

---

Herrn  
DI Thomas Derhaschnig  
Werbemittelhandel  
Fleischmannngasse 4  
1040 Wien

Graz, 22.10.2009  
2009-9423/S/RT

Betrifft: Thomas Derhaschnig - Massen E-Mail

Lieber Thomas!

Zu deiner Anfrage vom 30.09.09 kann ich wie folgt berichten:

Vorauszuschicken ist, dass ich im Rahmen meiner Suche auf keine neue EU-Regelung gestoßen bin. Sofern es eine solche gegeben hätte, wäre der österreichische Gesetzgeber zu einer entsprechenden Umsetzung, dh Änderung der Gesetze, veranlasst gewesen.

Einschlägig ist im Zusammenhang mit E-Mail-Werbung insbesondere die Bestimmung des **§ 107 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG)**. Der Vollständigkeit Halber ist auch § 7 E-Commerce-Gesetz (ECG) zu erwähnen.

Die Bestimmung des § 107 TKG wurde zuletzt im Rahmen einer Anpassung an die EU-Richtlinie durch das BGBl. 133/2005 grundlegend novelliert, welche per 01.03.06 in Kraft getreten ist. Dies entspricht auch der aktuellen Gesetzeslage.

Bis zur Novellierung (TKG-Novelle 2005) war der Versand von Werbemails an Konsumenten schon bisher nur mit vorheriger Zustimmung erlaubt; bei Mitteilungen im beruflichen Bereich an Unternehmen bedurfte es nur der Möglichkeit des Abbestellens.

Seit der Novelle ist eine E-Mail Werbung nur mehr in zwei Fällen zulässig:

- a) Vorherige Zustimmung
- b) Vorliegen der Voraussetzungen nach § 107 Abs 3 TKG 2003

ad a) Gemäß § 107 Abs 2 TKG ist die Zusendung einer elektronischen Post nur mehr nach vorheriger Einwilligung bzw. Zustimmung zum Erhalt derselben zulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist (sog. „Opt-in-System“).

Hinsichtlich der Zustimmung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Form. Zu beachten ist aber, dass für das Vorliegen einer Zustimmung den Werbenden die Beweislast trifft.

In diesem Zusammenhang bietet es sich aus meiner Sicht - als sichere Vorgangsweise - an, die Anmeldung zum Newsletterbezug durch eine neutrale, noch keine Werbung enthaltende Mail nach der aus dem Software bekannten Devise „Wollen Sie wirklich?“ bestätigen zu lassen. Erst wenn der Interessent bestätigt, dass er den Newsletter wirklich beziehen will, wird er in den Verteiler aufgenommen. Allerdings gibt es auch Meinungen, dass bereits die Anfrage, ob in Zukunft Werbe-E-Mails übermittelt werden dürfen als kommerzielle Kommunikation anzusehen und damit unzulässig ist.

ad b) Zugunsten von „geschäftsbezogener“ Werbung gibt es von Punkt a) eine Ausnahme:

Nach § 107 Abs 3 Z 1 bis Z 4 TKG 2003 ist de lege lata eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gem. § 107 Abs 2 TKG dann nicht notwendig, wenn der Absender die Kontaktinformationen für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder eine Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat (Z 1), diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt (Z 2), der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei der Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos ablehnen zu können (Z 3) und der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs 2 (ECG) genannte Liste (!), abgelehnt hat (Z 4).

Ein Blick in die Rechtslehre zeigt, dass diese Bestimmung zur Regulierung des Versandes von Werbe-E-Mails ohne Zustimmung für Unsicherheiten sorgt, zumal diese zum Großteil offen lässt, wie diese Voraussetzungen in der Praxis gehandhabt werden sollen.

Unzweifelhaft müssen die Voraussetzungen nach § 107 Abs 3 Z 1 bis Z 4 TKG 2003 kumulativ vorliegen, damit „E-Mail-Werbung“ ohne Zustimmung zulässig ist. Während Z 1, Z 2 und Z 4 der zitierten Gesetzesstelle wenig Erklärungsbedarf zeigen, wirft jedoch das Erfordernis in Z 3 Fragen zur Anwendung dieser Norm in der Praxis auf. Nach einem jüngeren Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) vom 25.03.2009, 2008/03/0008,0009, reicht es nach der Bestimmung des § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 nicht aus, dass lediglich in den jeweiligen Werbesendungen die Möglichkeit zur Abbestellung weiterer Zusendungen vorgesehen ist, sondern es ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut die Ablehnung der Nutzung der elektronischen Kontaktinformation schon „bei deren Erhebung“ zu ermöglichen. Nach Ansicht des VwGH sollte der Kunde bei der Erlangung der Kontaktinformationen über deren weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung klar und deutlich über die Möglichkeit informiert werden, diese Verwendung abzulehnen.

Nun zu deiner Anfrage, ob man im Nachhinein von jedem Adressaten eines bestehenden Newsletters bzw. Mailverteilers die ausdrückliche Zustimmung einholen muss?

Nach den überwiegenden Meinungen, die aus meiner Sicht vernünftig sind, ist die weitere Zusendung wohl dann zulässig, wenn diese bereits über einen längeren Zeitraum, also etwa seit Jahren, unbeanstandet erfolgte. Selbstverständlich muss aber bei jeder Sendung und am besten auch über die Website die wirksame Möglichkeit der Austragung bestehen. Bei Neukunden würde ich aber empfehlen, deren Zustimmung einzuholen. Wie die gegenwärtige Regelung nämlich tatsächlich auszulegen ist kann man mit Sicherheit erst dann sagen, wenn eine höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu vorliegt.

Wenn du nun in der letzten Zeit Anfragen von Lieferanten bekommen hast, ob du weiterhin Newsletter oder Aktionen erhalten möchtest, so bringt dies vermutlich die in diesem Bereich bestehende Rechtsunsicherheit - uU auch verursacht durch das ob zitierte Erk des VwGH - zum Ausdruck.

Sollten mir entsprechende Novellierungen oder höchstgerichtliche Entscheidungen zur Kenntnis kommen, werde ich dich selbstverständlich darüber in Kenntnis setzen. Für etwaige Rückfragen stehe ich dir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Ich verbleibe

mit freundlichen Grüßen