

## **E-Mail-Werbung richtig - aber wie?**

Dieser Beitrag ist wurde in der Ausgabe 02/06 der Fachzeitschrift für Recht und Informationstechnologie, lex:itec ([www.lexitec.at](http://www.lexitec.at)) veröffentlicht. Den zweiten Teil finden Sie in der aktuellen Ausgabe von lex:itec (03/06).

### **Praxisprobleme zur „Anti-Spam-Novelle“**

#### **Teil I**

Mit 1. März 2006 ist eine Novelle zum Telekommunikationsgesetz 2003<sup>1</sup> in Kraft getreten, die unter anderem eine deutliche Verschärfung des bereits bisher in § 107 TKG geregelten Verbots von Werbe-E-Mails und Massen-E-Mails, liebevoll „Spam“<sup>2</sup> genannt, gebracht hat. Im Wesentlichen wurde in dieser Novelle die Rechtslage im „B2B-Bereich“ an jene des „B2C-Bereichs“ angeglichen. Mit anderen Worten: Bisher erlaubte E-Mail-Werbung im Unternehmensbereich (B2B) ist seit 1. März den gleichen Regeln unterworfen wie im Endkonsumentenbereich (B2C) und damit mit wenigen Ausnahmen verboten. Interessanterweise finden sich einige der für die Praxis bedeutsamsten Punkte bezüglich dieser Ausnahmen nicht im Gesetz selbst, sondern in den Erläuterungen.<sup>3</sup>

#### **Zur Erinnerung: Überblick über die bisherige Rechtslage**

Gemäß § 107 TKG alte Fassung<sup>4</sup> war die Zusendung elektronischer Post (insbesondere E-Mail, SMS) zu Zwecken der Direktwerbung oder an mehr als 50 Empfänger im Wesentlichen (nur) dann verboten, wenn sie an Verbraucher adressiert war. Von diesem Verbot bestanden 2 Ausnahmen:

---

<sup>1</sup> Änderung des TelekommunikationsG 2003 und des BG über Funkanlagen und Telekommunikationseinrichtungen, BGBl I 133/205. Hintergrund der Novelle war ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Ö wegen aufgezeigter Umsetzungsmängel der Datenschutzrichtlinie RL 2002/58/EG v 12.07.2002 ABi L 201 S. 37 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); insbes Art 13 der RL.

<sup>2</sup> SPAM: „sent phenomenal amounts of mails“

<sup>3</sup> Da die Novelle als Initiativantrag in den Nationalrat eingebracht wurde, gibt es zwar keine erläuternden Bemerkungen zu einer Regierungsvorlage, dafür aber relativ umfassende Erläuterungen im Ausschussbericht (AB) des Verkehrsausschusses des Nationalrates selbst, die wohl als sog „authentische Interpretation“ des Gesetzgebers zu werten sind.

<sup>4</sup> § 107 TKG 2003 idF BGBl I 2003/70

1. Der Versender verfügte über eine vorherige Zustimmung des Empfängers (so genanntes „Opting In“).
2. Der Versender bewarb ein ähnliches Produkt beziehungsweise eine ähnliche Dienstleistung, die der Empfänger bereits einmal beim Versender bezogen hatte. Voraussetzung dafür war jedoch, dass der Versender die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit diesem Verkauf erhalten hatte und der (künftige) Kunde bereits zu diesem Zeitpunkt und zusätzlich in jeder E-Mail die Möglichkeit erhalten hatte, die weitere Zusendung elektronischer Post kostenfrei abzulehnen (sogenanntes „Opting Out“).

War also im B2C-Bereich die E-Mail-Werbung nur innerhalb dieser beiden Ausnahmebestimmungen möglich, so war im B2B-Bereich eine Zusendung von Werbe-E-Mails grundsätzlich gestattet<sup>5</sup>.

### **Das E-Mail-Werbeverbot nach der neuen Rechtslage**

Vereinfacht gesagt wurde die bisherige Erlaubnis für E-Mail-Werbung im B2B-Bereich gestrichen und das Werbeverbot des B2C-Bereichs inklusive der zugehörigen Ausnahmen auf den B2B-Bereich übertragen. An den einzelnen vom Gesetz verwendeten Begriffen wie „elektronische Post“, „Direktwerbung“, „zu Werbezwecken“, vorherige Zustimmung“ bzw „Einwilligung“ etc hat sich hingegen nichts geändert, sodass es diesbezüglich durch die Novelle zumindest keinen zusätzlichen Erklärungsbedarf gibt.<sup>6</sup>

Wichtig sowohl für die juristische Auslegung<sup>7</sup> als auch für die Praxis ist es jedoch, sich immer folgendes vor Augen zu halten. Die Grundregel lautet: Massen- und Werbe-E-Mails sind verboten (§ 107 Abs 2 TKG<sup>8</sup>). Die erlaubten Zusendevarianten (insbesondere § 107 Abs 3

---

<sup>5</sup> Dies ergab sich aus einem Umkehrschluss aus § 107 Abs 2 TKG aF, da sich das dortige Verbot ausdrücklich nur auf Verbraucher im Sinne des KSchG bezogen hat.

<sup>6</sup> Was nicht heißen soll, dass diese Begriffe an sich so klar sind: So verwendet § 107 TKG einmal den Begriff „Zustimmung“, spricht dann aber wieder von „Einwilligung“. Trotzdem ist damit offensichtlich das Gleiche gemeint. Vgl *Vartian*, Telekommunikationsrecht (2003) 148. Fraglich ist aber zB, ob dies auch für das Begriffspaar „zu Werbezwecken - Direktwerbung“ gilt.

<sup>7</sup> Ausnahmebestimmungen sind grundsätzlich (dh auch davon gibt es Ausnahmen!) eng auszulegen (vgl *Dittrich/Tades ABGB*<sup>35</sup> (1999) § 6 E 75 ff.

<sup>8</sup> § 107 Abs 2 TKG: „Die Zusendung einer elektronischen Post (...) ist (...) ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig (...)“

TKG<sup>9</sup>) sind Ausnahmen.<sup>10</sup> Eine Versendung ist daher nur erlaubt, wenn sie in einem Ausnahmetatbestand Deckung findet.

### **Das neue Verbot im Detail**

Auszugehen ist von folgendem generellen Verbot: Die Zusendung elektronischer Post (insbesondere E-Mail, SMS) ist grundsätzlich unzulässig, wenn sie entweder

1. zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder
2. an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist.

Zu beachten ist, dass diese beiden Kriterien alternativ zu verstehen sind; es ist also auch eine E-Mail mit werbefreiem Inhalt dann verboten, wenn sie sich an 51 Empfänger richtet<sup>11</sup>.

Erlaubt wären demnach E-Mails ohne werbenden Inhalt an maximal 50 Empfänger-Adressen. Dabei ist zu beachten, dass noch keine Rechtssprechung dahingehend vorliegt, was unter „Direktwerbung“ zu verstehen ist. Legt man den weiten Werbebegriff der bisherigen Rechtssprechung<sup>12</sup> zugrunde, so sind darunter im weiteren Sinn auch Marketingmaßnahmen für Produkte und Dienstleistungen zu verstehen.<sup>13</sup> Mit einiger Sicherheit kann daher nur gesagt werden, dass bloß Aussendungen ohne jeden Werbecharakter, wie beispielsweise reine neutrale Meinungsforschung, an maximal 50 Empfänger, erlaubt bleiben.

### **Die neuen Ausnahmen im Detail**

Abgesehen von Aussendungen ohne jeden Werbecharakter an bis zu 50 Empfänger gibt es nur noch 2 Ausnahmen vom „Spamverbot“. Diese sind den alten Ausnahmen des B2C-Bereiches nachgebildet:

---

<sup>9</sup> § 107 Abs 3 TKG: „Eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs. 2 ist dann nicht notwendig, wenn (...)“

<sup>10</sup> So ausdrücklich der Bericht des Verkehrsausschusses, AB 1127 BlgNR 22.GP 2.

<sup>11</sup> Dabei ist zu beachten, dass als Empfänger die E-Mail-Adressen zählen. Auch eine Aussendung an mehr als 50 Adressen einer einzigen natürlichen oder juristischen Person ist vom Verbot umfasst.

<sup>12</sup> ZB OGH 28.5.2002, 4 Ob 104/02a, ÖBl 2003/19: „’Werbung’ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch jede Darbietung von Botschaften mit dem Ziel, Einstellungen und Handlungen der Adressaten zum Vorteil des Werbetreibenden zu steuern. Entgeltlichkeit ist grundsätzlich kein Wesensbestandteil von Werbung, weil es auch vielfältige Formen unentgeltlicher Werbung gibt.“

<sup>13</sup> So auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Stammfassung: „Der Begriff ‚Direktwerbung‘ im Sinne dieser Bestimmung ist im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren. Er erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert“ (ErIRV 128 BlgNR 22.GP zu § 107 TKG 2003 aF, 20).

1. Die Zusendung von E-Mails mit vorheriger Zustimmung des Empfängers.
2. Die Zusendung von E-Mails mit Werbung für ähnliche Produkte oder Dienstleistungen, wie sie der Kunde bereits bezogen hat (unter gewissen strengen Voraussetzungen).

In der Praxis dürften diese Ausnahmen einige diffizile Probleme aufwerfen.

### **Zur Ausnahme 1: Zusendung von E-Mails mit vorheriger Zustimmung des Empfängers**

Liegt eine vorherige Zustimmung des Empfängers vor, können an jene E-Mail-Adressen, die von dieser Einwilligung erfasst sind, E-Mails versendet werden. Diese Ausnahme klingt selbstverständlich und einfach; sie ist es aber nicht.

Dankenswerterweise für all jene, die ab sofort mit der Einholung und Dokumentation von Zustimmungen befasst sein werden, verlangt das Gesetz für die Zustimmung keine besondere Form. Die Zustimmung kann damit sowohl ausdrücklich (in jeder beliebigen Form, also nicht nur schriftlich, sondern auch per E-Mail, mündlich oder telefonisch) als auch schlüssig (stillschweigend) erteilt werden.<sup>14</sup>

Gemäß § 863 ABGB liegt eine stillschweigende Erklärung bzw Zustimmung jedoch nur dann vor, wenn es „mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln“ gibt. Es ist daher ein strenger Maßstab anzulegen, wobei bloßes Stillschweigen in der Regel nicht als Zustimmung gewertet werden kann. Es stellt sich hier allerdings die interessante Frage, ob nicht dadurch, dass über einen längeren Zeitraum unbeanstandete E-Mail-Zusendungen, die den gesetzlich immer schon geforderten Hinweis enthalten (haben), dass und wie man sich vom Verteiler jederzeit streichen lassen kann, zumindest die Vermutung nahe legen, dass irgendwann eine schlüssige (stillschweigende!) Zustimmung erteilt wurde.

In der Praxis wird eine schlüssige Einwilligung jedenfalls dann argumentierbar sein, wenn etwa im Zuge eines Vertragsverhältnisses oder eines ständigen Kundenkontaktes allgemeinen Vertragspflichten, Warnpflichten, Sorgfaltspflichten, Aufklärungs- oder Informationspflichten

---

<sup>14</sup> Dies ergibt sich indirekt daraus, dass im Gesetz nur eine „Zustimmung“, nicht aber eine „schriftliche“ oder „ausdrückliche“ Zustimmung gefordert wird. Dies wird durch die Materialien bestätigt: Im Bericht des Verkehrsausschusses, AB 1127 BlgNR 22. GP 2 werden „ausdrücklich“ Beispiele für stillschweigende (somit nicht-ausdrückliche und nicht-schriftliche) Zustimmungsvarianten aufgezählt.

nachgekommen wird, wobei von der Rechtsprechung durchaus anerkannt ist, dass Vertragspflichten im Mantel von Schutz- und Sorgfaltspflichten auch über die Geltungsdauer eines aufrechten Vertragsverhältnisses hinaus bestehen können.

Die Erläuterungen des Verkehrsausschusses bringen ein weiteres interessantes Beispiel für eine schlüssige Zustimmung: Danach darf auch dann von einer schlüssigen Zustimmung ausgegangen werden, wenn ein Unternehmer auf seiner Website ein eigenes Postfach speziell für die Übersendung von Werbe-E-Mail bekannt gibt<sup>15</sup>. Dabei ist allerdings zu beachten, dass daraus keinesfalls der Schluss gezogen werden sollte, dass die bloße Angabe irgendeiner E-Mail-Adresse bereits zur Zusendung von Massen- oder Werbe-E-Mail auffordert. Da aufgrund von § 5 ECG<sup>16</sup> jeder Diensteanbieter im Internet verpflichtet ist, seine E-Mail-Adresse auf seiner Website bekannt zu geben, kann wohl nicht unterstellt werden, dass derjenige, der bloß einer gesetzlichen Verpflichtung nachkommt, damit schon automatisch seine Zustimmung zum Erhalt von Massen- bzw Werbe-E-Mails erteilt hat. Es muss sich daher ausdrücklich um eine gesonderte E-Mail-Adresse, die erkennbar eigens für Werbe-E-Mails oder Informationsmaterial eingerichtet wurde, handeln. Ein wohl eher praxisfernes Beispiel, aber immerhin: Der Wille steht in diesem Fall fürs Werk, bekundet er doch die prinzipielle Möglichkeit einer schlüssigen Zustimmung.

Die Erläuterungen bringen aber noch ein weiteres, für die Praxis durchaus interessantes Beispiel für eine schlüssige Einwilligung: So soll auch die Mitgliedschaft in einem Verein oder in einer politischen Partei als schlüssige Einwilligung zum Empfang von E-Mails gewertet werden können.<sup>17</sup> Dies erscheint insofern interessant, als es sich hier ja eben nur um ein Beispiel in den Erläuterungen handelt, nicht um eine eigene gesetzliche Ausnahme. Als gesetzliche Ausnahme wäre diese im Zweifel nämlich „eng“, also nicht ausdehnend, zu interpretieren. Als bloßes Beispiel müssen aber wohl auch andere ähnliche Fallkonstellationen zulässig sein (sonst wäre ja der Beispielcharakter nicht gegeben). Dogmatisch handelt es sich jedenfalls um die Konstruktion einer schlüssigen Zustimmung, die dem Vereinsbeitrittswilligen in seiner Beitrittserklärung unterstellt wird. Dabei wird angenommen, dass der Vereinsbeitritt in der Regel so verstanden werden kann, dass der Beitretende an

---

<sup>15</sup> AB 1127 BlgNR 22. GP 2

<sup>16</sup> E-Commerce-Gesetz, BGBl I 2001/152

<sup>17</sup> AB 1127 BlgNR 22. GP 2. Da es der Gesetzgeber - meines Erachtens zutreffend - nicht für notwendig erachtet hat, einen eigenen Ausnahmetatbestand zB in das VereinsG zu integrieren, sondern diese Ausnahme auf interpretativem Weg dem TKG direkt unterstellt, kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass die Beispiele im Bericht des Verkehrsausschusses tatsächlich nur Beispiele für die bestehende Ausnahme „Zustimmung“ sind, aber keine gesonderten (zusätzlichen) Ausnahmetatbestände darstellen.

Informationen des Vereins interessiert ist und diese in jeder vom Verein gewählten Form (also auch per E-Mail; dies zumindest dann, wenn der Beitretende dem Verein seine E-Mail-Adresse bekannt gibt) erhalten möchte. Überall dort, wo es daher vereinsähnliche Strukturen gibt (Foren mit mehr oder weniger geschlossenem Benutzerkreis) oder es sich um Konstruktionen handelt mit einem mehr oder weniger formalisierten Zutrittserfordernis, das auf eine Art „Willen zur Mitgliedschaft“ schließen lässt (ähnlich wie der Erwerb einer Vereinsmitgliedschaft), dem Beitretenden jeweils ein Interesse an einer (themenbezogenen) Informationsübermittlung unterstellt werden kann und der Beitretende in irgendeiner Form seine E-Mail-Adresse selbst bekannt gegeben hat, wird wohl ebenfalls in Richtung einer schlüssigen Einwilligung der „Mitglieder“ argumentiert werden können. Der zentrale Punkt ist dabei also nicht der „Verein“ oder die „Partei“, sondern die zu einer bestimmten Willenserklärung mitgedachte Zustimmung. Diese wird in der Regel allerdings nicht mehr gegeben sein, wenn vereinsfremde Informationen (Drittwerbung ohne Vereinsbezug) übermittelt werden. Zu prüfen ist daher immer, ob sich die Zustimmung auf den konkreten Inhalt überhaupt bezieht bzw in Bezug auf den Inhalt als erteilt gelten kann.

Zu empfehlen wäre es aber dennoch, in jedem Fall eine nachvollziehbare und dokumentierbare Zustimmung vorweg einzuholen.

**Problem: Wie kann eine solche ausdrückliche Zustimmungserklärung zulässigerweise erhoben werden?**

Bei der Frage, wie eine Zustimmungserklärung rechtskonform eingeholt werden soll, stößt die Praxis auf größere Schwierigkeiten. Gemäß § 107 Abs 1 TKG<sup>18</sup> sind nämlich sämtliche Anrufe und Faxe zu Werbezwecken<sup>19</sup> ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Ausnahmen bestehen keine. Unter Heranziehung des weiten Werbebegriffes der Rechtsprechung ist damit auch bereits der Telefonerstkontakt, mit dem erfragt werden soll, ob Werbung überhaupt erwünscht ist, als Werbung zu qualifizieren.<sup>20</sup> Die Einholung der Zustimmung per Telefon (oder per Fax) scheidet damit aus. Genauso ist es - zumindest nach bisheriger Ansicht - mit einer E-Mail-Anfrage dahingehend, ob der Empfänger nicht vielleicht

<sup>18</sup> Diese Bestimmung war übrigens bereits gleich lautend auch in allen Vorgängerfassungen enthalten und wurde durch die Novelle inhaltlich nicht geändert.

<sup>19</sup> Das Verbot ist damit genaugenommen sogar noch weiter als das E-Mail-Verbot, da in § 107 Abs 1 TKG umfassend von „Werbezwecken“ gesprochen wird, während beim E-Mail-Verbot des § 107 Abs 2 TKG nur von „Direktwerbung“ gesprochen wird.

<sup>20</sup> Ausführlich dazu *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> 692

an Infomaterial interessiert wäre.<sup>21</sup> Möchte man nicht Unsummen in Postwurfsendungen anlegen und zu herkömmlichen Briefkontakten zurückkehren<sup>22</sup>, so ist wohl jede Menge Phantasie notwendig, um zulässige Zustimmungsvarianten zu konstruieren. Einige Möglichkeiten seien kurz angedacht:

- Brief/Postwurfsendung an den Kunden
- Persönlicher Kontakt, bei dem zumindest eine schlüssige (besser schriftliche) Zustimmung des Kunden für künftigen Mailkontakt erteilt wird
- Eventuell eine Zustimmung über AGB
- Jede andere Form einer schlüssigen Zustimmung des Kunden für künftigen Mailkontakt
- Jede Zustimmung anlässlich eines Kontaktes, der vom Kunden selbst ausgeht, also auch anlässlich eines Telefon-/E-Mail-Kontakts, der vom Kunden ausgeht
- Webbasierter Kontakt/E-Mail-Kontakt eines Besuchers einer Website mit entsprechendem vorformulierten und angekreuzten Zustimmungsfeld, wobei zur Sicherheit das Feld vom Kunden selbst angekreuzt werden sollte<sup>23</sup>
- Varianten, dem Kunden durch Gewährung besonderer Vorteile (zB Rabatte) eine (möglichst schriftliche) Zustimmung entlocken.

### **Zustimmung über AGB?**

Auch wenn so gut wie keine Rechtsprechung zu dieser Frage vorliegt, so kann doch aufgrund der Formfreiheit der zu erteilenden Zustimmung angenommen werden, dass eine Zustimmung auch über AGB grundsätzlich möglich ist.<sup>24</sup> Voraussetzung ist freilich, dass die AGB überhaupt Vertragsgegenstand geworden sind. Wichtig dabei ist, dass die Klausel ausreichend bestimmt ist, sodass für den Kunden klar und eindeutig nachvollziehbar ist, wer Absender der künftigen E-Mail ist und um welche Informationen (zB Newsletter, Produktinformation, etc) es sich handelt. Außerdem sollte dem Leser der AGB unzweifelhaft bewusst sein, dass er eine

---

<sup>21</sup> Interessant wäre freilich, ob diese Anfrage, ob überhaupt Interesse an Information besteht (sozusagen „Meta-Werbung“), tatsächlich als „Direktwerbung“ im Sinn des § 107 Abs 2 TKG zu verstehen ist, maW, ob das „Direktverbot“ des § 107 Abs 2 TKG bezügl E-Mail nicht doch vielleicht enger ist als das zumindest sprachlich weitere „Werbeverbot“ bezüglich Telefon in § 107 Abs 1 TKG. Nach dem bisherigen Verständnis (vgl in diesem Sinne wohl *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> 691) sind jedoch auch derartige E-Mail-Anfragen der „Meta-Werbung“ vom Werbeverbot umfasst.

<sup>22</sup> Liebevoll als „Snail-Mail“ bezeichnet.

<sup>23</sup> Aus datenschutzrechtlichen Überlegungen gegen vorangekreuzte Kästchen: *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> 698 („rechtlich bedenklich“).

<sup>24</sup> So grundsätzlich *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> 698.

Zustimmung für Werbe-E-Mail erteilt. Keinesfalls darf eine solche Klausel in AGB klein und unscheinbar an ungewöhnlicher Stelle „versteckt“ werden.<sup>25</sup> Zu empfehlen wäre jedenfalls ein eigener AGB-Punkt in Fettdruck.

Interessant ist in diesem Zusammenhang aber eine Entscheidung des OGH<sup>26</sup> zu einem Werbetelefonat, dessen erteilte Zustimmung über AGB strittig war. In dieser Entscheidung setzte sich der OGH sehr ausführlich mit Literaturmeinungen zum Thema Zustimmung nach dem TKG allgemein und insbesondere in AGB auseinander. Nach der Feststellung, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung, was genau unter der „Einwilligung des Teilnehmers“ im Sinne des TKG zu verstehen ist, fehlt, beurteilte er im konkreten Fall die Rechtsansicht, dass sich aus den AGB des betroffenen Unternehmens eine Zustimmung zu einem Werbetelefonat ergebe, als „jedenfalls nicht unvertretbar.“<sup>27</sup> Die Möglichkeit, eine Einwilligung nach TKG auch über AGB zu erhalten, dürfte damit zumindest dem Grunde nach (im Detail aber wohl abhängig von den konkreten Umständen) vom OGH anerkannt sein.

Zur Absicherung wäre dabei noch folgende Überlegung interessant: Sollte eine Zustimmung auf diesem Wege nicht erreicht werden können (zB weil die AGB dem Empfänger zwar bekannt waren, aber aus irgendwelchen Gründen gerade im konkreten Fall nicht Vertragsgegenstand geworden sind), so wäre zu überlegen, ob nicht folgende - vom Gesetz in diesem Fall (Ausnahme 1, „Zustimmung“) an sich nicht geforderte - Information ebenfalls in die AGB aufgenommen werden sollte: Nämlich ein Hinweis dahingehend, dass und wie der Kunde künftige E-Mail-Zusendungen jederzeit widerrufen kann. Dieser Hinweis wäre deswegen zur „Absicherung“ des künftigen E-Mail-Kontakts interessant, weil immer dann, wenn eine Zustimmung nicht vorliegt, eine Werbe-E-Mail nur mehr dann zulässig ist (Ausnahme 2, „ähnliches Produkt“), wenn der Kunde bei Erhebung der E-Mail-Adresse (konkret also beim Vertragsabschluss) die Möglichkeit erhält, den Empfang der künftigen E-Mails kostenfrei und problemlos abzulehnen. Wird ihm diese Information, wie er dies tun kann, bereits in den AGB erteilt, so könnte eine „mangelhafte“ Zustimmung eventuell über die 2. Ausnahme (E-Mail-Werbung für ähnliche Produkte) „gerettet“ werden.

---

<sup>25</sup> Gemäß § 864a ABGB bzw § 6 Abs 3 KSchG könnten solche Klauseln ansonsten als sittenwidrig und damit ungültig qualifiziert werden, weil an ungewöhnlicher Stelle oder weil zu unklar oder unbestimmt.

<sup>26</sup> OGH 2.8.2005, 1 Ob 104/05h

<sup>27</sup> Diese sehr vorsichtige Formulierung liegt darin begründet, dass es sich genau genommen um ein Amtshafungsverfahren gegen die Republik Ö gehandelt hat, in dem der Kläger - ein Rechtsanwalt - die unrichtige Auslegung von § 101 TKG 1997 (Vorgängerbestimmung zu § 107 TKG 2003, die aber hinsichtlich der hier interessierenden Frage der Zustimmung gleich lautend war) durch die Gerichte behauptete: Er hatte in 2 Instanzen verloren und gelangte über die nachfolgende Amtshaftungsklage an den OGH. Der OGH gab der Revision keine Folge und bestätigte die Untergerichte.



Abgesehen davon würde es meines Erachtens auch das Gebot seriöser AGB erfordern, dass der Kunde auf diese Abbestellungsmöglichkeit hingewiesen wird. Es ist daher anzunehmen, dass ein Kunde auf einen solchen Hinweis sogar positiv reagieren würde.

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt.

Teil II wird folgende Themen behandeln:

- Ausnahme 2: Zusendung von E-Mails ohne Zustimmung des Kunden bezüglich ähnlicher Produkte
- Das Verhältnis von § 7 ECG („Robinsonliste“) und § 107 TKG
- Einholung nachträglicher Zustimmungen
- Weitere Voraussetzungen für Werbe-E-Mails
- Mögliche Rechtsfolgen unerlaubt versendeter E-Mails