

Wer nicht wirbt, stirbt

(wer wirbt, hat's aber auch nicht leicht...)

Kurzdarstellung der neuen Rechtslage für Werbung mittels Email, Newsletter und SMS

von RA Dr Georg Röhner, Lambert Rechtsanwälte Wien

1997 war Österreich mit der Einführung des Verbotes von Telefonanrufen zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung des Angerufenen („Cold Calling“) noch Vorreiter in Europa. Danach nahm die Belästigung durch unverlangte Werbeaktivitäten im elektronischen Bereich – hier insbesondere durch die viel zitierten Spam-Mails – derart zu, dass EU-weit umfangreiche Restriktionen beschlossen wurde. Der Umstand, dass Österreich mit seinem Telekommunikationsgesetz 2003 diese Beschränkungen im Bereich der Werbung zwischen Unternehmen nicht ausreichend umsetzte, führte zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU. Unter dem Eindruck dieses Verfahrens hat der österreichische Gesetzgeber die Bestimmung des § 107 TKG mit Wirksamkeit ab 01.03.2006 erheblich verschärft – eine Gesetzesänderung, die für alle Unternehmen, die über Email, elektronische Newsletter oder SMS Werbung im weitesten Sinn betreiben, erhebliche Auswirkungen hat.

Eine Verletzung dieser, unten noch näher beschriebenen, neuen Regelung kann nicht nur **Verwaltungsstrafen bis zu € 37.000,00** mit sich bringen, sondern vor allem auch **Wettbewerbsklagen** missgünstiger Konkurrenten oder **Unterlassungsklagen** von Empfängern dieser Werbebotschaften. Gerade letzteres wird in Zukunft noch deutlich zunehmen – haben es sich doch schon in den vergangenen Monaten immer mehr Personen, unterstützt durch „geschäftstüchtige“ Anwälte, geradezu zum „Sport“ gemacht, Unternehmen, welche die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen nicht auf Punkt und Beistrich einhalten, mit kostenpflichtigen Abmahnungen und in weiterer Folge Unterlassungsklagen einzudecken.

Grund genug also, die ab 01.03.2006 geltende Rechtslage in einer kurzen Zusammenschau darzustellen:

1. Telefonanrufe und Telefax-Sendungen:

Hier hat sich an der, bereits bisher äußerst strengen, Rechtslage nichts geändert. **Jede** Form von Telefonanrufen oder Fax-Sendungen zu Werbezwecken, für die nicht eine ausdrückliche, im Vorhinein erteilte, Einwilligung des Empfängers vorliegt, ist verboten! Was dabei oft übersehen wird, ist, dass dieses Verbot auch gegenüber Empfängern besteht, mit denen das werbende Unternehmen bereits in Geschäftsbeziehungen stand oder noch steht. Selbst wenn also ein Kunde bereits seit vielen Jahren von Ihnen regelmäßig Produkte oder Dienstleistungen bezieht, verletzt das freundliche Telefax-Schreiben über Ihr neuestes Sonderangebot das gesetzliche Verbot! Dies gilt nur dann nicht, wenn Sie sich im Zuge Ihrer früheren Geschäftsbeziehung rechtzeitig die Zustimmung des Kunden für derartige künftige Werbebotschaften besorgt haben.

2. Werbung via Email:

Bisher galt das strikte Verbot der Zusendung von Werbeemails ohne vorherige Zustimmung des Empfängers nur gegenüber Konsumenten. Werbeemails an Unternehmer waren grundsätzlich zulässig, sofern man dem Empfänger die Möglichkeit gab, auf einfachem Wege die Zusendung künftiger Werbeemails abzulehnen (System des Opting-Out). Diese Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Unternehmen ist seit dem 01.03.2006 Geschichte – für Werbeemails an Welt-Konzerne gelten ab sofort die gleichen Regelungen wie für Emails an Konsumenten...

Sofern also nicht einer der beiden unten näher beschriebenen Fälle vorliegt, ist **jede Email zu Werbezwecken** (dieser Begriff ist durchaus sehr weit auszulegen) **ausdrücklich verboten!**

Was sind nun diese beiden Ausnahmen?

a) vorherige Zustimmung des Empfängers:

Liegt eine Zustimmung des Empfängers zur Zusendung von Werbebotschaften via Email oder SMS vor, so kann im Rahmen der Zustimmungserklärung zeitlich unbeschränkt, jedoch nur bis zu einem allfälligen Widerruf der Zustimmung, die Zusendung erfolgen. In diesem Fall ist auch die bei der Rundfunk- und Telekomregulierungs GmbH (RTR) geführte „Robinson-Liste“ nicht zu beachten – die ausdrückliche Zustimmung zum Erhalt von Werbebotschaften eines bestimmten Absenders geht der Eintragung in diese Liste vor.

Die Zustimmung selbst kann auf verschiedenste Weisen erteilt werden – die häufigsten Varianten werden wohl die schriftliche (etwa im Rahmen von Bestellungen, Gewinnspielen etc.) oder die elektronische (im Zuge von Internet-Bestellungen, Downloads, etc.) sein.

In all diesen Fällen ist darauf zu achten, dass eine derartige Zustimmungserklärung nur dann wirksam ist, wenn sie demjenigen, der sie abgab, zum Zeitpunkt der Abgabe auch bewusst war. Das „Verstecken“ derartiger Zustimmungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Datenschutz-Disclaimern, etc. wird daher im Ernstfall wohl meist zur Rechts-Unwirksamkeit der Zustimmungserklärung führen.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die **ausreichende Dokumentation der abgegebenen Zustimmung**. Der Bestellschein oder die Teilnahmekarte, auf welcher der Empfänger seinerzeit die Zustimmungserklärung abgegeben hat, muss daher im Streitfall noch (zumindest in eingescannter Form) vorhanden sein! Ebenso bedarf es einer entsprechenden Dokumentation von elektronisch erteilten Zustimmungserklärungen!

b) Emails an Kunden:

Ausnahmsweise keiner vorherigen Einwilligung des Empfängers bedarf ein Werbe-Email dann, wenn

- der Absender die Emailadresse des Empfängers im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat **und**
- diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene **ähnliche Produkte oder Dienstleistungen** erfolgt **und**
- der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, die Nutzung seiner Emailadresse für Werbezwecke sowohl bei der Erhebung dieser Adresse als auch bei jeder weiteren Übermittlung einer Nachricht kostenfrei und problemlos abzulehnen **und**
- der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch die Eintragung in die „Robinson-Liste“ bei der RTR, abgelehnt hat.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass **jedes einzelne dieser vier Kriterien vorliegen muss – fehlt auch nur eines davon, ist die Übermittlung unzulässig.**

Besonders schwierig zu überprüfen ist für den Versender der Werbebotschaft, ob die Empfänger-Adresse in die Robinson-Liste eingetragen wurde. Diese Liste umfasst zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Artikels rund 7.000 Eintragungen und wächst täglich. Sie ist nirgendwo online einsehbar, sondern wird von der Rundfunk- und Telekomregulierungsbehörde erst auf Anfrage übermittelt. Abgesehen von der Schwierigkeit des Abgleichens der einzelnen Adressen kommt noch hinzu, dass schon aufgrund des Zeitablaufes zwischen dem Versand durch die Behörde, der Überprüfung und in weiterer Folge dem Versand der Werbebotschaft niemals eine tagaktuelle Prüfung stattfinden kann.

Zwar gibt es auf dem Markt bereits Unternehmen, die den tagaktuellen Abgleich mit der Robinson-Liste online anbieten – dafür müssen allerdings die Kontaktdaten an diese Unternehmen übermittelt werden, was einerseits das Risiko des Missbrauches in sich birgt und andererseits auch in Hinblick auf die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes nicht unproblematisch ist.

3. Elektronische Newsletter:

Viele Unternehmen sind in den vergangenen Jahren dazu übergegangen, an ihre (aktuellen und potentiellen) Kunden Newsletter via Email zu versenden. Für diese Newsletter gilt grundsätzlich das oben für „normale“ Werbe-Emails Gesagte.

Selbst wenn ein derartiger Newsletter aber keinerlei Werbe-Inhalte enthalten sollte, sondern tatsächlich nur allgemeinen Informations- und Servicezwecken dient, so fällt er trotzdem unter die oben dargelegten Beschränkungen, sofern er an mehr als 50 Empfänger versandt wird.

Für alle Unternehmen, die bereits derartige Newsletter versenden, gilt es daher, dringend die Empfängerlisten durchzusehen und zu überprüfen, ob tatsächlich von allen Empfängern Zustimmungserklärungen (in welcher Form auch immer) vorliegen. Gegebenenfalls sollten diese Zustimmungen nachträglich eingeholt werden. Denn selbst der Umstand, dass ein Empfänger unter Umständen bereits seit Jahren regelmäßig und völlig unbeanstandet den Newsletter erhält, ändert nichts an dem Verbot der Versendung ab dem 01.03.2006, wenn bisher keine Zustimmungserklärung vorliegt.

4. Exkurs: Sind konkludente Zustimmungserklärungen möglich?

Während der Gesetzeswortlaut, wie oben dargelegt, jede Unterscheidung zwischen Konsumenten und Unternehmern streicht, gibt es doch Versuche, diese Unterscheidung quasi „durch die Hintertüre“ wieder einzuführen. Dies dürfte allerdings mit untauglichen Mitteln erfolgt sein.

In den erläuternden Bemerkungen zu der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes führt der Gesetzgeber aus, dass bei Unternehmern, die ihre Emailadresse veröffentlichen (etwa auf ihrer Website), im Normalfall davon ausgegangen werden könnte, dass dieselben damit konkludent ihre Zustimmung zum Erhalt von Werbebotschaften via Email erteilt hätten. Diese Meinung steht aber nicht nur im ausdrücklichen Widerspruch zum eigentlichen Gesetzestext, sie erscheint angesichts des Umstandes, dass andere Gesetze (E-Commerce-Gesetz, Mediengesetz) den Betreiber einer Website sogar dazu zwingen, seine Emailadresse auf derselben zu veröffentlichen, auch mehr als fragwürdig. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich Verwaltungsbehörden und Gerichte in Zukunft dieser Meinung anschließen werden. Für den werbenden Unternehmer, der darauf vertraut und auf die Einholung ausdrücklicher Zustimmungserklärungen verzichtet, könnte dies einigermaßen riskant und teuer werden.

4. Ausblick:

Das Internet, in seinen Anfangsjahren fast so etwas wie ein rechtsfreier Raum, ist längst zumindest gleich stark reguliert wie klassische Medien. Regelungen, wie die oben dargelegten, verbunden mit zahlreichen anderen gesetzlichen Bestimmungen (wie zB dem Datenschutzgesetz, dem Mediengesetz oder dem E-Commerce-Gesetz) führen dazu, dass vorausschauende und kompetente Rechtsberatung gerade in diesem Bereich unabdingbar ist, will man (oftmals teure oder gar ruinöse) Überraschungen vermeiden.