

Max W. Mosing

Alpenbollwerk

Österreich stellt unerwünschte elektronische Werbung unter Strafe

Das Nachbarland Österreich ist noch einen Schritt weiter gegangen als der deutsche Gesetzgeber: Dort kann nicht nur der Verbraucher auf Unterlassung unerwünschter Werbung klagen, auch der Staat und Mitbewerber können ordentlich zur Kasse bitten. Dies müssen sich auch deutsche Versender hinter die Ohren schreiben, wenn sie nach Austria senden.



Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte fällt das Übermitteln von Werbebotschaften unter die Freiheit der Meinungsäußerung. Beschränkungen sind daher nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Die Werbefreiheit kollidiert mit einem zentralen Ziel der modernen Gesetzgebung: dem Verbraucherschutz im weiteren Sinne. Ein Beispiel bildet die in den meisten Staaten eingeschränkte oder sogar verbotene Werbung für Tabakwaren und Alkohol. Auch gewisse Werbemethoden missfallen den Ge-

ches Verbot für Werbung mit elektronischer Post. Deren Zusendung zu Werbezwecken bedarf der vorherigen – jederzeit widerrufbaren – Zustimmung des Empfängers.

Diese Regelung schneidet Werbetreibenden de facto den gesamten E-Mail-Werbemarkt in Österreich ab. Nach der Regelung darf der Werbetreibende nicht nur dem Verbraucher keine elektronische Post zu Werbezwecken senden, sondern überhaupt keinem Empfänger – also auch nicht Unternehmen. Wer dennoch eine einzige (!) elektronische Post zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung zusendet, begeht eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe bis zu 500 000 Schilling (etwa 75 000 Mark) bestraft werden.

Auch das Versenden von Massensendungen mit elektronischer Post ohne vorherige Zustimmung des Empfängers fällt unter die oben genannte Verwaltungsstrafe. Damit kann auch das Versenden von privaten Ketten-E-Mails zu einer saftigen Buße führen.

Der Werbemarkt Österreich und die Österreicher stehen vor einer Regelung, die alles andere als klar ist. Der Gesetzestext verwendet den Ausdruck 'elektronische Post'. Möglicherweise ist damit nicht nur die klassische E-Mail, sondern auch die elektronische Nachricht via Short Message Service (SMS) auf ein Mobiltelefon gemeint. Sollte man den Ausdruck tatsächlich so weit verstehen, könnte bei unerwünschten SMS neben den zivilrechtlichen Klagen [4] dem Versender auch die obgenannte Verwaltungsstrafe blühen.

Auch die Formulierung 'Zusendung von elektronischer Post [...] zu Werbezwecken' lässt einige Fragen offen. Ist ein Bewerbungsschreiben ebenfalls eine Zusendung zu Werbezwecken? Riskiert also ein Job-suchender eine Verwaltungsstrafe, wenn der potenzielle Arbeitgeber nicht vorher seine Zustimmung zu dieser Kommunikationsform erteilt hat [5]? Obwohl die Rechtsprechung 'Werbung' sehr weit auslegt, scheint dieser Schluss doch über das Ziel hinauszuschießen. Eine Bewerbung ist wohl nicht als Werbung zu qualifizieren. Weiterhin: Ab welcher Anzahl von Empfängern kann von

einer Massensendung gesprochen werden? Anhaltspunkt könnte die Versendung außerhalb der virtuellen Welt sein: ab einer Anzahl von 400 Briefstücken bietet die (österreichische) Post AG sogenannte 'Info-Mails' – vergleichbar mit der früher als 'Massensendung' bezeichneten Leistung, allerdings ohne Adressierung – an. Diese Zahl könnte auch für die Massensendung mittels elektronischer Post gelten, doch bleibt abzuwarten, ob die Behörden so entscheiden werden.

Wie erhält man nun die Zustimmung, um rechtmäßig Massensendungen per elektronischer Post versenden zu können oder elektronische Post zu Werbezwecken einzusetzen?

Die meisten Unternehmen nehmen entsprechende Erklärungen in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf. Die im Rahmen der deutschen Verhältnisse erwähnte 'Unterstellung der Zustimmung' [4] (stillschweigende Zustimmung) ist auch ein Denkmodell für die österreichische Verhältnisse. Eine stillschweigende Zustimmung – auch aus Sicht des Datenschutzgesetzes – kann aber allein aufgrund eines bestehenden Vertrages nicht angenommen werden.

Um auf der sicheren Seite zu stehen, sollte der Werbende auf jeden Fall eine *förmliche* Zustimmung einholen – allerdings nicht über E-Mail, da diese ihrerseits wieder als Werbemail qualifiziert werden könnte.

Ausland

Somit gilt für den österreichischen E-Mail-Werbende – und möglicherweise auch für den SMS-Versender – dass er sich strafbar macht, wenn er ohne vorherige Zustimmung eine Werbenachrichtigung oder Massensendung zuschickt. Es fragt sich nun, ob auch derjenige mit der saftigen Verwaltungsstrafe rechnen muss, der aus dem Ausland nach Österreich elektronische Post zu Werbezwecken oder als Massensendung absetzt.

Die unterschiedlichen Rechtsordnungen beurteilen natürlich auch Handlungen im Netz unterschiedlich, was für den Nutzer eine enorme Rechtsunsicherheit bedeutet. Aus diesem Grund versucht die EU, die

...was Recht ist

setzgebern, wie das europaweite Verbot unerwünschter Werbeanrufe zeigt. Dem weiter folgend, hat die Europäische Gemeinschaft in der Fernabsatzrichtlinie normiert, dass Werbung über Voice-Mail-Systeme und Telefax der vorherigen Zustimmung des Verbrauchers bedarf [1]. Andere Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, dürfen nur dann verwendet werden, wenn der Verbraucher ihre Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat. Die offenkundige Ablehnung soll gemäß der EU durch Eintragung in 'Robinson-Listen' erfolgen [2].

Weiter unzufrieden

Das reichte dem österreichischen Gesetzgeber nicht aus. Da die europarechtlichen Vorgaben nur Mindeststandards definieren, fasste sich das österreichische Parlament ein Herz und erließ mit der Novellierung des § 101 des österreichischen Telekommunikationsgesetzes (öTKG) [3] ein grundsätzli-

Recht  Spamming

rechtlichen Rahmenbedingungen auch für die Dienste des Internet so zu harmonisieren, dass staatliche Grenzen nicht mehr den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr im E-Commerce beschränken. Auch Werbung zählt zu Dienstleistungen und ist daher prinzipiell von den Grundfreiheiten der EU erfasst. Allerdings ist gerade der Bereich der kommerziellen Zusendung von elektronischer Post ausdrücklich von der Harmonisierung ausgenommen [6].

Nach dem österreichischen Verwaltungsstrafgesetz kann nur derjenige bestraft werden, der in Österreich gehandelt hat, oder wenn dessen rechtswidriger Erfolg in Österreich verwirklicht wurde. Geht man davon

aus, dass nach dem Gesetz das 'Zusenden' bestraft werden soll, so ist das Zugehen an den Empfänger der strafbare Erfolg.

Somit könnte auch jemand eine Verwaltungsstrafe bis zu 500 000 Schilling erhalten, der zum Beispiel von Deutschland aus eine Werbe-E-Mail nach Österreich versendet. Der Erfolg des 'Zusendens', nämlich das Zugehen, wäre in Österreich realisiert, und dem Versender der E-Mail drohte oben genannte Verwaltungsstrafe. Sollte dieser Fall jemals eintreten, so ist allerdings die tatsächliche 'Eintreibung' der Strafe aufgrund der Vollstreckungs- und Auslieferungsübereinkommen für Verwaltungsstrafen im Ausland sehr unwahrscheinlich. Von

einem Skiurlaub in den österreichischen Alpen bliebe dann aber eher abzuraten.

Viel härter als die mögliche Verwaltungsstrafe könnten den Versender Unterlassungsklagen der Mitbewerber treffen. Sie könnten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (öUWG) auf Unterlassung und unter Umständen auf Schadenersatz klagen. Die Prozesse wären aufgrund des Marktortprinzips (auch) vor österreichischen Gerichten zu verhandeln, und die Anwalts- und Prozesskosten könnten enorme Beträge erreichen. Es sei daher jedem Werber, der elektronische Post einsetzen möchte, geraten, sich genau über die rechtlichen Rahmenbedingungen im Staat seiner Empfänger zu erkundigen.

In der Alpenrepublik hat man für alle diese Schwierigkeiten eine 'typisch österreichische Lösung' gefunden: Es gab – soweit ersichtlich – bisher kein einziges Verfahren, das sich auf das Verbot der Zusendung von elektronischer Post gestützt hat. Aber wer weiß ... (fm)

*Der Autor ist Jurist in Wien.
max.mosing@informationsrecht.at*

Literatur

- [1] Art. 10 der RL 1997/7/EG vom 20. 5. 97
- [2] RL 2000/31/EG Richtlinie vom 8. 6. 2000 (http://europa.eu.int/ISPO/e-commerce/legal/documents/2000_31ec/2000_31ec_de.pdf)
- [3] BGBl I 100/1997 i. d. F. BGBl I 188/1999
- [4] Tobias H. Strömer, Nur die Ruhe bewahren, c't 7/01, S. 216
- [5] Gerhard Laga, Das österreichische Spam-Verbot: ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243
- [6] Art. 3, Abs. 3 der RL über den Elektronischen Geschäftsverkehr (deswegen wird wohl auch der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit europarechtlich zulässig sein) 