

Abschlussarbeit

Werbung: Personalisierung und Spam

Werbung mit neuen Medien – Sag JA!?

Marketing und Zustimmung

von

Mag. Andreas Stieger

Begutachter: Dr. Gerhard Laga

Wien, September 2000

Teil 1 – Allgemein.....	4
1. "WERBUNG" (findet neue Formen).....	4
Was IST Werbung?	4
Der OGH zu Werbung.....	5
EU Richtlinien und Begriff Werbung.....	6
Kriterium Angebot.....	7
Werbung und Grundrechte	7
2. Unterschiedliche Interessen bei Werbung	9
Interessen der Werbetreibenden	9
Das Interesse der Werbeadressaten	9
Problem Datamining.....	10
Permission Marketing.....	11
CRM – Customer Relationship Management.....	12
Teil 2- Konkrete Formen von Werbung	13
Telefonwerbung.....	13
Telefaxwerbung	13
E-Mail.....	14
E-Mail als Kommunikationsmedium.....	14
Rechtslage.....	15
Rechtsprechung Deutschland	16
Rechtsprechung Österreich.....	19
EU - Vorschlag der Kommission.....	19
Bannerwerbung.....	20
Werbe-SMS	21
Ortsbezogene, mobile Werbung	22
Teil 3 - ZUSTIMMUNG	24
Vertragsabschluss im Internet	24
Problem AGB	25
Wie kann die Zustimmung erfolgen	25

Elektronische Zustimmung im deutschen Recht	26
Österreichische Regelungen	27
Rechtsgeschäftliche Zustimmung	27
SMS	29
Schweigen als Zustimmung?	29
Zumutbarkeit	30
Teil 4 – Kunden als Wert?	30
Der vermarktbare Kunde?	30
Vermarktung des eigenen Kunden bzw des Zugangs zu ihm.....	31
Teil 5. Es geht auch anders...?	32
Fazit	35

Teil 1 – Allgemein

1. "WERBUNG" (findet neue Formen)

Soviel ist sicher: Werbung in all seinen Formen begegnet uns täglich in Mengen, die wir lieber nicht genau wissen wollen. Wir haben gelernt, den Großteil davon nicht mehr bewusst wahrzunehmen, und diese Fähigkeit des Menschen treibt die Werbewirtschaft zu immer neuen Verrenkungen bzw „Höchstleistungen“, um ihre Botschaften letztlich doch anzubringen. Dies ist im Normalfall ein legitimes Streben, dennoch gilt es dabei mehr und mehr Regeln einzuhalten, seien es innerstaatliche und europäische Vorgaben, oder „ungeschriebene“ Regeln der Empfängergemeinschaft, deren Verletzung in Zeiten des entdeckten Internets mehr Schaden für ein werbendes Unternehmen anrichten können als vielleicht noch vor 5 Jahren.

Gleichzeitig liegt Werbung mit Hilfe der neuen Medien im Trend. Die zunehmende Verlagerung von Geschäften ins Internet, sowie die einhergehende Selbstverständlichkeit im Umgang mit neuen Medien durch die Werbungskonsumenten lässt hier leicht steigende Zahlen voraussagen. Marktforschungsinstitute wie etwa Forrester Research¹ errechnen regelmäßig Steigerungsraten für Online-Werbung, die auf die nächsten 3 bis 5 Jahre hinaus eine Dominanz in den Werbebudgets erreichen wird. Gänzlich auf Spekulation ist man angewiesen, wenn man die gerade erst im Entstehen begriffenen neuen Werbeformen fassen will.

Die nationale, zunehmend aber vor allem die europäische Gesetzgebung legt den Werbetreibenden unter anderem im Sinne des Verbraucherschutzes, insbesondere aber aus wettbewerbsrechtlichen Gründen Restriktionen auf. Andere Ziele wie etwa das des Wachstums von E-Commerce stehen damit in Konkurrenz.

Was IST Werbung?

Werbung lässt sich allgemein als Information, die eine angesprochene Personengruppe zu einem bestimmten Verhalten anregen möchte, definieren.

Damit angesprochen ist bereits die Nähe von Information und Werbung. Auch wenn es schwer ist, hier eine Trennung der Begriffe - Werbung ist grundsätzlich eine Informationsquelle - durchzuhalten, wird es spätestens dann relevant, wenn es darum geht, Beschränkungen der Werbung aus grundrechtlicher Sicht zu qualifizieren.

In der Regelung des § 101 TKG werden zB Anrufe, Fax und elektronische Post dann unerlaubt, wenn sie ohne vorherige Einwilligung „zu Werbezwecken“ erfolgen. Ein Problem ist ersichtlich: wo beginnt unerlaubte Werbung und wo endet erlaubte Information. Wenn

¹ <http://www.forrester.com>

man sich, wie dies Laga getan hat², hierzu praktische Anwendungsfälle überlegt, wird die große Unsicherheit greifbar, die die neue Regelung geschaffen hat. (näheres *S.14 E-Mail*).

Der OGH zu Werbung

Nach der wohl zu Recht kritisierten³ Meinung des OGH⁴ wäre unter den Begriff „Werbung“ in seiner extrem weiten Auslegung so ziemlich jede Regung eines Unternehmens, die nach außen dringt, zu subsumieren. Konkret sagt der OGH: „Im weiteren Sinn dient Werbung dazu, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann.“ Der OGH legt seiner Meinung auch den Werbebegriff aus der Richtlinie über irreführende Werbung⁵ (die bisher einzige, die eine nähere Definition von Werbung beinhaltet) zugrunde, wonach „Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handelsgewerbes [...] mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen [...] zu fördern“ sei. Demnach stünde eine dieser Richtlinie entsprechende Auslegung wie auch der durch § 101 TKG angestrebte Zweck (Schutz der Privatsphäre des Angerufenen) einer engen Auslegung des Begriffes Werbung entgegen.

Es ist letztlich nicht mehr wirklich möglich, bloße geschäftliche Mitteilungen von Werbemitteilungen zu trennen. In der RSpr⁶ ist von zusammenwirkenden Elementen wie

- reklamehafte Formulierung
- keine persönliche sondern eine pauschale Ansprache; damit ein Wenden an einen größeren Personenkreis
- Verweise auf die eigenen Website, mit dem Ziel die Neugier des Ansprechpartners zu erwecken

die Rede, wobei die österreichische Regelung des § 101 TKG selbst bei Verneinung des Vorliegens von „elektronischer Post zu Werbezwecken“ noch das zweite Kriterium „Massensendung“ bereithält, welches auch bloße geschäftliche Mitteilungen unzulässig machen wird. Im Übrigen wurde im § 101 TKG keine Unterscheidung zwischen privaten und kommerziellen Werbetätigkeiten getroffen, womit die Stellenbewerbung aufgrund des weiten

² in: Das österreichische Spam-Verbot, Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum,

<http://www.laga.at/Doks/spam2000.PDF>

³ <http://www.laga.at/Doks/spam2000.PDF>

⁴ OGH 18.5.1999, 4 ob 113/99t, ecolex 1999/246; dazu auch Christian Hausmaninger, Geschäftsanbahnung durch Wertpapierdienstleister, ÖBA 2000, 318

⁵ RL 84/450/EWG, Abl Nr L 250/17 vom 19.9.1984

⁶ vgl etwa 8 S 263/99, 110 C 243/99 Amtsgericht Kiel vom 20. Juni 2000

Begriffs von Werbung ebenso darunter fällt wie echter Kommerz. Das Merkmal „unaufgefordert“ als Kriterium hilft bei der Definition von Werbung nicht. In der aktuellen Ausgestaltung im TKG ist es der Maßstab, der entscheidet, ob eine Werbung zulässig (weil angefordert) ist.

EU Richtlinien und Begriff Werbung

In Richtlinien der EU⁷ ist regelmäßig von „Direktmarketing“ die Rede. Auch der österreichische Gesetzgeber geht anscheinend davon aus, dass dieser Begriff den Regelungsgegenstand von Werbung ausmacht („...Damit ist für den Bereich der Werbung (nach der genannten Richtlinie: "Direktmarketing")...“⁸). Im neuesten Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie⁹ wird nun der Begriff „Direktwerbung“ verwendet. Dies vielleicht auch, da Marketingleute zwischen Werbemitteln für die Masse (dh unterschiedslos angewandte) sowie Direktmarketing (gezielte Einzelansprache von Kunden) unterscheiden.

In der E-Commerce-Richtlinie¹⁰ wird wiederum „kommerzielle Kommunikation“ als (Über-) Begriff für Werbung, bzw „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt“ verwendet. In der Begründung der Kommission für die Vorlage der E-Commerce-Richtlinie¹¹ ist die Rede davon, dass die in diesem Bereich bestehenden Definitionen (z.B. von „Werbung“) „Quellen von Unsicherheiten“ sind, „wenn sie auf Netzdienste angewandt werden“. Innerstaatliche Rechtsvorschriften über unlauteren Wettbewerb würden zudem in manchen Auslegungen zu stark beschränkend wirken, wobei sich dies besonders gravierend in bezug auf neuartige Marketingpraktiken und deren Anwendung im Internet auswirke.

⁷ zB Richtlinie 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation (ABl. Nr. L 24 vom 30. Jänner 1998); Richtlinie 98/84/EG vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Erwägungsgrund 14: „Diese gewerblichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit illegalen Vorrichtungen betreffen auch den Bereich der "kommerziellen Kommunikation", die sämtliche Formen von Werbung, Direktmarketing, Sponsoring, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit für derartige Produkte und Dienste umfaßt.“)

⁸ http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XX/I/texte/019/I01998_.html unter Punkt 5, Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP

⁹ Vorschlag für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

¹⁰ Richtlinie 2000/31/EG, http://europa.eu.int/eur-lex/de/dat/2000/l_178/l_17820000717de00010016.pdf

¹¹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/comcom/newsletter/edition16-17/page04-02_de.htm

Aus der sodann erfolgten breiten Begriffserklärung in der Richtlinie ist ersichtlich, dass der EU-Gesetzgeber es nicht für notwendig erachtet, eine inhaltlich genauere und damit engere Definition von Werbung festzulegen.

Kriterium Angebot

Ein mögliches Disqualifizierungselement für „Werbung“ darf bei der Untersuchung, ob eine E-Mail darunter fällt, nicht vergessen werden: Werbung stellt grundsätzlich kein Angebot zum Abschluss eines Vertrages dar, sondern beinhaltet regelmäßig lediglich eine bloße Aufforderung, überhaupt erst Angebote zum Abschluss eines Vertrages zu unterbreiten. Insofern einem Adressaten ein konkretes Leistungsangebot unterbreitet wird und nicht nur eine werbende Information an den potentiellen Vertragspartner erfolgt, ist möglicherweise die Qualifikation als Werbung fraglich, wobei insbesondere eine rechtsgeschäftliche Selbstbindung des „Werbenden“¹², sowie das Fehlen jeglicher Anpreisung derjenigen Produkte, die Gegenstand der Handelstätigkeit der Beklagten sind, relevant sein können. Das Landgericht Kiel¹³ hat eine E-Mail, die ein Angebot zum Inhalt hat, durch Aufnahme von Werbebannern auf der eigenen Website Geld zu verdienen, mit dem Anerbieten eines Unternehmens, ein Entgelt für die Zur-Verfügung-Stellung einer Werbefläche auf einem Grundstück oder einem Haus zu zahlen, verglichen, und hierzu ausgeführt: „Derartige Angebote sind jedoch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt unzulässig, sie stellen vielmehr – im Gegenteil – sozialtypische Elemente des Rechtslebens dar“.

Nach Meinung des LG Kiel besteht keine Gefahr, dass zukünftig Werbung in Gestalt von Angeboten betrieben wird, da die durch Angebote erzeugte rechtliche Bindung¹⁴ eine ausreichende Schranke darstelle.

Werbung und Grundrechte

Nach stRSpr des VfGH¹⁵ fällt kommerzielle Werbung unter den Schutzbereich des Art 13 StGG bzw Art 10 MRK (Meinungsfreiheit). Nach Art 10 Abs1 MRK schließt der Anspruch auf freie Meinungsäußerung ausdrücklich auch die Freiheit zur Mitteilung von Nachrichten – also nicht nur Meinungen - ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein.

¹² Derselbe Gedanke: Bei einmaliger Übersendung eines einmaligen Angebotes (welches inhaltlich zB nur eine einmal auszuführende Dienstleistung betrifft) per E-Mail liegt keine Wiederholungsfahr vor (OLG Hamburg, Beschluss vom 2. August 1999 – 12 W 17/99)

¹³ vgl Entscheidung des LG Kiel vom 20. Juni 2000 (8 S 263/99); http://www.netlaw.de/urteile/lgki_1.htm

¹⁴ in D gemäß § 145 BGB

¹⁵ VfSlg 10.948, 12.394, 13.725 ua

Das grundrechtliche Problem an absoluten Werbeverboten ist, dass dadurch auch sachlich informierende Werbung beschränkt würde, womit von der Unzulässigkeit des Verbots auszugehen ist. Die Beschränkungen der Meinungsfreiheit sind streng im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen, wobei gelindere Mittel, die ja im Falle des § 101 TKG mit den §§ 75 TKG¹⁶ und 1 UWG doppelt gegeben sind, ein allgemeines Verbot verfassungswidrig machen. Es darf auch nicht übersehen werden, dass die deutsche Rechtsprechung mit ähnlichen Regelungen, jedoch ohne einer expliziten Vorschrift wie der § 101 TKG, eine vom Rechtsschutz gegen „Spam“¹⁷ absolut vergleichbare Rechtslage geschaffen hat (vgl hierzu S. 16 *Rechtsprechung Deutschland*).

Aus der Sicht von Direktmarketing-Firmen kann ein allgemeines Werbeverbot gegen die Freiheit der Berufsausübung und das Grundrecht auf Informationsfreiheit verstoßen.

Interessanterweise verstößt das generelle Verbot des § 101 TKG – nachdem es im vorhinein und eben auch gegen Medienunternehmen gerichtet ist – klar gegen die Presse- und Zensurfreiheit¹⁸. Dies dürfte bis jetzt etwas untergegangen sein, da in den Medien noch kein Aufschrei zu vernehmen war.

¹⁶ § 75 TKG verbietet jede missbräuchliche Verwendung (gem Abs 1 Z 2 jede grobe Belästigung anderer Benutzer) von Endgeräten, worunter auch der E-Mail versendende PC fällt. Vgl hierzu insbesondere Laga, *Rechtsprobleme im Internet*, S. 344 ff

¹⁷ Zum Begriff stellvertretend die Definition von Schönherr (ÖBl 1999, 267): „Spam steht für Spiced Pork and Ham (auf Deutsch: "Gewürztes Schweinefleisch mit Schinken"). In einem Sketch aus Monty Python's Flying Circus kommt dieses Wort ungefähr 20-mal vor - daher die Assoziation zu gehäuft auftretenden E-Mails; vgl Strömer, *Online-Recht: Rechtsfragen im Internet*, 2. Auflage, (1999) 141“; zum international verwendeten „UCE“ vgl Thiele, *RdW* 1999, 386: “In der internationalen Diskussion hat sich der Begriff "Unsolicited Commercial E-mail (UCE)" eingebürgert, vgl die Textierung des Art 7 des Richtlinienvorschlages der Europäischen Kommission über den elektronischen Geschäftsverkehr, KOM (1998) 568 endg. Daneben sind zB noch "bulk email" oder "junk email" sowie "spamming" gebräuchlich.“

¹⁸ dies erwähnt insbesondere Laga, <http://www.laga.at/Doks/spam2000.PDF>

2. Unterschiedliche Interessen bei Werbung

Interessen der Werbetreibenden

Werbung ist heute bereits die Existenzgrundlage etwa des privaten Fernsehens. Hier wird immer wieder versucht, neue Werbeformen zu entwickeln. Neue Probleme werden sich künftig vor allem deswegen stellen, weil die herkömmlichen Formen der Werbung an Grenzen stoßen: die Grenze der Akzeptanz herkömmlicher Werbung beim Zuschauer sind erreicht, wenn nicht gar überschritten. Marketingabteilungen sind vorrangig mit zwei Gütern beschäftigt: Kundentreue und Aufmerksamkeit. Konfrontiert sind sie jedoch mit der Tatsache, dass die (potenziellen und bestehenden) Kunden sprunghafter geworden sind, ja sogar vor der wachsenden Werbeflut zunehmend in Deckung gehen, indem sie sie schlicht ignorieren oder sich sogar dagegen wehren – am markantesten mit dem „Bitte keine Werbung“- Aufkleber. Eine zunehmende Segmentierung der Märkte – als Folge der unterschiedlichen Konsumstile – steigert die Akzeptanzprobleme.

Als Folge dessen werden neue Konzepte entwickelt, mit Namen wie Viral Marketing¹⁹, One-to-One Marketing²⁰ oder Permission Marketing (vgl S. 11) erhalten.

Der Trend geht zu einer personalisierten Ansprache des Kunden. Es wird als zielbringend erachtet, die Zustimmung des Kunden zu jedweder Werbung vorab einzuholen, um negative Reaktionen zu vermeiden.

Das Interesse der Werbeadressaten

Der Einzelne ist beinahe 24 Stunden täglich einem Feuerwerk an Information ausgesetzt. Der Wunsch des Konsumenten ist natürlich, dass Produkte und Informationen genau dann bei ihm eintreffen, wenn man sie braucht. Im Versuch, diesen Wunsch zu erfüllen, haben einige Unternehmen gelernt, aus der Menge der Informationen, die über den Konsumenten zu bekommen sind, eine gezieltere Ansprache zu formulieren. Die wenigsten Anwender sind aber bereit, ihre Interessen bekanntzugeben, weshalb versucht wurde, unbemerkt nähere Informationen über den Kunden zu sammeln. Dieses Datamining wird und wurde jedoch von

¹⁹ Darunter wird die Internet-Version von professioneller Mund-zu-Mund-Propaganda verstanden („tell your friend“, Lockangebote uä). Vgl hierzu ua <http://www.bizjournals.com/sanjose/stories/2000/04/10/story4.html>

²⁰ Ausrichtung der Kommunikation auf die individuellen Bedürfnisse einer einzelnen Person. Gemeint ist damit, daß Marketingmaßnahmen ganz konkret auf jeden Kunden zugeschnitten werden. Gerade im Internet gibt es hierzu verschiedene Möglichkeiten. Man denke an Cookies oder an dynamische Web-Seiten, mit denen man dem Kunden genau die Informationen geben kann, die er auch haben möchte. (Definition http://www.kpmg.de/services/consulting/ebusiness/eInsight_Terms.html)

den Usern nicht goutiert, wenn es auch letztlich oft mangels effizienter Abwehrmöglichkeiten akzeptiert wird.

Dennoch kann es für den Kunden interessant sein, über eine freiwillige Bekanntgabe von gewissen Daten (Präferenzen, Wohnort, ...) eine Personalisierung zu erreichen, sei es um bei Portalen angezeigt zu bekommen, was von potentiellm Interesse ist, oder sei es dass nur mehr relevante Werbung bzw Information eintrifft.

Problem Datamining

Das natürliche Misstrauen gegen das Sammeln von persönlichen Daten lässt sich abbauen, wenn ein Anbieter solche Informationen zum offensichtlichen Vorteil (etwa als nützlich empfundene Empfehlungen oder Kundendienst) des Kunden einsetzt, und sich dabei auch in die Karten schauen lässt.

Organisationen wie TRUSTe (die größte amerikanische Datenschutzorganisation), EPIC oder BBBOnline²¹ versuchen in den USA, wo man auf Selbstregulierung der Privatwirtschaft ohne Einmischung des Staates setzt, eine weltweite Vertrauensbasis aufzubauen, um die Potentiale des Electronic Commerce realisieren zu können. Es werden Siegel vergeben, die dafür stehen, dass ein Kunde über folgende Punkte im Privacy Statement informiert wird:

- welche persönlichen Informationen gespeichert werden
- wie diese Informationen verwendet werden
- ob Informationen an 3. Parteien weitergegeben werden
- welche Wahlmöglichkeiten der Benutzer in Hinblick auf die Benützung seiner Daten hat
- welche Sicherheitsmaßnahmen bestehen, um den Verlust, Missbrauch oder unabsichtliche Veränderung zu verhindern
- wie der Kunde seine Daten einsehen oder verändern kann

Für europäische Bürger ist das im Grunde nichts Neues, setzt man in Europa doch generell auf die gesetzliche Regelung des Datenschutzes²². Der wichtigste Unterschied zum amerikanischen Zugang besteht in der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Ansprüche jedes Einzelnen, seien es Abwehrrechte oder auch etwa das Recht auf Selbstauskunft und auf Richtigstellung²³. Ohne zu behaupten, dass Datenschutzregelungen auch vollzogen werden, ist es für das nur auf Vertrauen basierende amerikanische Zertifizieren umso verheerender, wenn dieses Vertrauen in die Organisationen erschüttert wird (hierzu auch S. 32). Dies geschah etwa durch den bekannten Fall einer Software von Realnetworks, wo dieses

²¹ <http://www.truste.com/>; <http://www.epic.org/>; <http://www.bbbonline.org/>

²² zuletzt im Rahmen der EU durch diverse Richtlinien, zB 97/66/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation (ABl. Nr. L 24 vom 30. Jänner 1998)

²³ Recht auf Selbstauskunft: § 26 DSGVO; Recht auf Richtigstellung: § 27 DSGVO

kostenlos erhältliche Musikprogramm ungefragt und unangekündigt Daten über den User sammelte und stillschweigend an die Firmen übermittelte²⁴. Die Website von Realnetworks war aber von TRUSTe zertifiziert, womit eigentlich garantiert werden sollte, dass die Firma die obengenannten Privacy-Richtlinien einhält.

Auch Umfragen bestätigen das Vertrauensproblem:

„Ein kürzlicher Bericht von Jupiter Communications zeigte, dass 64 % der Online-Kunden einer Website nicht trauen, auch wenn die Site Datenschutzbelangen Rechnung trägt. Wenn wir das mit den Ergebnissen einer weiteren Studie kombinieren, in der Intelliquest feststellte, dass 63 % aller Befragten folgender Aussage zustimmten: „Wenn ich online kaufe, erhalte ich Junk-E-Mail“ [...], wird klar, warum so viele Konsumenten beim Online-Shopping falsche E-Mail-Adressen angeben.“²⁵

Wenn auch sicherlich die Vergabe von Zertifikaten für den Umgang mit privaten Daten ein richtiges Konzept ist, ist die Frage der Unabhängigkeit der zertifizierenden Organisationen das eine, und die notwendige Absenz von „Pannen“ das andere Problem.

Permission Marketing

Es ist ein Trend, der letztlich eines wieder in den Mittelpunkt rücken soll: das Vertrauen der Kunden in ein Unternehmen. Der Weg vom Unbekannten zum Freund, und über diesen „Umweg“ schließlich zum Kunden ist im Grunde nichts Neues.

Warum dieses Konzept erfunden wurde, liegt nahe: Ausgangspunkt für die Konzeption des Permission Marketing ist die aktuelle Situation in der Marketing-Kommunikation. Hier ist eine zunehmende Wirkungslosigkeit der herkömmlichen Massenwerbung festzustellen, was wieder ein verstärktes Bombardement mit Werbung auslöst (und zwar mit „Unterbrechungswerbung“, wo der Empfänger der Werbebotschaft bei seiner Tätigkeit unterbrochen wird).

²⁴ Im Vorschlag Com(2000)385 erwähnt die Kommission: „Eine gemäß Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzte Datenschutzgruppe hatte bereits auf das Problem der sogenannten unsichtbaren und automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Soft- und Hardware hingewiesen. In ihrer Empfehlung 1/99 vom 23. Februar 1999 hat die Arbeitsgruppe das Problem der die Privatsphäre verletzenden Merkmale der für die Nachrichtenübertragung über das Internet verwandten Soft- und Hardware beschrieben. Die Gruppe rief die Soft- und Hardwareindustrie auf, Produkte mit die Privatsphäre schützenden Merkmalen im Einklang mit den Datenschutzbestimmungen der allgemeinen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG und der Richtlinie 97/66/EG über Datenschutz im Bereich der Telekommunikation zu entwickeln.“ In der englischen Version folgt noch der Satz „Until now industry has not reacted to this appeal.“

²⁵ zitiert aus dem Bericht über Spam, <http://www.messagemedia.com/>

Erlaubnismarketing setzt nun hier an, um den Konsumenten nicht mehr durch eine anonyme Massenwerbung in seinem Tun zu unterbrechen, sondern zu erreichen, dass er freiwillig die Einwilligung gibt, vom Anbieter Werbebotschaften zu erhalten, da er mehr über das jeweilige Produkt (oder Dienstleistung) erfahren will.

Aus der Sicht der Kunden ist es zu begrüßen, dass stärker auf deren Bedürfnisse eingegangen wird. Damit die Selbstbestimmung aber nicht zur Leerformel wird, ist dem Aspekt der Zustimmung sowohl aus der Sicht des Marketings (Fehler kosten Kunden) als auch des Rechts (Fehler kosten) ausreichend Bedeutung zuzumessen.

CRM – Customer Relationship Management

Diesem Schlagwort begegnet man im Marketing und Software Bereich ebenfalls regelmäßig. Auch wenn man sich noch nicht auf eine kurze und einheitliche Definition geeinigt hat, verstehen die meisten Anbieter von dementsprechender Software und Marketingberater darunter folgendes:

„CRM ist ein ganzheitlicher Ansatz zur Unternehmensführung. CRM integriert und vernetzt sämtliche Prozesse im Unternehmen, die in Verbindung mit Kunden stehen²⁶.“

Es wird hier immer im Bereich des Datenschutzes operiert. Sämtliche Daten über einen Kunden zusammenzuführen bzw konsequent zu sammeln, bringt den „gläsernen Kunden“ in die Unternehmen. Die Frage wird sein, ob die Kunden ihre Zustimmung gegeben haben, und vor allem auch, ob es ihnen bewusst war, was alles durch Verknüpfung über sie zu erfahren ist. Dies kann insbesondere für die eventuell notwendige Frage der gültigen Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten relevant werden.

Es darf auch nicht übersehen werden, dass derartige Programme keine Standardanwendungen nach dem DSGVO darstellen, wodurch eine Anmeldung bei der Datenschutzbehörde notwendig sein wird.

²⁶ vgl Martina Schimmel-Schloo in *acquisa*, Juli 2000, S. 3

Teil 2- Konkrete Formen von Werbung

Aus der ständig mutierenden Anzahl unterschiedlicher Werbeformen gibt auch einige, die lang genug am Markt sind, dass sich eine Rechtsprechung entwickeln konnte.

Telefonwerbung

Zu einer direkten Telefonwerbung ohne ausdrückliche Einwilligung gibt es bereits mehrfach oberstgerichtliche Entscheidungen²⁷. Das sogenannte „cold calling“ greift in die Persönlichkeitssphäre der Angerufenen ein. Der Anruf stellt eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der Privatsphäre der angerufenen Person dar, die durch keine ausnahmefähigen Gründe rechtfertigbar und somit schlicht unzulässig ist. Seit 1997 ist auch im Telekommunikationsgesetz mit dem § 101 eine eindeutige Regelung hierzu verankert.

Die notwendige vorherige Zustimmung ist für die telefonische Werbung schwer zu erlangen, wobei die Rechtsprechung die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung genau prüft. Sie darf auch nicht durch unangemessene Vertragsklauseln erwirkt werden (etwa in den AGB eines Kontoeröffnungsvertrag für Anrufe zur Anlageberatung²⁸).

Telefaxwerbung

Nicht angeforderte Werbefaxe blockieren das Faxgerät, verbrauchen Papier und teuren Toner und nötigen zur Kontrolle der zugesandten Nachrichten. Wegen der damit verbundenen Belästigungen oder gar Schäden ist Fax-Werbung ebenso wie die Telefonwerbung ohne vorherige Einwilligung unzulässig²⁹ (aufgrund § 1 UWG bzw § 354 ABGB). Im geschäftlichen Bereich gilt dies ebenso, jedoch sind nach der deutschen RSpr (wie auch nach dem österreichischen OGH bis zum Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes) hierbei die Anforderungen an die Einwilligung geringer, da ein aufgrund konkreter Umstände vermutetes Interesse des Angerufenen ausreichen kann. Dies ist unter dem Aspekt der Abwägung der Beeinträchtigungen und Interessen zu sehen. Demnach ist der Telefonanruf ein ungleich schwererer Eingriff, welcher dementsprechend schwer rechtfertigbar ist. Bei Telefaxwerbung und (insbesondere) gewerblichen Kunden führt diese Abwägung wesentlich früher zu einer Zulässigkeit.

Der österreichische § 101 TKG lässt diesen Spielraum im Grunde nicht mehr zu. Wie noch unten (S. 24 Teil 3 - ZUSTIMMUNG) näher ausgeführt, ist das Kriterium der Zustimmung

²⁷ ua OGH 18.10.1994, 4 Ob 107/94; OGH 8.11.1983, 4 Ob 388/83; auch die deutsche Rechtsprechung ist gleichlautend: ua BGH GRUR 1995, 220

²⁸ so vergleichbare dRpsr: LG Frankfurt am Main, MMR 1999, 477 ff = ZIP 1999, 846; BGH: Urteil vom 16.3.1999, XI ZR 76/98

²⁹ vgl OGH 28.10.1994, 4 Ob 320/97

jedenfalls zu erfüllen, um nicht eine Verletzung des Paragraphen und in der Folge vor allem eine Verurteilung nach § 1 UWG zu riskieren.

E-Mail

E-Mail als Kommunikationsmedium

E-Mail stellt traditionelle Kommunikationsmedien zunehmend in den Schatten. Die typische Online-Sitzung beginnt mit dem Abruf der E-Mails³⁰. Nach mehreren Umfragen³¹ ist E-Mail bereits die wichtigste Internet-Nutzung; der tägliche Informationsaustausch an Universitäten und in Firmen findet zunehmend per E-Mail statt, Faxe und Papierbriefe verlieren zusehends an Bedeutung.

Als Nachteil dieser modernen Informationstechnologien erweist sich mit steigender allgemeiner Benutzung die nicht zu unterschätzende Mail-Flut. Es gibt unterschiedliche Strategien, um ihr Herr zu werden. Die naheliegendste ist - mit wenig Aufwand realisierbar, den E-Mail-Client mit selbstdefinierten Filtern (dh Regeln nach denen der Posteingang sortiert werden kann) auszustatten, und somit eine Organisation in die Menge der einlangenden erwünschten und unerwünschten E-Mails zu bekommen. Eine andere, extreme Strategie ist es, auf die bei manchen bis zu 300 E-Mails pro Tag generell nicht mehr zu reagieren, auch wenn dadurch die Chancen dieses Mediums ungenutzt bleiben³². Es wird in Zukunft verstärkt E-Mail-Accounts geben, die auf sogenannten „Whitelists“ basieren, wonach nur mehr diejenigen E-Mails den Account erreichen können, deren Absender explizit in einer Liste aufgeführt sind.

Angesichts von Aussagen wie die des Instituts Forrester Research, dass diejenigen Firmen, die sich eines Spezialdienstleisters für Werbe-E-Mails bedienen, bis zu vierfach höhere Verkäufe erzielen als Firmen, die dies selbst machen, ist abschätzbar, dass kommerzielle E-Mails in exponentialem Maß zunehmen werden, sofern sie es schaffen, der Falle „Spam“ zu entgehen.

Nicht zu vergessen ist die Tatsache, dass die Übertragungsbandbreiten generell steigen werden. Es ist zu erwarten, dass auch die E-Mail-Werbung oder neue Formen die sich

³⁰ Studie „Netuse“ von A&B Heidelberg, w&v new media report 8/1998, S. 40

³¹ auf <http://www.berlecon.de/studien/maillinglisten/mlist.pdf> werden mehrere zitiert

³² Umberto Eco meinte etwa : „Wer mich wirklich erreichen will, wird es so und so schaffen.“

bietenden Möglichkeiten nutzen werden, um größere Dateien mit multimedial stärker aufbereiteten Inhalten abzusetzen³³.

Rechtslage

Die aktuelle gesetzliche Rechtslage in Österreich (§ 101 TKG³⁴ neben § 1 UWG und § 75 TKG) bzw die noch geltende Rechtsprechung in Deutschland lässt eine Nutzung dieses Mediums für unangeforderte Direktwerbung nicht zu. Massenmails sowie E-Mails zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung sind grundsätzlich untersagt. In den meisten EU-Mitgliedsstaaten ist eine Opt-out Lösung in Kraft, wonach die Werbetreibenden regelmäßig sogenannte „Robinsonlisten“³⁵ konsultieren müssen, wo sich generell Werbeunwillige eintragen lassen können und in Hinkunft einen Anspruch darauf haben, dass die Versender dies berücksichtigen. Die EU plant, zur Vereinheitlichung für den ganzen Binnenmarkt ein einheitliches Verbot von nicht angeforderter elektronischer Post zu beschließen³⁶.

Zur österreichischen Lösung des Verbots der Zusendung elektronischer Post (die Novelle zum § 101 TKG³⁷ wurde extrem rasch beschlossen) lassen sich in der Praxis viele Fragen aufwerfen³⁸:

- Darf ein Unternehmen an ein anderes, mit dem es in Geschäftsverbindung steht, ihre neue Produktpalette via E-Mail zusenden?
- Wie ist eine E-Mail mit neuen Angeboten an Vertragspartner zu beurteilen?
- Darf ein Verein an seine Mitglieder das Monatsprogramm via E-Mail zustellen?
- Wie soll sich ein Unternehmer in Mailinglisten verhalten?
- Darf er sich in ein virtuelles Gästebuch via E-Mail eintragen? Er kann ja meist vorher keine Genehmigung einholen, wenn es ihm verboten wäre eine E-Mail zu schicken!

³³ als aktuelles Beispiel etwa die Ankündigung von MP3.com, an seine Mitglieder und Kunden elektronische Post mit Sound-Clips von potentiellen Hits oder Newcomer-Aufnahmen senden zu wollen (die „singende E-Mail“; <http://www.mp3.com>).

³⁴ § 101 TKG (in der Fassung BGBl I Nr. 188/1999) in Verbindung mit § 104 TKG (Strafbestimmung)

³⁵ etwa die in Deutschland auf freiwilliger Basis operierende „Mail-Schutzliste“ unter <http://www.erobinson.de>

³⁶ Vorschlag der Kommission vom 12. Juli 2000 für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation; <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/com2000-385de.pdf>

³⁷ dem § 101 TKG wurde ein 2. Satz beigefügt: „Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers.“

³⁸ aus Laga, Das österreichische Spam-Verbot, <http://www.laga.at/Doks/spam2000.PDF>

- Gilt eine vorher erhaltene E-Mail generell als Genehmigung?

Es ist weiters etwa fraglich, ob ein Unternehmen allen seinen Kunden seine neue Geschäftsadresse oder neue Öffnungszeiten mitteilen darf. Es dreht sich bei den Beispielen zumeist um die Frage, wie die Zustimmung erfolgt (ist) bzw ob in einem bestimmten Verhalten eine Zustimmung erblickt werden kann (vgl dazu S. 24 - *Teil 3 - ZUSTIMMUNG*).

Bis dato ist noch kein Fall einer Verurteilung nach §§ 101 iVm 104 TKG bekannt geworden. Es bleibt zur Bekämpfung dieser Formen der Werbung jedoch die Ausschöpfung der wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten (insbesondere die Generalklausel § 1 UWG), welche die besten Erfolgsaussichten haben. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Missachtung eines gesetzlichen Verbots mit der Absicht, damit im Wettbewerb einen Vorsprung vor der gesetzestreuen Konkurrenz zu erlangen, von § 1 UWG erfasst und kann daher mit Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen bekämpft werden.

Anders kann es nur aussehen, wenn etwa der Werbende seine E-Mail in dem guten, wenn auch irrigen, Glauben versendet, der Empfänger habe zu dieser sein Einverständnis erklärt. Nach der deutschen Lage muss der Empfänger diese erste Sendung hinnehmen, und kann nur mit Reaktion darauf eine zukünftige Werbung verhindern. Die österreichische Rechtslage im Bereich des UWG ist analog zu sehen, einzig die Verwaltungsnorm des § 101 TKG wird grundsätzlich weiterhin zur Anwendung kommen können.

Rechtsprechung Deutschland

In Deutschland hatte sich die Judikatur einige Male mit E-Mail auseinander zusetzen. Daher ist die Rechtsprechung bereits einigermaßen gefestigt.

Nachdem der deutsche Gesetzgeber die Frage der Zulässigkeit unerwünschter E-Mail-Werbung bislang nicht geregelt hat, überwiegt die Ansicht, wonach diese Enthaltensamkeit zu begrüßen ist, um die Entfaltungsmöglichkeiten des Internet nicht zu beeinträchtigen. Das führt zu einer gesteigerten Herausforderung für die Gerichte³⁹.

Nach herrschender Meinung der RSpr⁴⁰ seit 1997 ist die unaufgeforderte Zusendung von E-Mails an private oder gewerbliche Anschlüsse (in Anlehnung an die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze des BGH zur Brief-, Telefon-, Telefax- und btx-Werbung) rechtswidrig. Zumeist wurde ein Verstoß gegen § 1 UWG angenommen, der einerseits mit Telefon- und anteiligen Providerkosten bzw dem erheblichen Aufwand an Zeit und Mühe beim Aussortieren für den Abrufenden begründet wurde. Andererseits erfolgte die Begründung auch aus dem hohen Maß der Belästigung der Mailbox-Inhaber, die durch ein zu

³⁹ wie auch RA Sakowski betont; <http://www.sakowski.de>

⁴⁰ etwa LG Berlin, vom 13.10.1998 (Az. 16 O 320/98); LG Ellwangen vom 27.8.1999 (2 KfH 5/99 = CR 2000, 188)

erwartendes weiteres Anschwellen der Werbeflut per E-Mail droht⁴¹. Es ist dies im Wesentlichen ein Ausfluss der „Keimtheorie“ des BGH.

Dieser hat in einem Urteil⁴² bestätigt, dass jede Werbeform, "die den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit erst zu einer untragbaren Belästigung und zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führt", unzulässig ist. Diese Auffassung (Keim-Theorie) ist auch auf die Werbung mittels E-Mail übertragbar. Denn hinsichtlich der Missbrauchsanfälligkeit ist das Internet-gestützte E-Mail-System aus verschiedenen Gründen mindestens ebenso wie das Telefax-System betroffen: Der Massenversand von E-Mail ist technisch besonders einfach und außerdem äußerst kostengünstig. Die Missbrauchsgefahr ist daher besonders hoch. Zum anderen gefährdet der massenhafte Versand von E-Mail durch die Belastung die Funktionalität des gesamten E-Mail-Systems (von den Servern bis zum PC der einzelnen Benutzer). Hinzu kommt, dass beim Versand von E-Mails der Versender fast alle Kosten abwälzen kann.

Weiters wurde auch eine deliktsrechtliche Haftung des Werbenden nach § 863 Abs 1 BGB angenommen (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes), wogegen jeder Betroffene gemäß §§ 823, 1004 BGB Unterlassung verlangen kann⁴³. Gegenüber Gewerbetreibenden wurde vertreten, dass E-Mail-Werbung zwar keine Eigentumsverletzung darstellt, es sich aber um einen zielgerichteten "Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" handelt, der ebenfalls in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB fällt.

Die Rechtsprechung in Deutschland verlangt im Ergebnis eine Opt-In-Lösung und untersucht dabei aufgrund differenzierter Beurteilungskriterien, ob der Empfänger mit der Zusendung einverstanden ist bzw sein Einverständnis etwa im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung vermutet werden kann. Im geschäftlichen Verkehr sind Werbe-E-Mails möglich, sofern der Absender seine Annahme des Einverständnisses aus den Umständen und Aktionen des Empfängers ableiten durfte.

Dies ist natürlich weder in der Lehre unumstritten⁴⁴, noch ist die Judikatur ohne Gegenmeinung. Jüngere Entscheidungen sind etwa das LG Braunschweig⁴⁵, das entschied, im geschäftlichen Bereich sei die Sittenwidrigkeit unaufgefordert zugesandter Werbe-E-Mail

⁴¹ vgl LG Traunstein, MMR 1998, 53

⁴² BGH NJW 1996, 660, 661 zur Telefax-Werbung

⁴³ dieser Unterlassungsanspruch wurde im Urteil des LG Berlin (16 O 320/98) ausdrücklich auch für E-Mails bestätigt

⁴⁴ Vgl. Hoeren, WRP 1997, 993; Ernst BB 1997, 1057;

⁴⁵ Urteil vom 11.8.1999 (22 O 1683/99)

nach § 1 UWG nur dann gegeben, wenn eine ausdrückliche Ablehnung des Empfängers gegeben ist.

Das Amtsgericht Kiel⁴⁶ vertritt die Auffassung, ein Eingriff in eines der nach § 823 Abs. 1 BGB absolut geschützten Rechtsgüter ist nicht gegeben. Das Gericht führt aus, dass in den entschiedenen Fällen stets ein gesetzlich geschütztes Recht betroffen war, sei es das Persönlichkeitsrecht, die Privatsphäre, das Eigentum oder der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, oder ein wettbewerbsrechtlicher Abwehranspruch nach dem UWG. „Vorliegend fehlt es hieran.“ Leider bleibt das AG eine tiefergehende Begründung dieser „Ausnahme“ schuldig⁴⁷. Auch ein Eingriff in die nach Art. 5 Abs 1 GG geschützte Informationsfreiheit (in diesem Fall die „negative Informationsfreiheit“) liegt nicht vor, da der Schutzbereich nicht auch die Zusendung von Werbebotschaften umfasst und allgemein auch nicht das Recht, in Ruhe gelassen zu werden.

Das Landgericht Kiel⁴⁸ hat dieses Urteil bestätigt, eine allgemein gültige Rechtsprechungsänderung ist jedoch noch nicht daraus abzuleiten. Einerseits konnte mangels Wettbewerbsverhältnis eine UWG - Betrachtung ausgeklammert bleiben. Andererseits gibt das Gericht prinzipiell der bisherigen RSpr mit der Bejahung eines Eingriffs in die Privatsphäre durch das Eindringen von Werbemitteln in den persönlich-häuslichen Bereich des Klägers, zu dem auch der Betrieb seines privaten E-Mail-Anschlusses gehört, Recht. Wenn auch ein dem Kläger zustehendes sogenanntes absolutes Recht nicht verletzt worden ist, sprechen

„nicht unerhebliche Gründe dafür, jedenfalls im augenblicklich geltenden Rechtszustand, die genannten Rechtsgrundsätze, wie sie für Post- und Btx-Werbung entwickelt worden sind, auf das neue Medium des e-mail-Systems zu übertragen, und zwar anders als in den genannten Kommunikationsbereichen auf alle Fälle, in denen nicht ausdrücklich Werbung für erwünscht erklärt wird. Der Grund für diesen erweiterten Rechtsschutz liegt darin, dass Werbung durch e-mail in einem ganz unverhältnismäßig leichteren Maße realisiert werden kann als Werbung etwa über den häuslichen Briefkasten.“

Der Grund, warum dies im konkreten Fall jedoch nicht zutrifft, wurde schon oben erwähnt (s. *S. 16 Rechtsprechung Deutschland*). Das Gericht sieht in der betreffenden Zusendung keine Werbung, sondern das Angebot auf den Abschluss eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages.

⁴⁶ Urteil vom 30.9.1999 (110 C 243/99); online unter http://www.netlaw.de/urteile/agki_1.htm

⁴⁷ Dies wird zB von Ackermann bemängelt: <http://www.dr-ackermann.de/spam/ag-kiel-1.htm>

⁴⁸ Urteil LG Kiel vom 20.Juni 2000, 8 S 263/99

Rechtsprechung Österreich

In Österreich ist bis dato keine Rechtsprechung zu E-Mail-Werbung ergangen. Wie in Deutschland, wo zumindest eine höchstgerichtliche Rechtsprechung fehlt, wird in Österreich auf die OGH-Rechtsprechungsgrundsätze insbesondere zur Telefax-, Brief- und Telefonwerbung⁴⁹ zu reflektieren sein. Aufgrund der Novelle des § 101 TKG verlangt die nunmehrige Gesetzeslage in Österreich die vorhergehende ausdrückliche Zustimmung des E-Mail-Adressaten und damit das System des „Opt-in“. Die Verletzung dieser Verwaltungsnorm ist auch von Mitbewerbern mit Unterlassungs- bzw Schadenersatzansprüchen zu bekämpfen.

Die zukünftigen Schwierigkeiten der Rechtsprechung werden in der möglichst differenzierten Beurteilung der Zustimmung des Empfängers liegen. Im Sinne der Ausgleichung der Interessen von Sendern und Adressanten und auch der gesetzgeberischen Intentionen (insbesondere auf EU-Ebene) sind die Grenzen insbesondere für eine schlüssige Einwilligung auszuloten.

EU - Vorschlag der Kommission

Die Kommission⁵⁰ hat im Zuge der Überarbeitung und Vereinheitlichung des Regelwerks von EU-Richtlinien für elektronische Kommunikation⁵¹ auch einen Vorschlag zum Schutz der Privatsphäre vorgelegt. Im Wesentlichen geht es in dem Vorschlag um eine Anpassung der Bestimmungen an technologische Entwicklungen unter Aufrechterhaltung des Datenschutzgedankens und eine technologieneutrale Formulierung.

Im Artikel 13 werden nunmehr (in geringfügiger Abänderung des entsprechenden Art 12 „Unerbetene Anrufe“ der Telekommunikations-Datenschutz-Richtlinie⁵²) „Unerbetene Nachrichten“ geregelt, womit insbesondere Direktwerbung mittels E-Mail erfasst werden soll⁵³. In Ziffer 1 des Art 13 wird statuiert, dass sie nur bei vorheriger Einwilligung der

⁴⁹ OGH 8. 11. 1983 - Telefonwerbung - ÖBl 1984, 13; OGH 18. 5. 1999 -

Telefonwerbung III - WBl 1999, 429; OGH 28. 10. 1997 - Telefaxwerbung II - MR 1998, 31 = ÖBl 1998,341 = RdW 1998, 117; OGH 27. 4. 1999 - Telefax-Inseratenwerbung - ÖBl 1999, 248

⁵⁰ Vorschlag der Kommission vom 12. Juli 2000 für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation;
<http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/com2000-385de.pdf>

⁵¹ Kommunikationsbericht 1999 der Europäischen Kommission – Regulatory Review 99,
<http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/Welcome.html>

⁵² RI 97/66/EG

⁵³ aus den Erwägungen zu Art 13, <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/com2000-385de.pdf>

Teilnehmer zulässig ist (Opt-in). In Ziffer 2 wiederum⁵⁴ wird den Mitgliedstaaten die Wahl eingeräumt, entweder ein Opt-in oder ein Opt-out-System vorzusehen. Es passen durch die neutrale Formulierung von Nachrichten statt Anrufe diese beiden Ziffern nicht mehr ganz zueinander.

Die E-Commerce-Richtlinie⁵⁵ vom Juni 2000 regelt im Artikel 7⁵⁶ „Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen“. Die beiden Punkte die darin gefordert werden, sind einerseits die klare und unzweideutige Kennzeichnung der Werbesendungen, und andererseits die Sicherstellung, dass Anbieter regelmäßig sogenannte Robinson-Listen konsultieren. Den Mitgliedstaaten ist es freigestellt, unaufgeforderte E-Mails gänzlich zu verbieten. Nur sofern sie sie zulassen, haben sie für die Einhaltung der genannten Auflagen zu sorgen.

Mit dem Vorschlag der Kommission wird der, aufgrund der mehrfachen Änderungen offenbar mühevoll errungene Kompromiss mit der E-Commerce-Richtlinie wieder in Frage gestellt werden, und es wird sich zeigen, ob der Vorschlag in dieser Form angenommen wird.

Bannerwerbung

Es ist eine lang bekannte und im Internet bereits millionenfach angewandte Technik, anklickbare Werbebalken auf Webseiten anzubieten, die neben kurzer Information (Werbung)

⁵⁴ 2. Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um gebührenfrei sicherzustellen, daß mit Ausnahme der in Absatz 1 genannten Anrufe unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln.

⁵⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), http://europa.eu.int/lex/de/dat/2000/l_178/l_17820000717de00010016.pdf

⁵⁶ Artikel 7 - Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikationen

(1) Zusätzlich zu den sonstigen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts stellen Mitgliedstaaten, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post zulassen, sicher, daß solche kommerziellen Kommunikationen eines in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieters bei Eingang beim Nutzer klar und unzweideutig als solche erkennbar sind.

(2) Unbeschadet der Richtlinien 97/7/EG und 97/66/EG ergreifen die Mitgliedstaaten Maßnahmen um sicherzustellen, daß Diensteanbieter, die nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, regelmäßig sog. Robinson-Listen konsultieren, in die sich natürliche Personen eintragen können, die keine derartigen kommerziellen Kommunikationen zu erhalten wünschen, und daß die Diensteanbieter diese Listen beachten.

bzw Lockangeboten auch einen Link auf die werbende Seite bieten. Im Zuge der Diskussion um „page views“ und „hits“ und deren Aussagekräftigkeit bei der Werbekostenbemessung wird regelmäßig auf die Überbewertung und damit die Überbezahlung von Bannerwerbung hingewiesen⁵⁷. Bannerwerbung ist rechtlich meist nicht problematisch, wenn es auch vereinzelt Irreführungen gibt (ein klassisches Beispiel ist der Button zum „Optimieren des Systems“), die teilweise auch nach dem UWG verfolgbar sind.

Werbe-SMS

SMS (Short Message Service) sind technisch vergleichbar mit E-Mails (bis zu 160 Zeichen Text werden elektronisch über die Mobilfunknetze verschickt; es gibt ebenfalls eine Teilung in Adressierung und Inhalt) weshalb die Einschränkungen wie bei E-Mail aufgezeigt hier ebenso gelten. Zu erwähnen ist, dass heutige Mobiltelefone de facto keine Software zum Filtern bieten, und daher jedenfalls eine pragmatische Lösung mit einem Filtern von Spam-Mails durch die E-Mail-Clients bzw Provider nicht denkbar ist. Einige Betreiber bieten die Möglichkeit, prinzipiell keine SMS die über ein Web-Interface, dh über das Internet abgesendet wurden, zuzustellen. Eine mögliche Filterung wird bei E-Mail von manchen als starkes Argument für die nur marginale Belästigung verwendet. Im Zuge der Konsultationen für den Kommunikationsbericht 1999 haben Betreiber festgehalten, dass derzeit im Bereich des Versandes von SMS Nachrichten keine oder technisch unverhältnismäßig aufwendige Kontrollen möglich sind⁵⁸.

Dass Handy-Spam aber erheblich negativer aufgenommen wird als E-Mail, hängt neben dem begrenzten Speicher der Telefone (meist nur 10 SMS) einerseits mit der als größere Belästigung empfundenen Störung durch eingehende SMS-Nachrichten, andererseits mit dem vielfach „innigeren“ Verhältnis zum Mobiltelefon zusammen. Es wird von daher selten goutiert, wenn Firmen in die „persönliche Sphäre“ des eigenen Handys eindringen. Letztlich werden nur Geschenke zu einer Erlaubnis, Werbe-SMS erhalten zu dürfen, führen können.

Neue Techniken wie Bluetooth (kommender Standard für drahtlose Verbindungen per Funk) erlauben es, dass Geschäftsbesitzer an vorbeigehende Handybesitzer Nachrichten senden können. Andererseits gibt es zB auf Großveranstaltungen wie Rockfestivals regelrechte SMS-Services zur Information der Besucher. Diese Services werden professionell von Direktmarketing-Unternehmen angeboten, wobei deren Dienst letztlich analog den anderen Direktmarketing-Werbeformen wie E-Mail- und Werbepostversand abläuft. Das One-to-one Marketing über WAP und SMS ist noch wenig verbreitet, daher gibt es auch keine Judikatur dazu.

⁵⁷ zu den Messverfahren und Hintergründen vgl Farthofer, Laga, Nemeč: Werbung im Internet; <http://www.laga.at/Doks/Seminar-Werbung.pdf>

⁵⁸ so zB VIAG Interkom: <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/nrfwd/viagint18e.htm>

Aus einer Presseinformation⁵⁹ zu den angestrebten Vorteilen:

„Durch die Hinzunahme von SMS und WAP zum Marketing-Mix können Unternehmen Kunden zu jeder Zeit und an jeden Ort brisante Informationen senden, die ihren persönlichen Bedürfnissen entsprechen. Beispielsweise können Fluggesellschaften geänderte Flugzeiten und mögliche Ausweichflüge auf Mobiltelefone und Personal Digital Assistants (PDAs) selektiv an die betroffenen Fluggäste übermitteln. Online Broker können Aktionäre in Echtzeit über interessante Kursentwicklungen informieren und Kauf- oder Verkaufsaufträge sofort ausführen. Marketing über Wireless-Kanäle bietet Kunden die Möglichkeit, individuell relevante Nachrichten zu erhalten, sofort zu reagieren und den Informationsvorsprung zum eigenen Vorteil zu nutzen.“

Ortsbezogene, mobile Werbung

Hierunter fallen die Modelle für die kommende Mobilfunkgeneration, wo die dem System bekannte örtliche Position dazu verwendet werden kann, dem Kunden aktuelle und örtlich konkrete Angebote und Werbung zu senden. Hier ist im Grunde kein Unterschied zur Werbung per SMS ersichtlich. Allerdings werden mit UMTS auch neue Ideen für das Marketing kommen.

Zu den Daten, die mit der Auswertung der Ortsinformation bereitstehen, hat die Europäische Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag bereits Stellung genommen (Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation⁶⁰).

Die vorgeschlagenen Änderungen sollen ermöglichen, dass die Weiterverarbeitung von Verkehrsdaten⁶¹, und nicht nur von Gebührenabrechnungsdaten, zum Zwecke der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen gestattet wird. Dies selbstverständlich nur, wenn der Teilnehmer oder Nutzer eingewilligt hat. Die Datenschutzbestimmungen erfassen künftig auch Verkehrsdaten, die von irgendeinem Netz für die Übertragung elektronischer Nachrichten erzeugt werden⁶².

⁵⁹ <http://www.primeresponse.com>

⁶⁰ Vorschlag der EU-Kommission vom 11. Juli 2000; <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/com2000-385de.pdf>

⁶¹ Dieser Begriff soll neu eingeführt werden, um das Wort „Verbindungen“ (das sich streng genommen nur auf sogenannte leitungsvermittelte Verbindungen (herkömmliche Sprachtelefonie) bezieht) zu ersetzen, damit auch paketvermittelte Übertragungen (Datenübertragung, Nutzung des Internet) erfasst sind.

⁶² Insbesondere weil die bisherige, auf Gebührenabrechnungsdaten und zum Zweck der direkten Vermarktung elektronischer Kommunikationsdienste des Diensteanbieters beschränkte Möglichkeit zur Verarbeitung von Verkehrsdaten mit der Erweiterung der Datenschutzbestimmungen auf Verkehrsdaten nicht mehr ausreichte.

Demnach fallen Standortdaten als Verkehrsdaten unter Artikel 6 dieser Richtlinie. Dadurch dass die Mobilfunknetze zukünftig noch genauere Standortdaten liefern werden, geht die Kommission in ihrem Vorschlag davon aus, dass damit sinnvolle Zusatzdienste angeboten werden können und sollen (etwa persönliche Verkehrsinformationen). Ganz im Einklang mit den europäischen (und damit auch dem österreichischen) Datenschutzgesetzen soll die Verarbeitung dieser Daten nur dann zulässig sein, wenn die Teilnehmer eingewilligt haben. Darüber hinaus erhalten die Teilnehmer eine jederzeitige und gebührenfreie Möglichkeit, dies zeitweise zu untersagen. Damit ist eine Unterbindung von lückenlosen Profilen und die Ermöglichung von Privatsphäre trotz Nutzung der neuen Dienste intendiert.

Teil 3 - ZUSTIMMUNG

In Hinblick auf die Regelung des § 101 TKG ist eine konkrete Einwilligung aufgrund des Gesetzeswortlautes das Um und Auf der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen.

Auch bei der Einwilligung zu einer Speicherung bzw Verwendung von Daten ist nach dem Datenschutzgesetz eine gültige Zustimmung entscheidend.

Vertragsabschluss im Internet

Beim Vertragsabschluss im Internet geben die Anbieter auf ihrer Homepage im Zweifel eine Aufforderung zur Stellung von Anboten (wie zB bei Katalogen oder Schaufenstern) an einen unbekanntenen Personenkreis ab⁶³. Entscheidend wird hier die Erfüllung der Erfordernisse Bestimmtheit des Angebotes und Bindungswille sein.

Die Interessenten können ihrerseits durch eine Willenserklärung (per E-Mail, in einem bereitgestellten Formular oä) ein Anbot auf Abschluss eines Vertrages abgeben. Erst durch die Annahme durch den Anbieter wird der Vertrag perfekt.

Diese Annahme kann sowohl ausdrücklich bzw stillschweigend erfolgen, als auch regelmäßig durch tatsächliches Entsprechen iSd § 864 ABGB (zB Absenden der bestellten Ware).

Die in der E-Commerce-Richtlinie⁶⁴ erwähnte Empfangsbestätigung ist nach österreichischem Recht auszulegen. Demnach ist denkbar, dass der Anbieter damit bereits die Annahme erklären will (sofern dies hinreichend klar zum Ausdruck kommt). Es kann aber auch nur die Bestätigung des Erhalts der Bestellung (dh nur als Information) gemeint sein, wovon im Zweifel auszugehen sein wird. Die Richtlinie widerspricht insofern nicht den Rechtswirkungen nach allgemeinem Zivilrecht.

In ihrem Erwägungsgrund 30 wird weiters angeführt, dass die Frage der Zustimmung der Empfänger „nicht Gegenstand dieser Richtlinie“, sondern „insbesondere in den Richtlinien 97/7/EG (Fernabsatz-Richtlinie) und 97/66/EG (Telekommunikations-Datenschutz-Richtlinie), bereits geregelt“ ist. Nach der Fernabsatz-Richtlinie dürfen individuelle Fernkommunikationstechniken wie E-Mail nur dann verwendet werden, wenn der Verbraucher ihre Verwendung „nicht offenkundig abgelehnt“ hat. Weiters statuiert Art 9 – für österreichische Begriffe nichts Neues - dass das Ausbleiben einer Reaktion eines Verbrauchers nicht als Zustimmung gilt.

⁶³ hA; vgl zB Peter Madl, *ecolex* 1996, 79; auch ohne expliziten Vorbehalt, dass kein Anbot auf der Webseite gemacht wird, ist im Normalfall nur eine Aufforderung zur Offertstellung anzunehmen.

⁶⁴ abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/dat/2000/l_178/l_17820000717de00010016.pdf

Problem AGB

Bei der Verwendung von „Zustimmungsklauseln“ ist auch zu beachten, dass „für die von einem Verwender vorformulierten einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Kunden, die weder eine Nebenabrede enthalten noch zum notwendigen Inhalt eines gleichzeitig abgeschlossenen Vertrages gehören, aber im Zusammenhang mit der vertraglichen Beziehung stehen“⁶⁵ die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) anzuwenden sind. Unter AGB werden „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt“⁶⁶ verstanden.

Das entscheidende Merkmal ist bei der gegenständlichen Form der Erklärung, dass es sich einerseits um eine Vorformulierung eines Vertragstextes handelt, andererseits der Kunde nur darauf Einfluss hat, ob er eine Erklärung abgeben will, nicht aber auf ihren Inhalt. Eine gültige Einbeziehung von AGBs verlangt, dass der Anbieter auf die Einbeziehung ausdrücklich hinweist und der Kunde die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in „zumutbarer Weise“ Kenntnis zu nehmen⁶⁷. Es muss dem Kunden bekanntgegeben werden, dass und wo die AGB zu finden sind – nur dann kann davon ausgegangen werden, dass er sich auch unterwirft. Auch ist bei der Frage der Zumutbarkeit kein allzu hoher Maßstab beim Anwender vorauszusetzen, sodass sich aus diesem Grund eine möglichst einfach, automatisierte Einsichtnahme anbietet.

Selbst bei Erfüllung der Voraussetzungen für eine gültige Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist möglich, dass bestimmte Vertragsinhalte nicht der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB⁶⁸ sowie der Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB (Sittenwidrigkeit) Stand halten.

Wie kann die Zustimmung erfolgen

Die entscheidende Frage ist regelmäßig, die Einwilligung des Kunden zu erlangen, wobei es auf die konkreten Details ankommt. § 4 Z 14 DSGVO definiert „Zustimmung“ unter weitgehender Kopie des diesbezüglichen Textes der Richtlinie (Art 2 lit h) als „gültige,

⁶⁵ Leitsatz der Entscheidung BGH vom 16.3.1999 – XI ZR 76/98. Hier wurde eine vorformulierte Klausel, in die der Kunde sein Einverständnis mit telefonischer Werbung erklärt, als unangemessene, einseitige Benachteiligung qualifiziert.

⁶⁶ so das deutsche AGBGesetz in seinem § 1 Abs 1; In Österreich wird seit Inkrafttreten des KSchG die mangelnde Einflußmöglichkeit des Kunden auf die AGB (und somit den Vertragsinhalt) durch einige Spezialvorschriften für AGB kompensiert (§ 864a ABGB; § 879 Abs 3 ABGB; § 6 KSchG)

⁶⁷ vgl Brenn, ÖJZ 1997, 655

⁶⁸ Ungewöhnliche, nachteilige Klauseln, mit denen nach den Umständen nicht gerechnet werden konnte

insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt".

Elektronische Zustimmung im deutschen Recht

In Deutschland sind mit den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)⁶⁹ und des neueren Teledienststedatenschutzgesetzes (TDDSG) detaillierte Regeln enthalten, wann die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten zulässig sein kann. Das TDDSG regelt konkret die Zulässigkeit einer elektronischen Zustimmung (§ 3 Abs 7). Demnach kann die Einwilligung auch elektronisch erklärt werden, wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass

1. sie nur durch eine eindeutige und bewusste Handlung des Nutzers erfolgen kann,
2. sie nicht unerkennbar verändert werden kann,
3. ihr Urheber erkannt werden kann,
4. die Einwilligung protokolliert wird und
5. der Inhalt der Einwilligung jederzeit vom Nutzer abgerufen werden kann.

Aus dem ersten Punkt folgt, dass etwa die Erklärung der (Online-) Zustimmung mittels eines anklickbaren Feldes (Formularfeld) dann keine aktive Abgabe einer Erklärung darstellt, wenn die Voreinstellung des Feldes bereits auf JA steht⁷⁰. Damit die Protokollierung und Unveränderbarkeit erfüllt ist, wird die technische Konvertierung eines Formulars in eine E-Mail bzw die anschließende schreibgeschützte Speicherung (zusammen mit den Nutzerdaten, um die Zuordnung zum Urheber sicherzustellen). Für die jederzeitige Abrufbarkeit wird zumindest die Möglichkeit zum Ausdruck bzw Abspeichern der Einwilligung zu fordern sein, gedacht ist aber sicher auch an den Abruf mittels Passwort über eine Datenbank oder personalisierte Homepage.

Obwohl beide Gesetze nur von „einwilligt“ sprechen, ist aus dem Gesamtkontext - insbesondere des erwähnten § 3 (7) Z 1 TDDSG - ersichtlich, dass eine ausdrückliche Einwilligung gefordert ist.

⁶⁹ § 4 BDSG [Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung] Abs (2): Wird die Einwilligung bei dem Betroffenen eingeholt, ist er auf den Zweck der Speicherung und einer vorgesehenen Übermittlung sowie auf Verlangen auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist die Einwilligungserklärung im äußeren Erscheinungsbild der Erklärung hervorzuheben.

⁷⁰ Vgl hierzu Ricke (Hg.), Ratgeber Online-Recht, 1998, S. 96 f

Österreichische Regelungen

Die österreichische Rechtslage kann eine vergleichbar deutliche Textierung für elektronische Erklärungen nicht vorweisen, weshalb auf die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zu reflektieren ist. Im DSG 2000 ist eine ausdrückliche Zustimmung nur bei der Verwendung „sensibler“ Daten (laut DSG) im § 9 gefordert, ansonsten ist nur von „Zustimmung“ die Rede. Der § 101 TKG spricht ebenfalls nur von einer vorherigen „Zustimmung“. Die Einschränkung auf eine ausdrückliche Einwilligung wie in Deutschland ist aber mangels gesetzlicher Anforderungen nicht geboten.

Aus den Materialien 1997 zum § 101 TKG ist lediglich die Motivation für die Einführung dieser Regelung durch die Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation⁷¹ zu erkennen. Schon vor Inkrafttreten des § 101 TKG hat der OGH in Übereinstimmung mit der deutschen Lehre und RSpr Werbung durch unerbetene telefonische Anrufe dann als wettbewerbswidrig beurteilt, wenn der Angerufene nicht zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis dazu erteilt hatte.

Aus den bereits genannten Gründen und Bedenken ist es sinnvoll, dass die Zustimmungserfordernisse nicht zu eng ausgelegt werden – etwa im Sinne einer notwendigen schriftlichen Einwilligung. Es scheint geboten, hier das mögliche Repertoire des Zivilrechts auszuloten, welches für eine Willenserklärung denkbar ist.

Rechtsgeschäftliche Zustimmung

Eine rechtsgeschäftliche Zustimmung ist als Willenserklärung⁷² gem § 863 ABGB nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen, „welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“ (konkludent, schlüssig). Der Unterschied zur ausdrücklichen Erklärung durch „allgemein angenommene Zeichen“⁷³ ist, dass in diesem Fall typische Erklärungszeichen verwendet werden, wohingegen bei der stillschweigenden der Erklärungswert aus den Begleitumständen

⁷¹ RL 97/66/EG, ABl Nr L 024 v 30.1.1998; gemeinsam mit der Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (RL 95/46/EG, ABl Nr 281 vom 23. 11. 1995)

⁷² Nach L und RSpr sind Willenserklärungen Willensäußerungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind (Rummel, ABGB Kommentar, S. 1030)

⁷³ Gem § 863 ABGB kann die ausdrückliche Willenserklärung durch Worte oder allgemein angenommene Zeichen erfolgen.

geschlossen wird⁷⁴. Hierbei ist gem § 863 ABGB „auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten“ Rücksicht zu nehmen.

Es gilt die Möglichkeit auszuloten, ob aus den Begleitumständen⁷⁵ wie etwa einer bestehenden Geschäftsbeziehung ein Erklärungswert abgeleitet werden kann.

Die deutschen Gerichte führen in den Entscheidungen⁷⁶ zu den verbotenen Werbe-E-Mails regelmäßig näher aus, dass an der grundsätzlichen Unzulässigkeit derartiger E-Mails festgehalten wird. Weiters wird statuiert, dass Werbe-E-Mails rechtmäßig sind, wenn der Empfänger sein Einverständnis erklärt hat, und/oder besondere Umstände wie insbesondere eine bereits bestehende Geschäftsbeziehung vorliegen, aufgrund derer ein Einverständnis zu vermuten ist. Diese begrüßenswerten Entscheidungen haben den großen Vorteil, eine flexible Lösung für die Zukunft zu bieten, die sich an den konkreten Umständen und beiderseitigen Interessen besser orientiert als eine allzu starre gesetzliche Regelung. Gleichzeitig ist aber keine Rechtsunsicherheit zu befürchten, da die Grundsätze dargelegt sind, nach denen jeder Einzelne von einer Einwilligung ausgehen darf.

Die österreichische Gesetzesregelung dürfte diese Flexibilität aus schon erwähnten Gründen nicht besitzen. Es ist daher im Grunde auch nicht möglich, aufgrund einer bestehenden Geschäftsbeziehung den eigenen Kunden nunmehr E-Mails zuzusenden. Es ist erforderlich, dass eine Einverständniserklärung vorliegt, welche aber gültig nur in Kenntnis der Lage abgegeben werden kann. Dadurch ist ein einmaliger Hinweis auf die beabsichtigte Zusendung notwendig und reicht die bestehende Beziehung allein für die Zustimmung nicht aus.

Es ist auch davon auszugehen, dass in einer bloßen Kontaktaufnahme mit dem entsprechenden Unternehmen per E-Mail die erforderliche Einwilligung nicht erblickt werden kann. Auch die Tatsache, dass sich jemand in ein E-Mail-Register eintragen lässt oder sonst seine E-Mail-Adresse freiwillig bekanntgibt, lässt die Vermutung nicht zu, er sei mit der Zusendung von Werbung per E-Mail einverstanden.

Der Grund liegt zumeist darin, dass für eine ausdrückliche Zustimmung die entsprechende Handlung (und seien es auch nur typische Zeichen⁷⁷) fehlt. Für eine gültige konkludente Zustimmung darf kein vernünftiger Grund übrig sein, an dieser Erklärung zu zweifeln. Es darf somit keine andere Deutung des Verhaltens möglich sein bzw muss das Verhalten eindeutig

⁷⁴ vgl Rummel, ABGB Kommentar, S. 1034

⁷⁵ vgl Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹⁰, S. 87

⁷⁶ zB LG Hamburg 6.1.1998, 312 O 579/97 ua

⁷⁷ Zu überlegen wäre, wie die Ausdrücklichkeit der Willenserklärung in den elektronischen Medien weit interpretiert (Rummel aaO S. 1034) werden kann („elektronisches Kopfnicken“?).

(auch unter Zuhilfenahme von Verkehrssitten und Gebräuchen) in einer bestimmten Richtung zu verstehen sein.

Konkret ist jeder Fall damit individuell zu betrachten. Aus den anfangs aufgeworfenen Beispielen für Unsicherheit (*S. 15 Rechtslage*) lässt sich wahrscheinlich begründen, dass die Zusendung des Monatsprogramms per E-Mail an die Mitglieder von deren Einwilligung gedeckt ist. Auch bei der Eintragung des Unternehmers in ein virtuelles Gästebuch wird die Aufforderung des Gästebuchbetreibers als Einwilligung für die nach dem Wortlaut unter § 101 TKG fallende Eintragung per E-Mail anzusehen sein. Bei der Mitteilung einer neuen Geschäftsadresse oder neuen Öffnungszeiten wird es schwieriger, da nicht davon auszugehen ist, dass alle Kunden der Datenbank mit derartigen Zusendungen einverstanden sind. Es reicht wohl nicht, dass die Kunden damit rechnen, derartige Informationen zu erhalten, dh im Sinne einer bestehenden Verkehrssitte deren einmalige Anforderung von Prospekten etwa genügt, um fortan alle Änderungen nachreichen zu können.

Nur für bestimmte Einzelfälle kann trotzdem davon ausgegangen werden, dass Einwilligung vorliegt, womit zumindest keine grundsätzliche Unzulässigkeit „jeder Regung“ eines Unternehmens, die zu einem Kunden gelangt, angenommen werden muss. Dass dies nur schwer den grundrechtlichen Bedenken (vgl *S. 7 Werbung und Grundrechte*) den Wind aus den Segeln nehmen kann, bleibt noch hinzuzufügen.

SMS

Die Vorstellungen für eine Einwilligung per SMS (einer Kurzmitteilung) gehen dahin, dass ein Kunde mittels Abschickens eines SMS sein Einverständnis zur Zusendung von Werbung (welche meist wieder SMS sein werden) abgibt. Hierzu ist zu sagen, dass dies prinzipiell vergleichbar ist mit der (ausdrücklichen) Zustimmung per E-Mail. Insofern hier ein Weg gefunden wird, das Anbot ausführlich genug bekanntzugeben (und nicht schon dabei in den Wirkungsbereich des § 101 TKG zu gelangen), wird dieser Bereich in Zukunft sicher stärker genutzt werden.

Schweigen als Zustimmung?

Nach dem gerade Gesagten ist es nicht überraschend, dass die (prinzipiell mögliche) Willenserklärung durch Schweigen gerade für den hier interessierenden Schwerpunkt am wenigsten zielführend sein kann. Auf die äußerst restriktive Haltung des OGH zum Schweigen als Erklärung sei verwiesen⁷⁸.

Zustimmung zur Datenverarbeitung

⁷⁸ ua OGH in ZAS 1974/18; JBl 1991, 727; ÖBA 1991, 458

Die Zustimmung zur Datenverarbeitung ist als Klausel für alle AGBs aufgrund der Rechtsprechung bereits umfangreich und detailliert geworden. Im Normalfall soll der Kunde zu einer Datenverarbeitung für bestimmte Zwecke zustimmen.

Natürlich ist die ausdrückliche Zustimmung nach dem DSG nicht für alle Datenverwendungen erforderlich, sondern nur für Verwendung „sensibler“ Daten (und sofern nicht ein anderer der taxativen 13 Ausnahmebestände des § 9 DSG anwendbar ist – was nur selten der Fall sein wird). Unter dieser "ausdrücklichen" Zustimmung versteht der OGH in Übereinstimmung mit der Auffassung der Datenschutzkommission, dass die (vorformulierte) Zustimmungserklärung die zu übermittelnden Datenarten, deren Empfänger und den Übermittlungszweck abschließend bezeichnen müsse.

Entscheidend sind hier neben einer gültigen Willenserklärung insbesondere die Kenntnis der Sachlage, und zwar für den konkreten Fall. Genau das ist auch der Grund, wieso die aktuellen Datenschutzklauseln oft wirklich detailliert und hervorgehoben sind.

Zumutbarkeit

Es ist nochmal darauf hinzuweisen, dass es geboten scheint, bei der Abverlangung einer Einwilligung zB zu Werbesendungen auch Aussagen hinsichtlich der zu erwartenden Menge zu machen. § 4 Z 14 DSG definiert aus diesem Grund etwa „dass er in Kenntnis der Sachlage [...] einwilligt“. Dazu wird auch gehören, auf möglicherweise beabsichtigte größere Sendungen hinzuweisen.

Teil 4 – Kunden als Wert?

Der vermarktbare Kunde?

Derzeit werden Unsummen an Geld investiert, um Kunden zu gewinnen. Bekannt ist dies schon aus dem Bereich der Abonnenten-Anwerbung. Die meisten Abonnements sind mit Prämien und Geschenken zu bekommen, deren Wert oftmals recht beachtlich ist. Abgesehen von der Zugabeproblematik (wobei die nach wie vor verhängten und leider zu geringen Strafen wirtschaftlich über die Steigerung der Kunden leicht zu negieren sind – hier wird eine beabsichtigte Novelle vielleicht steuernd eingreifen können) ist die klare Absicht dahinter, den Kunden auf Langzeit überzeugen zu können, das Abonnement zu behalten. Je länger dieser Kunde bleibt (oder vergisst, in Unkenntnis des KSchG die teilweise bewusst komplizierten Abmeldeformalitäten und Fristen einzuhalten), desto größer ist der mögliche Gewinn daraus.

Selbstverständlich macht sich bei den meisten Produkten die Erhöhung der Abonnentenzahlen auch in einer Steigerung der Werbeeinnahmen bereits direkt bezahlt. Im Telekommunikationsbereich wird zur Bewertung der Firmen ein Preis pro Kunde errechnet, bei dem schon eine recht große Phantasie notwendig ist, um diese Zahlen betriebswirtschaftlich gerechtfertigt ansehen zu können.

Auch ohne über die Sinnhaftigkeit von Milliardeninvestitionen wie zB für UMTS diskutieren zu müssen, ist leicht erkennbar, dass die Firmen jede Anstrengung unternehmen werden, zusätzliches Geld mit ihren Kunden zu verdienen. Hier bietet sich nicht nur der klassische Weg an (Geld für Dienstleistung), sondern eben auch die Vermarktung des „eigenen“ Kunden.

Vermarktung des eigenen Kunden bzw des Zugangs zu ihm

Ein großes Schlagwort in Zeiten der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes war und ist der „Zugang zum Kunden“, der einerseits den ehemaligen Monopolisten nicht mehr exklusiv zur Verfügung stehen soll, andererseits den Schlüssel zum Geldverdienen im Telekommunikationsmarkt ausmachen soll. Die Überlegungen zu und die Regulierung der sogenannten „last mile“ haben – insbesondere aus der Sicht der Wettbewerbsfähigkeit auf Kostenseite – diesen Gedanken Rechnung getragen, und Wettbewerbern die Möglichkeit geschaffen, den Zugang zu erlangen.

Die neuen Möglichkeiten bestehen nun etwa darin, den erlangten Exklusivzugang wirtschaftlich zu verteidigen, mit rechtlichen Mitteln exklusiv zu halten, und/oder ertragsmäßig optimal zu vermarkten.

Das bekannte Internetunternehmen Amazon⁷⁹ ändert etwa die eigenen Datenschutzrichtlinien, sodass zukünftig ein Verkauf der gesammelten – und im Falle von Amazon auch bedeutenden - Nutzerdaten als Teil des Betriebsvermögens erlaubt sein soll. Hintergrund dafür ist, dass bei derartigen Unternehmen in der Bewertung die Userdaten den wertvollsten Teil der Firma darstellen. Ein amerikanisches Gericht hat aber unlängst verhindert, dass ein in Konkurs befindliches Unternehmen seine gesammelte Kundendatenbank gewinnbringend verkaufen kann⁸⁰. Begründet wurde dies damit, dass in den Datenschutzklauseln dieser Verkauf an Dritte nicht vorgesehen war.

Im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation⁸¹ vom 11. Juli 2000 heißt es im Erwägungsgrund 15:

Jede weitere Verarbeitung solcher Daten [⁸²], die der Betreiber des öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes zum Zwecke der Vermarktung seiner eigenen

⁷⁹ vgl <http://www.amazon.com> seit der Änderung in KW 35/2000; im Unterschied zu <http://www.amazon.de>

⁸⁰ wie im Falle des Spielwarenhändlers Toysmart.com

⁸¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, 11. Juli 2000 - Vorschlag der Kommission; <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/review99/com2000-385de.pdf>

elektronischen Kommunikationsdienste oder für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen vornehmen möchte, darf nur unter der Bedingung gestattet werden, dass der Teilnehmer dieser Verarbeitung auf der Grundlage genauer, vollständiger Angaben des Betreibers des öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes über die Formen der von ihm beabsichtigten weiteren Verarbeitung und über das Recht des Teilnehmers, seine Einwilligung zu dieser Verarbeitung nicht zu erteilen oder zurückzuziehen, zugestimmt hat.

Für Letzteres gibt es eine Menge Ideen: einerseits könnte die Dienstleistung eines Telekommunikationsdienstleisters für Firmen darin bestehen, dass dieser mit seinen Kunden zum Vertragsabschluss oder mit „Zuckerln“ wie Gratis-SMS oder Gratis-Telefonminuten eine Einverständniserklärung zu mehr oder weniger individueller Werbung erwirkt, und die Kunden ein Profil von sich ergänzen, wonach die Interessen derselben hervorgehen. Mit diesen Informationen und Rechten ausgestattet kann der Mobilfunkanbieter nun Firmen anbieten, im eigenen Namen Werbung für diese abzusetzen.

Teil 5. Es geht auch anders...?

Wie oben erwähnt stehen hinter den Bestrebungen nach Personalisierung von Werbung auf beiden Seiten Interessen, die letztlich nicht nur legitim sein können, sondern auch für beide Seiten Vorteile bringen könnten. Die Beachtung der rechtlichen Straßenränder ist eine Notwendigkeit, die andere ist die nicht minder wichtige der Marketingstrategie. Es ist gerade auf dem Gebiet des Internet und damit entwickelten Technologien vielfach nicht allzu ratsam, die rasanten Entwicklungen mit speziellen Regulierungen im Zaum halten zu wollen.

Gerade bei technischen Entwicklungen darf aber nie übersehen werden, dass die hohe Geschwindigkeit auch bei den technischen „Antworten“ auf die unerwünschte Belästigungen oder Datamining zu beobachten ist. Es gibt bereits Technik die folgendermaßen abläuft⁸³:

Textteile von Dokumenten (z.B. Webseiten), Grafiken und/oder Banner werden vom Content-Anbieter mit speziellen Markierungen versehen, die die Art der Information beschreiben. Beim Abrufen einer Webseite werden die Objekte vom Browser abgerufen und zunächst von einem vorgeschalteten Software Modul analysiert. Stimmen die Markierungen mit den Einstellungen des Anwenders im Modul überein, dann dürfen die Daten passieren und werden angezeigt. Bei fehlender Übereinstimmung werden die Daten von der Software ausgefiltert.

⁸² Nach dem Erwägungsgrund (15) dieser Richtlinie: „Daten über Teilnehmer, die in elektronischen Kommunikationsnetzen zum Verbindungsaufbau und zur Nachrichtenübertragung verarbeitet werden, enthalten Informationen über das Privatleben natürlicher Personen und betreffen ihr Recht auf Achtung ihrer Kommunikationsfreiheit, oder sie betreffen berechnete Interessen juristischer Personen.“

⁸³ Zusatzmodul Seclude-It der Software Webwasher, <http://www.webwasher.com>

Die Markierungen der Objekte werden vom Browser ignoriert, so dass jederzeit eine einwandfreie Darstellung gewährleistet ist. „User chooses ads and content without giving up privacy“. Der Anwender gibt in seiner Software (und nur dort) ein Interessensprofil an, womit er steuern kann, welche Inhalte ihm angezeigt werden (auch an Werbung wird nur mehr diejenige dargestellt, die seinem Profil entspricht). Darüber hinaus wäre auch ein gänzlich Filtern von Werbung möglich – dies sogar auch nur temporär, etwa für eine kurzfristige, rasche Suche im Internet. Vollkommen unnötig werden dadurch Cookies, Registrierung und Preisgabe von persönlicher Information. Einher geht natürlich ein gewisser Machtverlust der Anbieter, die somit nicht mehr „Herr der Daten“ sind, und auch gewisse Geschäfte mit Daten folglich unmöglich sein werden. Auch wenn nie alle Anbieter diese zusätzlichen Markierungen verwenden werden, verringert es doch den Druck auf die Kunden, frühzeitig mehr von sich preisgeben zu müssen als notwendig. Es ist hier auf die Content Packager (vgl dazu oben S. 9 - *Das Interesse der Werbeadressaten*) zu verweisen, welche durch derartige Software letztlich ersetzt würden bzw deren Dienstleistung zwischen Software, Anwender und Anbietern aufgeteilt würde.

Alle weiteren Marketingmöglichkeiten wie Permission Marketing oder ähnliches sind als ein erst folgender Schritt nach wie vor möglich.

Ebenfalls erwähnenswert sind Szenarien mit (laut einem Bericht der KPMG⁸⁴) bereits in Entwicklung befindlicher Technik, wonach „Intelligent Agents“ in absehbarer Zeit aus dem Alltag nicht mehr wegzudenken sind. „Intelligente Vermittler“ sind Programme, die dem Konsumenten gehören und nur von ihm „trainiert“ und angepasst werden. Ähnlich wie Spracherkennungssysteme können diese Programme von ihrem Benutzer lernen, sie passen sich dem Geschmack und den Kaufgewohnheiten ihres Besitzers an. Diese „elektronischen Butler“ übernehmen die umständliche Informationssuche für ihren „Herrn“, wandern selbständig durch das weltweite Netz und führen Preis-/Leistungsvergleiche durch, sammeln Informationen und führen sogar Transaktionen durch. In virtuellen Malls haben die Unternehmen somit die Möglichkeit ihre Produkte wie in einem Kaufhaus anzubieten und dabei Sonderangebote und neue Produkte den Agenten direkt anzubieten. Ob es zu einer Weitergabe dieser Informationen an den Konsumenten bzw. zur Transaktion kommt entscheidet der Agent.

Zu erwähnen ist ein vergleichbares deutsches Urteil, das zu einer Software, die imstande ist, Werbung zu erkennen und zu blocken (maW der Traum des Fernsehkonsumenten) ergangen ist:

⁸⁴ Electronic Commerce in deutschen Industrie und Handelsunternehmen: Einsatz - Erfolgsfaktoren – Aussichten, <http://www.kpmg.de/library/surveys/>

„Die Generalklausel des § 1 UWG gewährt keinen allgemeinen und umfassenden Anspruch für ein Unternehmen, vor etwaigen Beeinträchtigungen von dritter Seite geschützt zu werden. Es gehört im Gegenteil mit zum Wesen des Wettbewerbs, dass sich durch neue Entwicklungen, insbesondere technischer Art, die Bedingungen für die gewerbliche Betätigung ständig ändern, was auch zur Beeinträchtigung der Interessen bestehender Branchen oder Unternehmen führen kann. Dies ist mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts grundsätzlich nicht zu verhindern. Entscheidend für die Beurteilung im Rahmen von § 1 UWG ist vielmehr, ob ein Dritter ein anderes Unternehmen mit Mitteln zu beeinträchtigen sucht, die entweder von der Rechtsordnung im übrigen mißbilligt werden oder aus sonstigen Gründen beanstandenswert ("unlauter") erscheinen.“⁸⁵

Warum solche Ansätze vielleicht schneller Erfolg haben werden, machen Schlagzeilen wie von TRUSTe klar:

„TRUSTe, eine Organisation, die Vertrauensiegel für E-Commerce-Seiten vergibt, die sich an Privacy-Regeln halten, wird vorgeworfen, auf der eigenen Homepage die selbsterstellten Regeln zu mis[s]achten. Die Webseite benützte Cookies, nicht sichtbare Bilddateien und andere Tools, die dazu verwendet werden, die Online-Gewohnheiten der User aufzuzeichnen. Nachdem ein Journalist TRUSTe diesbezüglich kontaktiert hatte, wurden diese Tools sofort entfernt.“⁸⁶

Ob andererseits wiederum nur damit allein Geld zu verdienen ist, ist zumindest nicht gesichert, wie das Beispiel von Firefly.com⁸⁷ beweist. Angetreten 1997 mit der Idee „Der Web-Dienst Firefly gibt dem Netzbürger die volle Souveränität über seine persönlichen Daten“⁸⁸ war möglicherweise die Zeit einfach noch nicht reif, denn der Dienst hat die Jahre nicht überlebt und ist bereits eingestellt.

⁸⁵ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, vom 23.9.1999, 6 U 74/99

⁸⁶ Meldung der Onlineausgabe der Tageszeitung „Der Standard“ vom 25.8.2000

⁸⁷ war unter www.firefly.com zu finden

⁸⁸ ein interessanter Artikel darüber von der Wochenzeitung „Die Zeit“ ist noch zu finden in deren Archiv: <http://www.archiv.zeit.de/daten/pages//titel.txt.19971205.html>

Fazit

Es wird immer neue Ideen geben, wie Firmen ihre Werbung an die Frau und den Mann bekommen. Wie oben versucht wurde aufzuzeigen, geht der Trend im Marketing auch ohne gesetzliche Regelung dahin, den Konsumenten nicht zu überrollen, und dem Verlangen auf Respektierung seiner Wünsche nachzukommen. Die gesetzliche Ausgestaltung insbesondere des § 101 TKG wirft viele Fragen auf, und lässt auf eine Novelle des Paragraphen hoffen. Gleichzeitig geben technische Entwicklungen Anlass, der Werbezukunft und seinen Entwicklungen nicht allzu pessimistisch gegenüberstehen zu müssen. Eine spannende Zukunft sollte also gesichert bleiben – auf der rechtlichen wie auf der technischen Front.