

Oliver Lackenbacher

Unerbetene Werbung: Ein kurzer Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich:

Art. 10 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie¹ normiert für Werbung mittels Voice-Mail und Telefax das Opt-In-Verfahren² und für alle anderen Fernkommunikationstechniken³ das Opt-Out-Verfahren (Art. 10 Abs. 2).⁴

Gemäß Art. 14 der Fernabsatzrichtlinie steht es den nationalen Gesetzgebern jedoch frei, strengere Regelungen vorzusehen. Es ist somit zulässig, für alle Werbevarianten iS der genannten Richtlinie das Opt-Out-Prinzip einzuführen.

Österreich entschied sich - anders als die Bundesrepublik Deutschland - für diesen Weg und normierte in § 101 Telekommunikationsgesetz⁵, dass Anrufe - einschließlich des Sendens von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig sind.

Der Einwilligung des Teilnehmers steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss. Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers.

Telefonwerbung/Faxwerbung:

Telefonwerbung ohne vorhergegangener Zustimmung des Angerufenen (sog. "cold-calls") sind ebenso wie unerbetene Faxwerbung unzulässig. Der Oberste Gerichtshof (OGH) vertritt die Rechtsansicht, dass Telefonwerbung das mit jeder Werbung mehr oder weniger verbundene, noch tragbare Maß der Belästigung übersteige und der Anrufer daher unzulässigerweise in die Individualsphäre des Anschlussinhabers eingreife.

¹ RL 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144/19ff vom 4.6.1997.

² "**Opt-In**" bedeutet, dass ein Unternehmen, welches via Fernkommunikationstechniken mit Werbung an (potentielle) Kunden herantreten möchte, bereits im Vorfeld deren Einverständnis einzuholen hat, währenddessen beim **Opt-Out-Verfahren** die Werbung so lange zulässig ist, als der Kunde nicht mitteilt, künftig nicht mehr beworben werden zu wollen.

³ Nach Art 2 Z 4 Fernabsatzrichtlinie sind dies jene Kommunikationsmittel, welche zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Lieferanten eingesetzt werden können, ohne dass diese gleichzeitig körperlich anwesend sein müssen. Eine Liste mit demonstrativer Aufzählung derartiger Kommunikationsmittel ist in Anhang I zur FernabsatzRL enthalten: Drucksache mit/ohne Anschrift, vorgefertigter Standardbrief, Presswerbung mit Bestellschein, Katalog, telefonische Kommunikation mit Personen oder Automaten (Voice-Mail-System, Audiotext), Hörfunk, Bildtelefon, Videotext, elektronische Post, Telefax, Teleshopping.

⁴ Nicht betroffen ist somit die "klassische" Werbung, bei welcher der Kunde mittels Briefsendung angesprochen wird.

⁵ TKG, BGBl. I Nr. 100/1997 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 26/2000.

Ergänzend zu § 101 TKG erlegt § 5c Z. 3 KSchG idF FernabsatzG⁶ dem Unternehmer seit 1.6.2000 bei Ferngesprächen mit Verbrauchern die Verpflichtung auf, zu Beginn des Gesprächs den Namen oder die Firma des Unternehmers und den geschäftlichen Zweck des Gesprächs klar und verständlich offen zulegen.⁷ Der Gesetzgeber wollte damit aber ausdrücklich nicht in die Rechtsprechung zur Unzulässigkeit unerbetener Anrufe bei Privatpersonen eingreifen.⁸ Die Zulässigkeit eines Anrufs ist daher unabhängig davon zu beurteilen, dass der Unternehmer nach § 5c Z. 3 S1 KSchG zur Bekanntgabe seiner Identität und des kommerziellen Zwecks des Anrufs verpflichtet ist. Ein Anruf ist daher nicht unter Berufung auf die Erfüllung der Formerfordernisse des § 5c Z. 3 S1 KSchG gerechtfertigt.⁹

Werbung ist nach Ansicht des OGH jede Äußerung eines Handelsgewerbes, Handwerkes oder freien Berufes, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Auch die telefonische Einholung der Zustimmung bzw. der Einwilligung zu einem späteren Werbeteléfonoat ist bereits unzulässig.

Dass dieses Verbot nicht durch die Zwischenschaltung eines weiteren Unternehmens, welches an das zu bewerbende Unternehmen herantritt, um die Einwilligung zur Kontaktaufnahme zu erhalten, umgangen werden kann, ist naheliegend. Ob das zwischengeschaltete Unternehmen im Anruf selbst wirbt, ist dabei, wie der OGH erkannte, unerheblich.¹⁰

Gleich wird der Fall zu behandeln sein, in dem ein Direkt-Mail-Unternehmen E-Mail-Adressaten anbietet, ihm ihr Einverständnis zu geben, dass namentlich nicht näher genannte andere Unternehmen "Angebote aller Art" mittels E-Mail an ihre Adresse senden dürfen. Wie *Höhne*¹¹ in seinem Artikel ausführt, kann eine Einwilligung im Sinne des Gesetzes nicht eine derart pauschale Zustimmung sein, wie sie vom Direkt-Mailer im konkreten Fall angeboten wurde. Eine derartige Einwilligung müsse sich - wie ja beispielsweise auch im Datenschutzrecht die Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten ganz konkret, also einem bestimmten Unternehmen und für eine bestimmte Verwendung, erteilt werden muss - auf ein bestimmtes Unternehmen und dessen Zusendung beziehen. Ansonsten könne eine einmal gegebene Zustimmung faktisch schwer widerrufen werden, denn der mit Werbung Überflutete wüsste gar nicht - abgesehen vom Direkt-Mail-Unternehmen - wem gegenüber er seinen Widerruf erklären sollte.

E-Mails¹²:

Wie bereits ausgeführt, bedarf die Zusendung elektronischer Post als Massensendung oder zu Werbezwecken der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers.¹³

Unstrittig sind E-Mails unter "elektronischer Post" zu verstehen. Ob auch an Mobiltelefone gesendete Textnachrichten (SMS)¹⁴ darunter zu subsumieren sind, wird einer eingehenderen Betrachtung bedürfen.

⁶ BGBl. I 1999/185.

⁷ Sanktion: Verwaltungsstrafe nach § 32 Abs.1 Z. 7 KSchG.

⁸ EBRV zum FernabsatzG 1998 BlgNR, XX. GP, 23.

⁹ *Michael Gruber*, Werbung im Internet in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 135 f.

¹⁰ OGH 18.5.1999, 4 Ob 113/99 t - Telefonwerbung III - MR 1999, 300.

¹¹ Siehe *Höhne*, trend, 3/2001, 173.

¹² Zur Funktionsweise vgl. *Michael Gruber*, Werbung im Internet, *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 128 f.

¹³ eingefügt durch Novelle BGBl. I Nr. 188/1999, gültig seit 20.8.1999.

Mit dem Inkrafttreten des § 101 S3 TKG ist auch die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der E-Mail-Werbung nach österreichischem Recht eindeutig: Die Zusendung einer (auch einzelnen) Werbe-E-Mail ist ohne vorherige Zustimmung des Empfängers gesetzwidrig. Dieser Gesetzesverstoß bedingt die Sittenwidrigkeit der Werbemethode nach § 1 UWG¹⁵. Denn schon nach seinem Wortlaut ist § 101 TKG eine Schutzbestimmung zugunsten des Adressaten der E-Mail und begründet ein subjektives Recht des Adressaten, Werbe-E-Mails zu untersagen.¹⁶ Diesen methodischen Weg ist schon die zweite Telefax-Entscheidung des OGH gegangen.¹⁷ Für Werbe-E-Mails gibt es einen Beschluss des HG Wien vom Dezember 1999,¹⁸ wonach unerwünschte E-Mail-Werbung der unerbetenen Telefon- und Faxwerbung gleichzuhalten ist und einen Unterlassungsanspruch nach § 354 ABGB iVm 101 TKG (nF) rechtfertigt.¹⁹

Bezüglich des Begriffes "Massensendung" wird im Gesetz keine Größenordnung angegeben, allgemein wird jedoch die Ansicht vertreten, dass eine solche bei ca. 200-300 E-Mails vorliegt.²⁰

Eine höchstgerichtliche Entscheidung zur E-Mail-Werbung steht, soweit ersichtlich, bisher jedoch aus.

Textnachrichten (SMS).²¹

§ 101 TKG regelt Anrufe und Fernkopien, sowie die Zusendung elektronischer Post. Die bisherigen Entscheidungen des OGH zur unerbetenen Werbung beziehen sich - abgesehen vom zitierten Beschluss des Handelsgerichtes Wien - ausschließlich auf Werbung mittels Telefon, Telefax²² und Telegramm²³. Da jedoch auch SMS zur Übermittlung von Werbebotschaften genutzt werden können, stellt sich die Frage, ob diese von den Beschränkungen des § 101 TKG mitumfasst sind.

Zur Beantwortung dieser Frage ist vorweg festzuhalten, was ein SMS ist. Bei SMS-Nachrichten handelt es sich um Textnachrichten, welche dem Mobiltelefonnutzer übermittelt werden und die dieser auf dem Display seines Apparates lesen kann. Die Nachricht ist somit technisch ein "eingehender Anruf", dessen Inhalt jedoch nicht Sprache, sondern Text ist.

Die Technik unterscheidet somit nicht zwischen der Übermittlung von Sprache und Text. Es darf jedoch davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Entstehung der gegenständlichen Bestimmung unter "Anruf" die reine Sprachübermittlung verstanden hat und auch nur diese in der ersten Variante des § 101 TKG regeln wollte. Somit bleibt zu prüfen, ob eine Textnachricht unter "Fernkopie" subsumiert werden kann. Unter Fernkopie verstand die Judikatur bisher - wie wohl vom Gesetzgeber intendiert - Telefaxe und Telegramme. Auch dies-

¹⁴ Mit Hilfe des SMS-Dienstes können Mitteilungen mit bis zu 160 Zeichen über das Mitteilungszentrum des jeweiligen Telekommunikation-Netzbetreibers von Mobiltelefonen empfangen und gesendet werden. Dieser Dienst steht jedoch nur zur Verfügung, wenn er vom jeweiligen Netz unterstützt wird.

¹⁵ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl. Nr. 448/1984 idF. BGBl. I Nr. 55/2000.

¹⁶ So die Argumentation des OGH JBl 1999, 809, 810 für § 101 TKG (Fassung 1997) in Zusammenhang mit Faxwerbung. Für § 101 Satz 2 (Fassung 1999) ist schon aufgrund desselben Wortlautes ("zu Werbezwecken") dieselbe Sichtweise angebracht.

¹⁷ OGH JBl 1999, 809, 810.

¹⁸ HG Wien vom 23.12.1999 39, Cg 119/99i-4.

¹⁹ Michael Gruber, Werbung im Internet in *Gruber/Mader*, Internet und e-commerce (2000) 137.

²⁰ So z.B. RA Dr. Andreas Hanusch im persönlichen Gespräch unter Hinweis auf das PosttarifG.

²¹ Siehe auch Fußnote 14.

²² OGH 28.10.98, 4 Ob 320/97f, RdW 1998, 117.

²³ OGH 25.6.1996, 4 Ob 2141/96 - Telegrammwerbung - ecolex 1996, 768 = MR 1996, 165 = ÖBl 1996, 165 = WBl 1996, 411.

bezüglich war der Hintergrund jener, dass der Adressat durch die Nachricht über das erträgliche Ausmaß hinaus belästigt wird. Beim Telefax kam zur Belästigung noch der Verbrauch von Toner und Papier beim Empfänger hinzu. Das nachträglich eingeführte Verbot unerbetener elektronischer Post zielt vordergründig auf E-Mails ab. Die Interpretation wird mE jedoch ergeben, dass - auch wenn sie vom Gesetzgeber nicht *expressis verbis* genannt wurden - SMS wegen der selben Belästigung des Adressaten darunter zu subsumieren sind.

Die konkrete Einordnung der Textnachrichten ist deshalb von entscheidender Bedeutung, weil die Missachtung neben den zivilrechtlichen Folgen auch eine Verwaltungsübertretung darstellt und mit der Auslegung von (Verwaltungs-)Straftatbeständen äußerst vorsichtig umzugehen ist. Wie bereits ausgeführt, bin ich der Ansicht, dass SMS als "elektronische Post" zu qualifizieren sind, weshalb sich das Problem des analogen Straftatbestandes in Wahrheit nicht stellt. Es muss in diesem Zusammenhang jedoch auch darauf hingewiesen werden, dass den Materialien diese Interpretation nicht entnommen werden kann und auch argumentiert werden könnte, dass der Gesetzgeber des Jahres 1999 SMS *expressis verbis* regelt hätte müssen, wollte er sie pönalisieren.

Folgen:

Die Missachtung stellt eine Verwaltungsübertretung dar, welche mit einer Geldstrafe bis zu S 500.000,- geahndet wird. Darüber hinaus drohen dem werbenden Unternehmen zivilrechtliche Schritte durch Mitbewerber, nämlich Klagen nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (oder dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch).²⁴

Das UWG verbietet in § 1 Handlungen zu Zwecken des Wettbewerbs, die gegen die guten Sitten verstoßen. Liegt ein derartiger Verstoß vor, kann auf Unterlassung und Schadenersatz geklagt werden. Voraussetzung für die Klage ist nur eine objektive Sittenwidrigkeit, nicht jedoch das Bewusstsein der Unlauterkeit der Vorgangsweise oder ein sonstiges Verschulden des werbenden Unternehmens.

Abschließende Bemerkungen:

Das Opt-Out-Prinzip wird auch in Deutschland inzwischen heftig kritisiert.²⁵ Auch die Rechtssprechung hat das Zusenden unverlangter E-Mails inzwischen mehrfach als sitten- und daher auch wettbewerbswidrig beurteilt²⁶. Demnach stellt die unaufgeforderte Zusendung einer E-Mail an Gewerbetreibende einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar und ist somit als Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB zu werten. Unverlangtes Versenden von Werbung an einen privaten E-Mail-Account ist wettbewerbswidrig.

²⁴ Neben Mitbewerbern kann auch der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb eine entsprechende Klage einbringen. Nicht klagslegitimiert sind hingegen Konsumenten, wie auch angehörige der freie Berufe (Rechtsanwälte, Notare etc.).

²⁵ So *Höhne* in trend, 3/2001, 173

²⁶ z.B. LG Augsburg 19.10.1998, 2 O 34416/98; LG Berlin 2.4.1998, 16 O 201/98, NJW-CoR 1998, 431; LG Berlin 14.5.1998, 16 O 301/98, NJW-CoR 1998, 431; AG Brakel 11.2.1998, 7 C 748/97, NJW-CoR 1998, 431; LG Ellwangen 27.8.1999, 2 KfH O 5/99, MMR 1999, 675.