

Folge 21: Unerwünschte elektronische Werbung

Der OGH hat in einer nunmehr ergangenen Entscheidung zur Thematik „unerwünschte elektronische Werbung“

http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20090930_OGH0002_00700B00168_09W0000_000

entschieden, dass ohne ausdrückliche Zustimmung elektronische Post zum Zweck der Werbung nicht übermittelt werden darf. Dieses Verbot erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert. Darunter fällt auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann. Dabei hindert die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht.

Der Spruch des OGH:

Der Beklagte ist schuldig, es sofort zu unterlassen, dem Kläger ohne dessen ausdrückliche Einwilligung elektronische Post zum Zweck der Werbung für seine Sachverständigen-tätigkeit zu übermitteln. Das Mehrbegehren, der Beklagte habe es sofort zu unterlassen, dem Kläger elektronische Post als Massensendung ohne seine ausdrückliche Einwilligung zu übermitteln, wird abgewiesen.

Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger anteilige Barauslagen des Verfahrens erster Instanz und des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der konkrete Fall:

Der Beklagte ist gerichtlich beeideter Sachverständiger. Über seinen Antrag wurde er im Juli 2008 in die Sachverständigen-Liste in der Fachgruppe 08.01 (Allgemeine Kriminologie, Polizeieinsatztaktik) neu eingetragen („zertifiziert“). Bei der Eintragung in der Fachgruppe 16.01 (Schießwesen, Ballistik für Polizeitaktik mit Waffen und Ersatzmitteln) wurden Änderungen vorgenommen. Im August 2008 erhielt er den Anruf eines Wiener Rechtsanwalts, der ihm mitteilte, nicht gewusst zu haben, dass es einen Sachverständigen für Polizeieinsatztaktik gebe und dass er einen solchen in einem Zivilverfahren benötigt hätte. Deshalb versandte der Beklagte am 7. 9. 2008 an zehn Rechtsanwälte, darunter der Kläger, unter Angabe seiner Adresse, Telefonnummer, E-Mailadresse und Homepage E-Mails folgenden Inhalts:

„Betreff: Bekanntmachung über Sachverständigenzertifizierung, Polizeieinsatztaktik und Polizeitaktik mit Waffen und Einsatzmittel (Ergänzung bzw. Neuzugang SV Fachgebiet)

Geschätzte Damen und Herren!

Ich erlaube mir, Sie über die erweiterte gerichtliche Zertifizierung meiner Sachverständigentätigkeit und der damit verbundenen Möglichkeit zur Erstellung von Befund und Gutachten über Vorgangsweise und Ablauf von Polizeieinsätzen zu informieren:

Neu in der Nomenklatur der Sachverständigenliste:

- **POLIZEIEINSATZTAKTIK (Fachgruppe: Allgemeine Kriminologie 08.01)**
- **POLIZEITAKTIK mit Waffen und Einsatzmittel (Fachgruppe: Schießwesen und Ballistik 16.01)**

Für detaillierte Auskünfte stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung."

Der Kläger, der in die gemäß E-Commerce-Gesetz (ECG) von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) zu führende sog. „Robinson-Liste“ (Ausschluss der Zusendung kommerzieller Kommunikation im Wege der elektronischen Post) eingetragen war, teilte dem Beklagten daraufhin schriftlich mit, die betreffende Mail, die offensichtlich Werbezwecken diene, stelle einen „unerbetenen Anruf“ im Sinn des § 107 Telekommunikationsgesetz (TKG) dar. Er forderte den Beklagten auf, derartige Verstöße ihm gegenüber in Hinkunft zu unterlassen, eine beigeschlossene Unterlassungserklärung zu unterfertigen und ihm die Kosten seines Einschreitens von € 360,- zu ersetzen.

Der Beklagte antwortete, die E-Mail sei eine zulässige Bekanntmachung ohne „Werbehintergrund“; sie habe den Kläger als Rechtsanwalt lediglich informieren sollen. Der Vorwurf eines Verstoßes gegen das TKG werde daher zurückgewiesen.

Unter Berufung auf § 107 TKG und § 7 ECG beehrte der Kläger vom Beklagten die Unterlassung der Übermittlung elektronischer Post als Massensendung oder zu Werbezwecken. Die E-Mail-Mitteilung des Beklagten stelle, da sie keinem anderen Zweck als der Förderung der subjektiven wirtschaftlichen Interessen des Absenders diene, eine Direktwerbung dar.

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Die an weniger als 50 Empfänger gerichtete E-Mail habe nicht Werbezwecken gedient, sondern sei eine geschäftsspezifische Mitteilung. Der Kläger habe dadurch, dass er auf seiner Website seine E-Mail-Kontaktadresse bekanntgegeben habe, einer solchen Kontaktaufnahme zugestimmt. Aufgrund seiner Zusicherung, dass keine weiteren E-Mails an den Kläger beabsichtigt seien, bestehe keine Wiederholungsgefahr.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil und wies das Klagebegehren ab. Der Beklagte sei in seiner E-Mail als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger und nicht auch als Wirtschaftsunternehmer aufgetreten. Seine Nachricht habe sich darauf beschränkt, den Kläger über die erweiterte Zertifizierung seiner

Sachverständigentätigkeit und die damit verbundene Möglichkeit zur Erstellung von Prüfungen und Gutachten zu informieren. Obwohl Sachverständige einem Werbeverbot unterlägen, seien ihnen nach der einheitlichen, gefestigten Standesauffassung wahrheitsgemäße Mitteilungen über ihre Funktion als Sachverständige dort erlaubt, wo ein Informationsbedürfnis über diese Funktion bestehe. Deswegen sei die Bekanntmachung der Neueintragung eines Sachverständigen in die gerichtliche Sachverständigenliste für ein bestimmtes Fachgebiet an Gerichte, Behörden, Rechtsanwälte und Notare zulässig, zumal die Einrichtung des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen ein Anliegen der Rechtspflege sei und die Bekanntmachung der Neueintragung in eine weitere Fachgruppe dem Informationsbedürfnis der Rechtspflege diene. Die E-Mail sei daher weder als „Direktwerbung“ im Sinn des § 107 Abs 2 TKG noch als „kommerzielle Kommunikation“ im Sinn des § 7 ECG zu qualifizieren.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich das Rechtsmittel des Klägers. Der Beklagte beantragt in der Revisionsbeantwortung, dem Rechtsmittel seines Prozessgegners keine Folge zu geben.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

- Der Revisionswerber macht geltend, dass die E-Mail des Beklagten vom 7. 9. 2008 entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine „unerbetene Nachricht“ im Sinn des § 107 Abs 2 TKG darstelle. Der Zweck dieser Bestimmung des TKG ist der Schutz der Privatsphäre. Daher bedarf die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung (Z 1) oder an mehr als 50 Empfänger (Z 2) der vorherigen Einwilligung des Empfängers. Die Qualifikation als „unerbetene Nachricht“ setzt demnach voraus, dass die Zusendung der E-Mail des Beklagten entweder zu Werbezwecken erfolgte oder eine „Massensendung“.
- Letzteres ist auszuschließen: Es steht positiv fest, dass der Kläger damals (nur) 10 versendet hat und nach dem Schreiben des Beklagten vom 9. 9. 2008 keine weiteren E-Mails mehr von ihm versendet wurden.
- Strittig ist im Revisionsverfahren daher vor allem, ob die E-Mail im Sinn der genannten Bestimmung „zu Zwecken der Direktwerbung“ versendet wurde. Der OGH legt den Begriff der „Direktwerbung“ weit aus. „Direktwerbung“ erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert.
- Darunter fällt auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden. Dabei hindert die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht.
- Bei lebensnaher Betrachtung kann nicht bezweifelt werden, dass der Beklagte damit nicht nur ein Informationsinteresse im Rahmen der Rechtspflege befriedigen wollte, sondern dabei insbesondere auch seine wirtschaftlichen Vorteile im Auge hatte. Der Hinweis auf die „Möglichkeit der Erstellung von Befund und Gutachten“ als Sachverständiger muss jedenfalls auch unter einem kommerziellen Aspekt gesehen werden, wobei sich aus der E-Mail keine Einschränkung auf gerichtliche Gutachtensaufträge ergibt, sondern - nach dem objektiven Erklärungswert - auch

Privatgutachten gleichermaßen angeboten wurden. Diesen Informations-Mails liegt somit ein kommerzieller zu Grunde.

- Dass der Kläger einer solchen Zusendung des Beklagten durch Anführung seiner Kontaktadresse auf seiner Homepage konkludent zugestimmt hätte, ist schon im Hinblick auf die von allen Diensteanbietern zu beachtende Eintragung in die „Robinson-Liste“ zu verneinen. Die bloße Angabe der E-Mail-Adresse ist weder als ausdrückliche noch als konkludente Zustimmung zu werten, Werbesendungen empfangen zu wollen.
- Eine Wiederholungsgefahr ist schon im Hinblick auf das Prozessverhalten des Beklagten anzunehmen. Das Unterlassungsbegehren des Klägers zeigt sich somit betreffend elektronische Post zu Werbezwecken als berechtigt. Da Gegenstand des Urteilsantrags nur die konkrete Verletzungshandlung sein kann, war der Zuspruch entsprechend zu präzisieren. Entgegen der Ansicht des Klägers rechtfertigt dies allerdings nicht auch eine - wahlweise - Ausdehnung des Unterlassungsgebots auf Massensendungen. Wie bereits ausgeführt, steht fest, dass der Kläger nur 10 E-Mails desselben Inhalts versandt hat. Damit ist die vom Revisionswerber vertretene Ansicht, dass den Versender die Beweislast für den Adressatenkreis treffen müsse, weil er allein imstande sei, zu beweisen, dass eine E-Mail an weniger als 50 Personen gerichtet wurde, unbeachtlich. Da der Beklagte nach den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellungen nicht mehr als 50 Mails mit dem beanstandeten Inhalt versandt hat und demnach keine „Massensendung“ im Sinn des § 107 Abs 2 Z 2 TKG vorlag, ist das von ihm mit der Revision ausdrücklich aufrecht erhaltene Mehrbegehren auf Unterlassung elektronischer Post auch „als Massensendung“ abzuweisen.

Zusammenfassung:

Der Oberste Gerichtshof (OGH) stellt klar, dass ohne ausdrückliche Zustimmung elektronische Post zum Zweck der Werbung nicht übermittelt werden darf. Die bloße Angabe einer E-Mail-Adresse ist weder als ausdrückliche noch als konkludente Zustimmung zu werten, Werbesendungen empfangen zu wollen.

Der OGH legt den Begriff der „Direktwerbung“ weit aus. „Direktwerbung“ erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert. Darunter fällt auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden. Dabei hindert die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht.