



Produkttempfehlungen per E-Mail?

Michael Sonntag

Institut für Netzwerke und Sicherheit

Johannes Kepler Universität Linz

michael.sonntag@jku.at

Herangehensweise

- Es ist unklar, was das Verbot der E-Mail Werbung umfasst
 - Wenn verboten (§ 107 TKG) → Zu bestrafen (§ 109 Abs 3 Z 20 TKG)
 - Wenn strafbar → Muss verboten sein
 - Aber auch: Nicht zu bestrafen → Nicht verboten (?)
- Etwas gewagt, aber im „Normalbereich“ (zB keine Entschuldigungsgründe) mM nach korrekt
 - Insb wenn es um die Frage geht, wer ein „Täter“ sein kann
 - Wer begeht die Verwaltungsstraftat? Gibt es keinen Täter, so ist das entsprechende Verhalten wohl legal!
 - Siehe auch „Einheit der Rechtsordnung“

Ergebnis: Auslegung der Strafbestimmung analysieren um den Umfang des Verbots näher zu konkretisieren

Grundfall: BGH 12.9.2013, I ZR 208/12

- Unternehmen besitzt eine Online-Shop
- Darin gibt es ein Formular, mit dem ein Besucher ein Produkt einem anderen per E-Mail empfehlen kann
 - Die E-Mail besitzt keinen weiteren Inhalt, dh keine heimlich eingefügte Zusatzwerbung; es gibt keine Folge-E-Mails
 - Die E-Mail erscheint als vom Unternehmen versendet
 - Kein automatisierter Versand möglich (vermutlich Captcha)
- Ein Besucher nutzte das Formular und schickte mehrere Empfehlungen an einen Rechtsanwalt
 - Nach Abmahnung und Sperre der E-Mail Adresse erhielt er wieder mehrere E-Mails
- Das Unternehmen wurde wegen der Zusendung von E-Mail Werbung ohne vorheriger Empfänger-Zustimmung verurteilt

Besonders umstrittenes Element: Der „Dritte“

- Laut Urteil kommt es nicht darauf an, dass das Versenden der E-Mails auf dem Willen eines Dritten beruht
- Allein das Ziel „Werbung durch Bereitstellung der Funktion“ ist relevant
- Ergebnis:
 - Unzumutbare Belästigung
 - Empfänger hat nicht eingewilligt
 - Empfänger kann sich praktisch nicht zur Wehr setzen
- Das Unternehmen wird als „Täter“ qualifiziert
 - Selbst wenn das Unternehmen einen Missbrauch nicht in Kauf nimmt (festgestellt vom BGH!)
 - Aber es nimmt in Kauf, dass Werbung verschickt wird, obwohl Ungewissheit über eine Zustimmung besteht

Das Unternehmen als unmittelbarer Täter (1)

- Voraussetzung: Vornahme der Tathandlung durch vertretungsbefugte Organe oder sonstige Mitarbeiter
- Probleme:
 - Wer bildet hier einen Willen?
 - Wer handelt hier konkret für die Verwirklichung dieser Tat?
 - Wer entscheidet ob, wann, was, an wen?
 - Was passiert, wenn es keinen Dritten gibt?
- Judikatur: Fehlt eine Bewilligung (hier: Zustimmung), so ist der Täter, der sie nicht eingeholt hat
 - Aber: Fall beruhte darauf, dass die Tat im Auftrag dessen erfolgte, der die Bewilligung nicht einholte!
- Jegliche Konkretisierung der Tat fehlt → Das Unternehmen ist daher kein unmittelbarer Täter

Das Unternehmen als unmittelbarer Täter (2)

- § 107 Abs 5 TKG: Jedenfalls ist Werbung unzulässig, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag sie erfolgte, verschleiert wird
 - Explizite Unterscheidung zwischen „Auftraggeber“ und „technischem Dienstleister“ → Anzugeben ist Auftraggeber
 - Hintergrund: Dort ist ein Widerruf der Zustimmung, Abmeldung ... möglich
- Mittäterschaft des Unternehmens?
 - Kein gemeinsamer Tatplan
- Verdeckte unmittelbare Täterschaft?
 - Der Dritte kann nicht als „ausführendes Werkzeug“ gesehen werden, da das Unternehmen keinerlei konkretes Wissen hat

Das Unternehmen als Bestimmungstäter

- „Bitten“ und „Auffordern“ kommen als einziges in Betracht
 - Beauftragen, Bestechen, Befehlen, Bedrängen, Drohen, Überreden, .. Liegen eher fern!
 - Erfordernis: Einwirkung auf Psyche des unmittelbaren Täters
 - Das bloße Schaffen einer Gelegenheit ist höchstens Beitragstäterschaft!
- Potentiell problematisch sind daher:
 - Besondere Anreizsysteme (zB „-5% für 10 Empfehlungen!“)
 - Aufdringliches Anpreisen der Möglichkeit
 - Größe, farbliche Gestaltung, Animationen, Interstitials etc.
- Sachliche Darstellung der Möglichkeit ist erlaubt, aber zusätzliche relevante Anreize → Bestimmungstäterschaft und damit Verbot der Funktion!

Das Unternehmen als Beitragstäter

- Beitrag = Alles, was die Handlungen Dritter ermöglicht, erleichtert, absichert, fördert, ... → Eindeutig gegeben!
- Aber: Objektive Zurechnung bzw Sozialadäquanz dienen als Korrektiv (sonst fast uferlos!)
 - Beispiel: Zufahrt zum Mord
- Problem: Objektive Anhaltspunkte, dass Haupttäter damit eine Straftat begehen wollte → Hier gibt es jedoch keinen Haupttäter, da der Dritte keine Absatzförderung betreibt!
- Erfordernisse daher:
 - Kausalität + Adäquanzzusammenhang
 - Objektive Sozialinadäquanz des Verhaltens
 - Begründung eines eigenen zu missbilligenden Risikos
- Daher: Relevante Risikoerhöhung → Beitragstäterschaft

Anforderungen an rechtskonforme Empfehlungsfunktionen

- Eintragung der IP-Adresse des Web-Nutzers als Absender im E-Mail Header → Erlaubt Rückverfolgung zum „Dritten“
 - Ergebnis: Gleicher Informationsstand wie indiv. Versenden
- E-Mail des Dritten ist als Absender einzutragen
 - Dieser bildete den Willen → Ermöglicht Beschwerden bei ihm
- Protokollierung des Versendens
 - IP-Adresse, angegebene E-Mail Adresse
- Abmelde-Möglichkeit: Sperre der eigenen E-Mail Adresse
 - Ergebnis: Sogar besser als bei individuellen E-Mails!
- Gesamter Inhalt ist Dritten anzuzeigen
 - Keine „Anhängen“ von Werbung (ausg. zB Abmelde-Link)
- Verhinderung von Automatisierung, zB durch Captchas
- Keine Incentives für die Nutzung der Funktion

Bewertung

- Durch eine derartige Empfehlungsfunktion besteht gerade **keine** Gefahr der Überflutung mit unerwünschter Werbung
 - Es ist sogar eventuell noch komplizierter als per Mail-Client!
 - Wovon hängt die Gefahr ab:
 - Vom Unternehmen oder was Dritte eigenständig entscheiden?
 - Wie viele Unternehmen eine derartige Funktion anbieten?
 - Spam: Unternehmen entscheidet + kein Korrektiv (Porto)
 - Empfehlung: Dritter entscheidet + Vorhaltungen bei Übermaß
- Und wenn schon das Bereitstellen der Funktion verboten ist, was darf man dann noch?
 - Link der das lokale Mailprogramm öffnet?
 - Darf ein Text/Überschrift automatisch eingetragen werden?
 - Text: „Empfehlen Sie uns weiter, gerne auch per E-Mail“?



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Michael Sonntag

Institut für Netzwerke und Sicherheit

Johannes Kepler Universität Linz

michael.sonntag@jku.at