

Rechtsinfo

Elektronische Werbung & DSGVO

Inhaltsverzeichnis

1. Welche Rechtsgrundlagen gelten?	1
2. Wann ist die Zusendung von elektronischer Werbung zulässig?	2
3. Gibt es Ausnahmen von der ausdrücklichen Zustimmung?	2
4. Was gilt bereits jetzt, was gilt zusätzlich mit Inkrafttreten der DSGVO?	3
5. Wie kann eine Zustimmungserklärung formuliert werden?	4
6. Sind „Informationsmails“, „Supermailer“ oder dergleichen Werbemails?	4
7. Wird bei Adressaten zwischen Konsumenten und Unternehmer differenziert?	5
8. Was ist mit E-Mail-Adressen, deren Zustimmung nicht festgestellt werden kann?	5
9. Dürfen Zustimmungserklärungen auf andere Weise eingeholt werden?	5
10. Dürfen E-Mails an auf Websites angeführte Ansprechpersonen zugesandt werden?	5
11. Der Empfänger hat nicht widersprochen – gilt das als Zustimmung?	6
12. Was ist die „Robinsonliste“ bzw. die „Liste der RTR-GmbH“?	6
13. Sollen Informationen dazu in die Datenschutzerklärung?	6
14. Welche Daten und Informationen sind in einem Newsletter offenzulegen?	7
15. Was sagt die Rechtsprechung?	7
16. Konsequenzen?	8

1. Welche Rechtsgrundlagen gelten?

- Die Kernbestimmungen für die Zusendung von elektronischen Nachrichten finden sich im **Telekommunikationsgesetz**, das seit Jahren besteht und mehrmals verschärft wurde. Wie in unseren Rechtsinfos, Vorträgen und Anfragen erläutert, ist die Zusendung von elektronischen Nachrichten kein neues und auch kein ausschließlich datenschutzrechtliches Thema.
- Bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten gab es bereits bisher datenschutzrechtliche Berührungspunkte - somit spielt die **DSGVO** im Hinblick auf die

Verarbeitung von Daten, Informations- bzw. Auskunftspflichten und v.a. im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Zustimmungserklärung auch hier eine Rolle.

- Widerrechtlich zugesandte elektronische Werbung kann ebenso ein wettbewerbswidriges Verhalten nach dem **UWG** darstellen.
- Da elektronische Werbung als „Medium“ im Sinne des **Mediengesetzes** gilt, sind auch die Bestimmungen zu Impressum und Offenlegung einzuhalten.

2. Wann ist die Zusendung von elektronischer Werbung zulässig?

Wenn der Absender über eine vorab ergangene, ausdrückliche Zustimmungserklärung des Empfängers verfügt. Wurden Adressdaten auf sonstige Weise „gesammelt“ oder ist deren Herkunft nicht nachvollziehbar, ist von einer Verarbeitung abzuraten. Die erforderliche und nachvollziehbare Zustimmung ist sozusagen die Antwort des Gesetzgebers auf die enorme Zunahme von unerwünschter Werbung in Form von Nachrichten per E-Mail, Telefon, SMS oder Fax.

3. Gibt es Ausnahmen von der ausdrücklichen Zustimmung?

Bei einer aufrechten Geschäftsbeziehung kann von der Zustimmung abgesehen werden, wenn die im Telekommunikationsgesetz festgelegten Gründe gleichzeitig vorliegen. Demnach ist eine Zusendung ausnahmsweise zulässig, wenn:

- der Absender die Daten im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat **und**
- die Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt **und**
- dem Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit eingeräumt wird den Erhalt der E-Mail kostenfrei und problemlos abzulehnen **und**
- der Empfänger nicht von vornherein die Zusendung ablehnt (z.B. in die „Robinsonliste“ oder Liste gemäß ECG eingetragen ist).

4. Was gilt bereits jetzt, was gilt zusätzlich mit Inkrafttreten der DSGVO?

- **Zustimmungserklärung:** Wie bisher muss sie ausdrücklich, freiwillig und ohne Voreinstellungen erfolgen und nachgewiesen werden können.
- **Widerrufsmöglichkeit / Abmeldung:** Dem Empfänger muss auch weiterhin in jeder E-Mail die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Zustimmung einfach und jederzeit widerrufen zu können. Weiters muss der Absender sicherstellen, dass ab Erhalt dieses Widerrufs keine weiteren Nachrichten mehr an die betreffende Person übermittelt werden.
- **Koppelungsverbot:** Es ist untersagt, die Erbringung von Leistungen, Teilnahme an Gewinnspielen, etc. an die Zustimmung für den Erhalt eines Newsletters zu knüpfen. Diese muss gesondert eingeholt werden.
- **Informationspflichten:** Die DSGVO sieht erweiterte Informationspflichten vor – so ist darzulegen, welche Daten (z.B. E-Mail-Adresse, Anrede, Name) von wem (Name des Unternehmens) für welche Zwecke (z.B. Zusendung von Newsletter) verarbeitet und idR nicht an Dritte weitergegeben werden.
- **Auskunftspflichten:** Empfänger von Newsletter haben als „betroffene Personen“ das Recht Auskunft über die verarbeiteten Daten, Rechtsgrundlagen, etc. zu erhalten. Im Falle einer Anfrage ist somit innerhalb eines Monats nachzuweisen, dass der Adressat seine Zustimmung ausdrücklich erteilt hat und die Zusendung rechtlich zulässig erfolgt(e). Aus diesem Grund werden zum Nachweis von Anmeldungen vielfach Double-opt-in-Systeme implementiert.
- **Löschungspflichten:** Grs. sind Daten nur so lange zu speichern, wie es der Verarbeitungszweck bzw. die gesetzlich oder vertraglich vereinbarten Aufbewahrungsfristen erfordern. Somit ist zu definieren, wie lange Daten nach der Abmeldung von einem Newsletter gespeichert bleiben. Selbstverständlich dürfen diese Daten nicht mehr verarbeitet werden.

5. Wie kann eine Zustimmungserklärung formuliert werden?

Die **WKO** bietet einen beispielhaften Formulierungsvorschlag einer Einwilligungserklärung, der natürlich an die entsprechenden unternehmensinternen Gegebenheiten anzupassen ist:

„Der Vertragspartner stimmt zu, dass seine persönlichen Daten, nämlich ... (die Datenarten genau aufzählen, z.B. „Name“, „Adresse“ etc.) zum Zweck der ... (genaue Zweckangabe, z.B. „zur Zusendung von Werbematerial über die Produkte der Firma ...“) bei der Firma NN verarbeitet werden und die Daten ... (die Datenarten genau aufzählen, z.B. „Name“, „Adresse“ etc.) zum Zweck der ... (genaue Zweckangabe, z.B. „zur zentralen Abwicklung des Kunden-Beschwerdemanagements“) an ... (genaue Angabe des Übermittlungsempfängers, z.B. Name der Konzernmutter mit Anschrift) weitergegeben werden.

Diese Einwilligung kann jederzeit bei ... (Angabe der entsprechenden Kontaktdaten) widerrufen werden.“

6. Sind „Informationsmails“, „Supermailer“ oder dergleichen Werbemails?

- Wie eine Nachricht benannt wird, ist irrelevant, so kann z.B. auch ein „Informationsmail“ als unerwünschtes Werbemail qualifiziert werden, da nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den **Inhalt** abgestellt wird. Auch „Informationsmails“ können werblichen Charakter aufweisen und somit als direkte Werbung gelten.
- Der **OGH** legt den Zweck der Werbung weit aus und versteht darunter *jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert*. Laut OGH fällt auch jede Maßnahme darunter, *die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann*¹.

¹ 4Ob13/13k; 7 Ob 168/09w; 1 Ob 104/05h; 4 Ob 251/00s; 4 Ob 113/99t;

7. Wird bei Adressaten zwischen Konsumenten und Unternehmer differenziert?

Nicht mehr – im Zuge der Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2006 erfolgte eine Gleichstellung der Regelungen für Werbemails. Die bis dahin geltenden Bestimmungen für Unternehmer wurden an jene der Konsumenten angepasst. Somit erfordert eine rechtmäßige Zustellung von E-Mails das Einverständnis sämtlicher Empfänger - Konsumenten wie Unternehmer.

8. Was ist mit E-Mail-Adressen, deren Zustimmung nicht festgestellt werden kann?

Kann nicht festgestellt werden, ob zu den vorliegenden E-Mail-Adressen Zustimmungserklärungen existieren, ist die Verwertung dieser Daten für Werbezwecke unzulässig!

9. Dürfen Zustimmungserklärungen auf andere Weise eingeholt werden?

Eine Zustimmung muss aktiv gesetzt werden. Es ist unzulässig, Voreinstellungen zu machen oder Abfragen per E-Mail oder Telefon zu tätigen, um Zustimmungserklärungen einzuholen.

10. Dürfen E-Mails an auf Websites angeführte Ansprechpersonen zugesandt werden?

Die oben erwähnten Punkte gelten auch hier – Ansprechpartner bzw. Daten auf Websites etc. dürfen nicht für Werbezwecke herangezogen werden. Der **OGH** hält dazu fest, dass auf Homepages angeführte Kontaktadressen weder als ausdrückliche noch als konkludente Zustimmung zum Empfang von Werbesendungen zu werten sind.

11. Der Empfänger hat nicht widersprochen – gilt das als Zustimmung?

Nein - wird unzulässig übermittelten Werbemails nicht widersprochen, darf daraus keine Zustimmung zum weiteren Erhalt abgeleitet werden.

12. Was ist die „Robinsonliste“ bzw. die „Liste der RTR-GmbH“?

Durch die Eintragung in die Robinsonliste der WKO oder in die Liste der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH wird die Zusendung von persönlich adressiertem Werbematerial bzw. elektronischer Post unterbunden (u.a. § 7 ECG).

13. Sollen Informationen dazu in die Datenschutzerklärung?

- Den oben angesprochenen Informationspflichten ist über einen Passus in der Datenschutzerklärung auf der Website nachzukommen. Die **WKO** bietet auch dazu einen unverbindlichen Formulierungsvorschlag, der wiederum an die unternehmensinternen Gegebenheiten anzupassen ist:

„Newsletter

Sie haben die Möglichkeit, über unsere Website unseren Newsletter zu abonnieren. Hierfür benötigen wir Ihre E-Mail-Adresse und ihre Erklärung, dass Sie mit dem Bezug des Newsletters einverstanden sind.

{Wenn weitere Daten erhoben werden:} Um Sie zielgerichtet mit Informationen zu versorgen, erheben und verarbeiten wir außerdem freiwillig gemachte Angaben zu Interessengebieten, Geburtstag und Postleitzahl [...].

{Bei double Opt-in:} Sobald Sie sich für den Newsletter angemeldet haben, senden wir Ihnen ein Bestätigungs-E-Mail mit einem Link zur Bestätigung der Anmeldung.

Das Abo des Newsletters können Sie jederzeit stornieren. Senden Sie Ihre Stornierung bitte an folgende E-Mail-Adresse: [E-Mail-Adresse angeben]. Wir löschen anschließend umgehend Ihre Daten im Zusammenhang mit dem Newsletter-Versand.“

- ⇒ **Hinweis:** Die gesetzlich vorgesehenen Angaben zum Impressum sind unabhängig vom Datenschutz zu sehen – somit empfiehlt es sich die datenschutzrechtlichen Angaben gesondert vom Impressum und von den AGB auf der Website zu veröffentlichen.

14. Welche Daten und Informationen sind in einem Newsletter offenzulegen?

Wer elektronische Nachrichten versendet, muss seine Daten in einem Impressum offenlegen (§ 25 Mediengesetz). Die offenzulegenden Daten werden entweder zur Gänze aufgelistet oder als Alternative die Web-Adresse angegeben, unter der diese Angaben ständig leicht und unmittelbar auffindbar sind. Ein möglicher Formulierungsvorschlag für die alternative Variante ist:

Impressum

Informationen gemäß § 24 Mediengesetz

Medieninhaber und Herausgeber

..... [Name]

..... [Adresse]

Bezüglich der **Offenlegungspflichten** gemäß § 25 Mediengesetz wird auf [www.....](#) verwiesen.

- ⇒ **Hinweis:** Empfehlenswert ist ein Link zur Datenschutzerklärung auf der Website.

15. Was sagt die Rechtsprechung?

▪ „Eine Anfrage ist noch keine Geschäftsbeziehung“

Gemäß den Ausführungen des VwGH² wurde einem Unternehmen im Zuge einer allgemeinen Anfrage einer Interessentin deren E-Mail-Adresse bekannt und in der Folge für Werbezwecke verwertet. Mangels vorheriger Zustimmung gem. § 107 Abs. 2 und 3 TKG konstatierte der VwGH die Kontaktnahme als unrechtmäßige Werbung.

² VwGH 2008/03/0008, 0009

- **„Informationsmail als Werbung“**

Ähnlich auch der OGH in einer Entscheidung³ in der ein gerichtlich beeideter Sachverständiger etwa zehn Rechtsanwälte über die erweiterte gerichtliche Zertifizierung seiner Tätigkeit informierte. Da der Kläger einen Eintrag in die „Robinsonliste“ aufweisen konnte, erübrigte sich die Frage nach einer erteilten Zustimmung.

Aufgrund der unterschrittenen Anzahl von 50 Empfängern liegt zwar keine Massensendung im Sinne des § 107 Abs. 2 Z 2 TKG vor, der OGH misst jedoch den Informationsmails Werbecharakter bei und qualifiziert diese als Direktwerbung gem. § 107 Abs. 2 Z 1 TKG. Auch hier weist er erneut auf die weite Auslegung dieses Begriffes hin und hält fest, dass er in der Vorgangsweise des Beklagten nicht nur ein Informations- sondern auch ein wirtschaftliches Interesse sieht.

Weiters hält der OGH fest, dass auf Homepages angeführte Kontaktadressen weder als ausdrückliche noch als konkludente Zustimmung zum Empfang von Werbesendungen zu werten sind.

16. Konsequenzen?

Wer Werbemails an Adressaten ohne vorab erhaltene Zustimmungserklärungen schickt, begeht eine Verwaltungsübertretung und riskiert nach dem Telekommunikationsgesetz eine Geldstrafe bis zu (derzeit?) Euro 37.000,--. In Zukunft können diverse Verstöße gegen die DSGVO mit einem Strafraum von bis zu EUR 20.000.000,-- geltend gemacht werden. Wenngleich die Strafbestimmungen niedriger ausfallen, sind auch das Mediengesetz, das UWG oder u.U. schadenersatzrechtliche Ansprüche nicht außer Acht zu lassen.

Bei dieser Rechtsinformation handelt es sich um eine unverbindliche Information im Überblick. Der Inhalt wurde mit größter Sorgfalt recherchiert und ausgearbeitet und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit. Die Information kann jederzeit abgeändert und aktualisiert werden. Eine Haftung für den Inhalt sowie für weiterführende Links ist ausdrücklich ausgeschlossen.

März 2018
Mag. Alexandra Fally, LL.B.

³ OGH 7 Ob 168/09w