

## 10. Folge: Neues Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) zum Schutz vor unerwünschter Werbung

Der VwGH verschärft seine Judikatur zum Thema „Schutz vor unerwünschter Werbung“

Der österreichische Gesetzgeber hat gemäß § 107 Telekommunikationsgesetz im Jahr 2005 die politische Entscheidung getroffen, dass Anrufe und Faxe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig sind. Die Zusendung von E-Mails, SMS und elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers ebenfalls unzulässig.

Konsumenten wenden sich immer wieder mit Fragen an Firmen und hinterlassen so für die Firmenwerbung verwertbare Daten, wie ihren Namen und ihre E-Mail-Adresse. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat nunmehr in seinem jüngst veröffentlichten Erkenntnis vom 25. März 2009

[http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vwgh&Dokumentnummer=JWT\\_200803008\\_20090325X00&ResultFunctionToken=5f4302dd-077f-4830-bcd1-0298cf16ac2e&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=2008%2f03%2f0008&VonDatum=&BisDatum=12.08.2009&Norm=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=50&Suchworte=\)](http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vwgh&Dokumentnummer=JWT_200803008_20090325X00&ResultFunctionToken=5f4302dd-077f-4830-bcd1-0298cf16ac2e&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=2008%2f03%2f0008&VonDatum=&BisDatum=12.08.2009&Norm=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=50&Suchworte=))

entschieden, dass ein Datenmissbrauch vorliegt, wenn Kontaktdaten für Werbezwecke verwendet werden, ohne die Zustimmung zu erteilen, E-Mail-Newsletter oder Werbemails zu erhalten. Die Möglichkeit zum Widerspruch muss daher bereits bei der Erhebung der Kontaktdaten gegeben sein.

### Der konkrete Fall:

Eine Interessentin wandte sich an ein deutsches Parfümerie-Unternehmen, um Waren zu bestellen. Obwohl sie keine Zustimmung dazu gab, E-Mail-Newsletter oder Werbemails zu erhalten, erhielt sie Werbezusendungen auf elektronischem Wege.

Die Werbe-E-Mails enthielten den Hinweis, die Werbezusendungen können mittels einer E-Mail an eine bestimmte E-Mail-Adresse gestoppt werden. Die Betroffene schrieb an die angegebene Adresse, dass sie keinerlei Beziehungen zum Unternehmen mehr wünsche und Anzeige nach dem Telekommunikationsgesetz bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde erstatten werde, sollte sie erneut elektronische Nachrichten zu Werbezwecken erhalten.

Das deutsche Parfümerieunternehmen sendete trotz dieser Aufforderung weiter elektronische Werbebotschaften an diese Konsumentin. In der Folge wurde eine Anzeige gegen das Unternehmen bei der Bezirksverwaltungsbehörde eingebracht. In erster und in zweiter Instanz ergingen Strafbescheide in Höhe von € 500,-, die vom deutschen Unternehmen beim Verwaltungsgerichtshof angefochten wurden.

### Der Spruch des VwGH:

Die Beschwerden wurden als unbegründet abgewiesen. Das deutsche Unternehmen hat dem Bund die Aufwendungen binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### Aus den Entscheidungsgründen:

- Mit den im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheiden wurden die Beschwerdeführer für schuldig erkannt, sie hätten entgegen § 107 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz eine elektronische Post ohne vorherige Einwilligung des Empfängers zu Zwecken der Direktwerbung zugesendet. Ausgehend von der E-Mail-Adresse technik@d.de ist an die im angefochtenen Bescheid namentlich und mit E-Mail-Anschrift genannte Person am 9. Februar 2007 um 3 Uhr eine E-Mail-Nachricht mit Werbung für Parfümerieprodukte zugesendet worden. Die Beschwerdeführer hätten dadurch jeweils eine Verwaltungsübertretung nach § 109 Abs 3 Telekommunikationsgesetz begangen und es wurde über sie jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 500,- (Ersatzfreiheitsstrafe 7 Tage) verhängt.
- Am 13. Dezember 2005 hat die Konsumentin an service@d.de eine "Nachfrage" gerichtet, wonach sie eine Bestellung näher genannter Waren aufgeben wolle. Hierbei habe sie keinerlei Zustimmung gegeben, ihr weiterhin per E-Mail Newsletters oder Werbemails zu senden. Aus dem Lieferschein der "Firma D" vom 15. Dezember 2005, gesendet per E-Mail von der E-Mail-Adresse service@d.de, gehe unter anderem hervor, dass Beanstandungen der bestellten Waren unter dieser E-Mail-Anschrift bzw. einer angegebenen Postanschrift geltend gemacht werden könnten.
- Weiters seien Ausführungen hinsichtlich Rückgabe bzw. Widerruf enthalten. Die Konsumentin hat glaubwürdig angegeben, sie sei weiterhin mit Zusendungen per E-Mail "bombardiert" worden, was für sie äußerst ärgerlich gewesen sei, da sie jedenfalls keine Zustimmung zur Zusendung von Direktwerbung oder Newslettern erteilt habe. Aus der Aktenlage werde weiters festgestellt, dass eine Mail von "D" am 28. November 2006 an die Konsumentin gesandt worden sei, worin für Geschenke zum Nikolaustag geworben worden sei. Auf Grund dieser neuerlichen Werbung wurde noch am selben Tag um 17.02 Uhr mittels E-Mail, gerichtet an die im erhaltenen E-Mail genannte E-Mail-Anschrift mitgeteilt, dass sie keinerlei Beziehungen zu diesem deutschen Unternehmen mehr habe und Anzeige erstatten werde, sollte sie nochmals E-Mail-Nachrichten erhalten.
- Zum Berufungsvorbringen der Beschwerdeführer, die E-Mail vom 28. November 2006 sei "bei der deutschen Firma D GmbH" nicht eingegangen und zu dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Schreiben (in dem mitgeteilt wurde, dass zwei Damen zweimal die Mails aus der Zeit um den 28. November 2006 durchgesehen hätten, ohne die vorgelegte Mail gefunden zu haben) führte die belangte Behörde aus, dass der "Anzeigenlegerin auch bei Zutreffen dieser Behauptungen ein Verschulden nicht vorgeworfen werden kann". Sie habe davon ausgehen können, dass sie auf Grund des E-Mails vom 28. November 2006 klar und deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass sie keinerlei Zusendung der "Firma D" wünsche. Es sei als erwiesen anzusehen, dass seitens der Anzeigenlegerin eine vorherige Einwilligung im Sinne des § 107 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz nicht erfolgt sei.

- Die Anzeigenlegerin habe von ihrer Möglichkeit, die Zusendung von Werbemails abzulehnen, durch das E-Mail vom 28. November 2006 Gebrauch gemacht, aus dessen Wortlaut klar und unmissverständlich hervorgehe, dass zukünftige Zusendungen derartiger Werbemails unerwünscht seien.
- Gegen diese Bescheide richten sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machenden Beschwerden mit dem Antrag, sie kostenpflichtig aufzuheben. Die belangte Behörde legte die Akten der Verwaltungsverfahren vor und erstattete jeweils eine Genschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

#### Erwägungen des VwGH:

- Der österreichische Gesetzgeber hat gemäß § 107 Telekommunikationsgesetz im Jahr 2005 die politische Entscheidung getroffen, dass Anrufe und Faxe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig sind. Die Zusendung von E-Mails, SMS und elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers ebenfalls unzulässig. Gemäß der Strafbestimmung des § 109 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu € 37.000 zu bestrafen, wer entgegen § 107 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz elektronische Post zusendet.
- Die Beschwerdeführer machen geltend, dass gemäß § 107 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz die vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post nicht notwendig sei, wenn die in dieser Bestimmung angegebenen Voraussetzungen vorlägen. Die Beschwerdeführerin habe die Zusendung nicht abgelehnt, sodass die Parfümerie D GmbH entsprechend der klaren österreichischen gesetzlichen Regelung berechtigt gewesen sei, ihr Werbemittelungen zukommen zu lassen. "Rechtlich problematisch" sei bereits die Frage, ob eine von der Konsumentin angebaunte Kundeneigenschaft überhaupt zurückgenommen werden könne. Im konkreten Fall habe die Konsumentin die elektronische Postadresse im Zusammenhang mit dem Kauf einer Ware direkt an eine E-Mail-Adresse der Parfümerie D GmbH übermittelt. Die Adresse stamme daher von der Kundin selbst und es sei auch der zeitliche und sachliche Zusammenhang mit dem Verkauf der Ware gegeben.
- Dazu hält der VwGH fest, dass im vorliegenden Fall unstrittig eine Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung durch die Gesellschaft, deren zur Vertretung nach außen berufene Personen die Beschwerdeführer sind, erfolgte. Eine derartige Zusendung einer elektronischen Post ist gemäß § 107 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig. Eine Ausnahme von diesem Verbot ist nur nach den Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz möglich. Der Beschwerdeführer ist jedoch behauptungs- und beweispflichtig, ob die Kriterien für diese Ausnahme vorliegen.
- Nach § 107 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz ist eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post dann nicht notwendig, wenn

- 1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und
  - 2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und
  - 3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und
  - 4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.
- Die Beschwerdeführer bringen in ihren Beschwerden wie auch bereits im Verwaltungsverfahren jedoch lediglich vor, dass die Empfängerin der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Werbung ihre Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren selbst bekannt gegeben und deren Nutzung auch nicht abgelehnt habe und dass sie auch nicht in der in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannten Liste eingetragen sei. Weder im Verwaltungsverfahren noch in den Beschwerden haben die Beschwerdeführer dargelegt, dass die Empfängerin der verfahrensgegenständlichen E-Mail bereits bei der Erhebung ihrer Kontaktinformation klar und deutlich die Möglichkeit erhalten habe, die Nutzung dieser Kontaktinformation für die Zusendung elektronischer Post kostenfrei und problemlos abzulehnen.
  - Nach der Bestimmung des § 107 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz reicht es nämlich nicht aus, wie die Beschwerdeführer offenbar meinen, dass lediglich in den jeweiligen Werbezusendungen 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. Bei der Erlangung der Kontaktinformationen sollte der Kunde über deren weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung klar und eindeutig unterrichtet werden und die Möglichkeit erhalten, diese Verwendung abzulehnen.
  - Dieses Beschwerdevorbringen vermag keine Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide aufzuzeigen.

***Zusammenfassend hält der VwGH wie folgt fest:***

*Die Konsumentin hat als Empfängerin der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Werbung vom 9. Februar 2007 keine Zustimmung gegenüber der von den Beschwerdeführern vertretenen Gesellschaft zur Zusendung von Direktwerbung per elektronischer Post erteilt hat.*

*Das Vorliegen aller für die Zulässigkeit der Zusendung ohne Zustimmung gemäß § 107 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz notwendigen Voraussetzungen konnte vom Beschwerdeführer nicht bewiesen werden. Die Zusendung der entsprechenden E-Mails ist daher rechtswidrig.*

*Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs 1. Verwaltungsgerichtshof-Gesetz als unbegründet abzuweisen.*