

Wann und inwieweit hat der Provider für Spamming durch Dritte einzustehen ?

Spamming und die Haftung des Providers

VON RECHTSANWALT LUKAS FÄSSLER

Spamming ist der „neue“ Weg, Werbung an Privatleute über E-Mail ohne vorherige Zustimmung der betreffenden Personen zu senden. Obwohl diese Art der Werbung gegen die Bestimmungen des Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verstösst und daher wettbewerbsrechtlich unzulässig ist, nimmt die Ueberflutung der persönlichen elektronischen Briefkästen auch in der Schweiz laufend zu. Der nachfolgende Artikel konzentriert sich auf die Frage, ob allenfalls auch der Internet Service Provider (ISP) der wettbewerbswidrig beworbenen Kunden dem Risiko einer Haftungsbelangung durch seine Vertragskunden ausgesetzt ist, wenn er gegen das Spamming keine Massnahmen ergreift. Diese Frage ist ein weiterer Mosaikstein in der bunten Palette von Verantwortlichkeitsfragen gegenüber dem Provider.

Ausgangslage

Im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung steht der Internet-Service-Provider (ISP). Die Leistung des ISP besteht darin, dass er zahlreichen Benutzern (seinen Kunden) einen Zugang zum Internet samt zugehöriger technischer Infrastruktur zur Verfügung stellt, so dass der Zugang für diese kostengünstig und einfach wird (Robert G. Briner, in: Hilty, Information Highway; Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Bern: Stämpfli 1996, S. 491). Der ISP unterscheidet sich vom Access Provider dadurch, dass er neben der reinen Zugangsverbindung noch ein erweitertes Dienstangebot (wie beispielsweise elektronischer Briefkasten für E-Mail, Suchdienste, Informationsangebote, Newsgroups, FTP etc.) integriert und seinen Kunden damit einen Mehrwert zur Verfügung stellt.

Die Spamming-Problematik

Wer im Internet für seine Waren und Dienstleistungen wirbt, der kann seine Werbung mit sehr geringem Aufwand laufend an aktuelle Gegebenheiten anpassen und eine praktisch unbeschränkte Anzahl von „Kunden“ elektronisch anschreiben. Damit besteht aber die Gefahr, dass die Kunden des ISP, welche vom Dienstangebot E-Mail Gebrauch machen – und das ist heute die Mehrheit aller Internet-Kunden – von massenhaftem Aussenden von Werbung zahlreicher Anbieter überflutet werden, von denen sie vorher weder Kenntnis hatten noch mit denen sie jemals in ein Kunden-Lieferantenverhältnis eingetreten wären. Dieses Auftreten von unerwünschten, massenweise versandten Werbe-E-Mails nennt man E-Mail-SPAMMING (vgl. dazu etwa die informative Seite des Instituts für Nachrichtenübermittlung der Universität-Gesamthochschule Siegen: www.uni-siegen.de/security/internet/spam.html).

Bei einer genauen Betrachtung der Problemlandkarte ergeben sich nachfolgend beschriebene Beziehungsfelder. Die Uebersichtsgraphik zeigt die Abhängigkeiten. Der ISP steht im hier interessierenden Problemfeld des SPAMMING grundsätzlich nur mit seinen Kunden in einem Vertragsverhältnis. Als SPAMMER kommen entweder Dritte, die mit dem Provider in keinem Vertragsverhältnis stehen oder eigene Provider-Kunden in Frage. Vom Provider können eingehende SPAMM-E-Mails sowohl an die eigene Kundschaft als auch an weitere vernetzte Provider und deren Kunden weitergeleitet werden.

Der Kreis von Betroffenen nimmt damit ein unüberschaubares Ausmass an, was bezüglich Verantwortlichkeit des Providers von entscheidender Bedeutung sein wird.

Der ISP-Vertrag

Die wesentlichen Elemente des Vertrages zwischen dem ISP und seinem Kunden bestehen in der Zugangsvermittlung und dem Bereitstellen eines bestimmten Dienstangebots einerseits und dem Entgelt des Kunden andererseits. Die Leistungen stehen in einem Austausch- (synallagmatischer Vertrag) und Dauerschuldverhältnis. Der ISP-Vertrag ist entweder ein reiner Auftrag oder kann ein Innominatvertrag mit weitgehend auftragsrechtlichen Elementen sein (vgl. auch Briner, a.a.O., S. 498 ff.; Reto M. Hilty, a.a.O., S. 483; R.H. Weber, a.a.O., S. 550). Die Verträge mit dem ISP werden (vor dem Hintergrund der Pornographie-Problematik und der Anerkennung des Mindestalters von 16 Jahren) regelmässig schriftlich abgeschlossen, aber ohne dass damit ein Schriftlichkeitsvorbehalt verbunden ist (Art. 16 OR).

Der Zugang zum Information Highway umfasst in aller Regel einen E-Mail-Dienst. Der ISP richtet für den Kunden einen elektronischen Briefkasten ein, in welchem er E-Mails für den Kunden entgegennimmt, aufbewahrt und zum Lesen (Herunterladen) bereithält. Der Zugriff auf den Briefkasten ist regelmässig passwortgeschützt. In der umgekehrten Richtung nimmt der ISP E-Mails des Kunden entgegen und besorgt über den Gateway-Computer deren Weiterleitung an die richtige Adresse.

Auftragsrechtliche Sorgfaltspflichten

Der E-Mail-Dienst als ein Teil des Dienstangebotes des ISP kann ohne weitere Probleme dem Auftragsrecht zugeordnet werden (vgl. auch R.H. Weber, a.a.O., S. 550). Der ISP muss somit getreue und sorgfältige Ausführung (Art. 398 Abs. 2 OR) garantieren. Beim Versenden von E-Mails kann der Kunde somit das Abschicken mit der richtigen Adresse, beim Empfang von E-Mails die Sicherstellung der Empfangsbereitschaft, das Bereithalten eines angemessen grossen Briefkastens und die jederzeitige Abrufbarkeit durch den Kunden verlangen. Unbestrittenermassen gehört zur getreuen Ausführung des Geschäftes auch die Wahrung der Vertraulichkeit, die aber im Rahmen der vorliegenden Fragestellung nach der Verantwortlichkeit des ISP im Rahmen von Spamming nicht weiter interessiert.

Vorkehrungen und Schutzmechanismen als Vertragsleistungen

Die Ausgestaltung des ISP-Vertrages als Austausch- und Dauerschuldverhältnis mit vorwiegend auftragsrechtlichen Elementen bringt es mit sich, dass der ISP alle notwendigen und (wirtschaftlich) zumutbaren Vorkehrungen zu treffen hat, welche die Erfüllung der vereinbarten Vertragsleistungen sicherstellen. Obwohl infolge grosser Vielfalt von ISP-Leistungen nur eine jeweilige Einzelfallprüfung die tatsächlichen Vertragsleistungen und die damit einhergehenden Sorgfaltspflichten bei der Leistungserbringung des ISP feststellen kann, darf heute beim Dienstangebot E-Mail davon ausgegangen werden, dass der ISP folgende Pflichten aus dem ISP-Vertrag bezüglich E-Mail-Service übernimmt:

1. Definierte Dienstverfügbarkeit der Kommunikationsverbindung während der Vertragslaufzeit (garantierte Benutzungszeiten),
2. Bereitstellen von genügend Speicherplatz auf dem E-Mail Server für Up- und Downloading von Meldungen inkl. Attachements (Einschränkungen bez. Attachment-Grösse gehören in den ISP-Vertrag),
3. Vertraulichkeit und Geheimhaltungspflicht bezüglich gespeicherter Daten (keine Herausgabe von Kundeninformationen und/oder Kundendaten ohne ausdrückliches Einverständnis des Kunden),
4. Technische Sicherungspflichten des eigenen Systems, während dieses vom Kunden genutzt wird, sowie des Kundensystems, soweit dieser – etwa beim automatischen Updating – Sachherrschaft über dieses temporär eingeräumt erhält (z.B. auch Sperrung bestimmter behördlich bekanntgegebener JP-Adressen; vgl. dazu insbesondere auch Fussnote 11, Seite 13 des Green

Paper der EG-Kommission: „Green Paper on the protection of Minors and Human Dignity in Audiovisual and Information Services 1996; Quelle: www2.echo.lu/en/internet/content/gpen-txt.html).

Ein technisch nicht ausreichend gesichertes System stellt somit eine haftungsbegründende Gefahrenquelle dar. Notwendig sind insbesondere Absicherungen gegen unautorisierte Zugriffe Dritter (wozu auch Spamm-Mails gehören), ebenso regelmässige Prüfungen gegen importierte Programm-viren und regelmässige Datensicherung. Sind solche Massnahmen allein schon aus der Erfüllung der vertraglichen Sorgfaltspflichten generell gegeben, so haftet der ISP erst recht, wenn er Kenntnis über entsprechende vertragsverletzende Tätigkeiten Dritter erlangt. Diese Kenntnisse können vom Kunden selber herkommen, der den ISP ausdrücklich auf SPAMM-Mail aufmerksam macht; sie können aber auch aus der Kenntnisnahme irgendwelcher Drittquellen (Internetinfos; andere ISP; behördliche Hinweise etc.) herrühren. Da es sich beim Spamming um ein rechtswidriges Verhalten Dritter (eigener Kunden oder Dritter Nichtkunden) handelt, kann sogar eine Sperre des Zugriffs auf den Herkunftsrechner als verhältnismässige und zumutbare Massnahme in Frage kommen.

Haftung des JSP aus Vertragsverletzung

Trifft der ISP die zumutbaren und (wirtschaftlich) vertretbaren Massnahmen während der Vertragsdauer nicht, so verletzt er seine vertraglichen Sorgfaltspflichten, was zu einer grundsätzlichen Haftung aus Nichterfüllung aus Vertrag führt. Im Rahmen der Vertragsbeziehungen erwartet der Kunden einen ungestörten und ununterbrochenen Zugang zu den Informations-Dienstleistungen, insbesondere auch zu den vertraglich eingeräumten E-Mail Funktionalitäten. Liegt die Ursache einer Störung der Dienstleistungen im Einflussbereich des ISP, ist grundsätzlich von einer Nicht- bzw. Schlechterfüllung auszugehen.

Haftungsfolgen des ISP treten nach der klassischen Delikts- und Vertragsverletzungslehre bei Erfüllung von vier Haftungsvoraussetzungen ein, nämlich dem Eintritt eines zu ersetzenden Schadens, der Widerrechtlichkeit (Rechtswidrigkeit, Vertragsverletzung) des Verhaltens der haftpflichtigen Person, dem Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Schadenseintritt sowie dem Verschulden (bzw. dem Scheitern der Exkulpation) der haftpflichtigen Person. Die Beweislast für das Erfüllen dieser Voraussetzung liegt grundsätzlich beim geschädigten Kläger.

Obwohl diese Ausgangslage auf den ersten Blick für den ISP vorteilhaft erscheint, darf dies keinesfalls zu leichtfertigem Umgang mit den ihm aus dem bestehenden Vertragsverhältnis mit seinen E-Mail Kunden bestehenden vertraglichen Verpflichtungen führen. Der ISP hat alles technisch Mögliche und wirtschaftlich Vertretbare zu unternehmen, damit die aus dem E-Mail Paket zugesicherten Leistungen fehlerfrei und uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

Wenn dies nicht der Fall ist, greift sehr schnell und für den jeweiligen Kunden auch relativ leicht zu beweisen die Haftung aus Vertragsverletzung.

Es ist dem ISP deshalb auch dringend zu empfehlen, seine den Kunden unterbreiteten schriftlichen Vertragsunterlagen diesbezüglich zu überprüfen. Es ist nämlich grundsätzlich auch möglich, die aus der Vertragsverletzung fliessende Haftung im Rahmen der Rechtsordnung zu beschränken und durch aktive Haftungsbegrenzungsvorkehren ganz erheblich zu reduzieren.

Autor: Lic. iur. Lukas Fässler ist Mitglied des Fachgruppe E-Business des Schweizerischen Wirtschaftsinformatik-Verbandes SWIV und Partneranwalt von JurisNET GmbH.

Datum: 10. August 1999