktionierende Filter und leben vom Prinzip Hoffnung. ■

D'AUTRE PART
UND AUSSERDEM

**Cinéma: un éléphant dans un
magasin de porcelaine**

Les propos de Pascal Couchepin sur le cinéma suisse, tenus pendant le Festival de Locarno 2004, ne s'oublieront pas de si tôt. Pascal Couchepin s'en est pris publiquement à David Streiff, son directeur de l'Office de la culture et à Marc Wehrlin, chef de la section Cinéma, dont il a mis en doute les compétences. Le procédé a d'autant plus surpris les observateurs que le chef du Département de l'intérieur avait peu avant ordonné une enquête administrative, dont il souhaitait qu'elle reste secrète. Le juriste Couchepin a sans doute oublié un vieux principe, à savoir que lorsqu'une enquête est en cours, on ne la perturbe pas par des déclarations fracassantes. En fait, pour Pascal Couchepin, rien ne va plus dans le monde du cinéma suisse. Selon lui, l'aide de l'Etat est bureaucratique et elle est «colonisée» par la gauche.

Comme entrée en scène du ministre de la culture, c'est plutôt bruyant. Depuis son arrivée au Département de l'intérieur en janvier 2003, Pascal Couchepin ne montrait guère d'intérêt pour la culture. A Soleure, en janvier 2004, il avait certes fait un premier discours. Mais celui-ci ne portait pas vraiment la marque du ministre. Cette fois, en revanche, c'est bien du Pascal Couchepin en version originale. Mais pourquoi cette virulence? On prétend qu'entre lui le sanguin et Marc Wehrlin, plus retenu, la communication s'est mal déroulée, dès le début. En fait, c'est le film «Bienvenue en Suisse» qui a mis le feu aux poudres. Lorsqu'il a appris que ce film avait déformé son patronyme de manière insultante, Pascal Couchepin a piqué une sainte colère, qui a redoublé lorsque Marc Wehrlin dut lui avouer qu'il n'avait pas lu le scénario préalablement.

A Locarno, les gens du cinéma sont restés bouche bée. Les producteurs de films, par exemple, affirment ne pas voir en quoi Marc Wehrlin aurait démérité. Et ils estiment qu'on fait beaucoup d'honneur à David Streiff en le critiquant, lui

qui ne s'est jamais occupé de cinéma. Le reproche qu'eux adressent à Marc Wehrlin est différent. Le chef de la section Cinéma ne veut pas de la création d'un institut indépendant chargé de répartir les subventions, telle qu'il existe dans un grand nombre de pays européens, comme par exemple en France (Centre national de la cinématographie). Un tel institut mettrait l'aide au cinéma à l'abri des aléas budgétaires. En 2003, l'aide au cinéma a perdu 1,3 million de francs, qui sont retournés dans la caisse fédérale faute de coproductions ou de projets suffisamment avancés.

Les cinéastes romands, de leur côté, estiment que l'aide au cinéma est effectivement devenue bureaucratique. Mais selon Frédéric Gonseth, ce n'est pas la faute de Marc Wehrlin, mais du manque d'argent. Dans leur premier tri, pour diminuer le nombre des prétendants à la manne fédérale, les fonctionnaires se montrent tatillons. La solution, ce serait plus d'argent. Mais Pascal Couchepin, qui a reçu les cinéastes romands à Locarno, n'a pas compris le message. Les Romands auraient voulu, plutôt qu'une enquête administrative concentrée sur de prétendus manquements, une commission de réforme, avec éventuellement des experts étrangers, pour analyser les forces et les faiblesses de l'aide au cinéma. Par la même occasion, ils ont demandé à Pascal Couchepin de modifier l'aide selon le succès des films, qui défavorise les films latins, selon eux. Depuis que ce système existe, 90% de l'argent est allé à des films allemands, qui sont avantagés sur le marché alémanique. Là aussi, Pascal Couchepin paraissait absent.

Ce qui a le plus déçu les milieux du cinéma, c'est l'affirmation selon laquelle la gauche colonise l'aide au cinéma. L'affirmation est jugée absurde. «En disant cela, Couchepin prouve qu'il ne saisit pas bien la situation. Il y a longtemps que la production de films indigène n'a plus été aussi apolitique qu'aujourd'hui», a écrit la «NZZ am Sonntag» du 15 août. Le cinéaste Frédéric Gonseth estime que cette affirmation «a été faite sans trop réfléchir, mais que, malheureusement, elle revient à faire un pas en direction de Christoph Blocher, tapi au coin du bois». Le plus problématique, c'est sans doute que Pascal Couchepin, après avoir déclaré dans la presse qu'il ne voulait pas d'une culture d'Etat, adopte un comportement qui va exactement en sens contraire. ■