

## Elektronische Werbung

Aktive Werbung (Direktwerbung): Initiative zu einem Vertragsabschluss geht von einem Unternehmer aus. Bsp.: e-Mail-Werbung/Telefonwerbung/Fax-Werbung/sms-Werbung/normale Printwerbung.

gemeinsame Rechtsfrage: Belästigungspotential (nicht jeder möchte Werbung bekommen)

Soll der Unternehmer die Möglichkeit haben Werbung von sich aus auszusenden?

Passive Werbung: Die Initiative zum Vertragsabschluss geht vom Kunden aus. Stellt Informationsmaterial nur auf Anfrage zur Verfügung. Bsp.: Unternehmenswebsite. hier kein Belästigungspotential, aber dafür eine andere Rechtsfrage: Soll der Gesetzgeber Mindestinformationspflichten für eine Unternehmenswebsite vorgeben? Welche Informationen müssen auf jeden Fall vorhanden sein?

Aktive Werbung: Soll aktive Werbung zulässig oder verboten sein? Der Gesetzgeber hat mehrere Möglichkeiten, wie er die Frage der Zulässigkeit beantworten kann:

1. Einführung eines opt-in Systems (eine bestimmte Kommunikationstechnologie soll einem opt-in System unterliegen). opt-in System: Die Verwendung eines bestimmten Komm.mittels für Werbezwecke ist verboten, außer es liegt die vorherige Zustimmung des Empfängers vor. Im Werberecht ist eine nachträgliche Zustimmung eine Rechtsverletzung! [Bsp: deutsches Unternehmen hat e-Mails ohne Werbeinhalte verschickt. Darin stand nur die Frage: Geben Sie uns ihre Zustimmung, damit wir ihnen eine Werbe-mail schicken können? -> deutsches Gericht hat entschieden, dass die simple Anfrage für die Zustimmung auch schon Werbung ist, da man den Kunden auf das Unternehmen aufmerksam macht. Sogar für diese Frage müsste man schon eigentlich die vorherige Zustimmung haben. Dieses e-mail hat auch schon ein Belästigungspotential.]

2. Gesetzgeber kann ein opt-out System einführen. opt-out System: Gegenteil vom opt-in System. Es bedeutet, dass die Verwendung eines best. Komm.mittels für Werbezwecke ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zulässig ist, solange, bis der Empfänger sagt "Bitte schicken Sie mir nichts mehr zu", er muss also eine opt-out Erklärung abgeben.

Für den Unternehmer ist dieses System um einiges besser. Vom Verbraucherschutz ist zweifellos das opt-in System das bessere System. Die beiden Systeme stehen im Widerspruch. Es ist eine politische Entscheidung, für welches System sich die Gesetzgebung entscheidet (was ist wichtiger, Verbraucher oder Unternehmer?)

2.1. individuelles opt-out System: opt-out Erklärung des Empfängers muss auf individueller Basis erfolgen. Problem: zeitintensiv für den Empfänger (auf jedes e-mail antworte, dass man keine mehr haben will), sehr arbeitsintensiv (man muss die opt-out Erklärungen auch archivieren, um es später beweisen zu können, falls es einen Rechtsstreit geben sollte). verbraucherunfreundlichstes System. Wenn der Gesetzgeber sich dafür entscheidet, dann gibt er den Unternehmen in Wahrheit damit einen Freibrief.

2.2. Regist-opt-out System: Es gibt ein zentrales Register und darin kann man ein Komm.mittel eintragen (Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Postanschrift, etc.). Einfache Form des Nein-Sagens. Man sagt damit dezidiert, dass man sowas NICHT will. Einmaliger Arbeitsaufwand. Mittelding zwischen einem individuellen opt-out System und einem opt-in System. Robinson-Liste wird verwaltet von der RTR-GmbH. Als Unternehmer muss man sich einverstanden erklären, dass man diese Liste für Lösch-Zwecke bzw. Filter-Zwecke verwenden wird. Es kommt auch vor, dass Unternehmer diese Liste für ihren eigenen Versand-Verteiler verwenden. großes Mißbrauchspotential. Man kann das aber durch Zustimmung gegenüber einem bestimmten Unternehmen durchbrechen (wenn man zB. von einem bestimmten Unternehmen doch Werbung bekommen möchte).

Die älteste Form der aktiven Werbung ist Printwerbung. Beginn in den 50er Jahren in den USA. Vorher haben Unternehmen kaum Werbung gemacht.

Rechtslage der Printwerbung in Österreich und der Europäischen Union: die EU hat die Printwerbung bislang noch nicht geregelt. Für die Printwerbung gilt also nur nationales Recht. In Österreich haben wir ein individuelles opt-out System für die Printwerbung. Unternehmen dürfen ohne Zustimmung Printwerbung machen, außer man dagegen spricht. Verschiedene Möglichkeiten: man kann jedem Unternehmen einzeln schreiben oder eine generelle Erklärung: Sticker an der Haustür oder am Postkasten (Bitte kein Werbematerial). Daran muss sich der Unternehmer halten. Wer ist der Adressat dieses Stickers? Der Zusteller (entweder das Unternehmen selbst oder die Post oder eine private Zustellfirma). [Bsp: ein Unternehmer schreibt einen Brief und adressiert ihn an jemanden persönlich. Der Postbote findet aber den Sticker am Postfach vor und ist sich nicht sicher, ob der Brief Werbung ist oder nicht. Natürlich darf er aufgrund des Briefgeheimnisses nicht reinsehen in das Kuvert. Wenn ein Brief adressiert ist an jemanden, dann durchbricht er auch die Schleuse des opt-out-Stickers. Der Empfänger muss in diesem Fall individuell eine opt-out Erklärung an dasjenige Unternehmen schreiben. Das heißt, der Unternehmer weiß, dass er diese adressierte Werbung mindestens ein mal machen darf.]

Rechtsschutz-Möglichkeiten:

- die wichtigste Form: Unterlassungsklage. muss beim Gericht eingebracht werden. Beweislast liegt beim Versender (er muss beim opt-in beweisen, dass er eine Zustimmung hat). Zustimmungen können jederzeit widerrufen werden!
- Möglichkeit einer Schadenersatzklage: setzt voraus, dass ein Schaden eingetreten ist. Es reicht nicht aus, dass man einen Schaden behauptet. Man muss den Schaden auch quantifizieren und in Geld ausdrücken können. Wenn man 1 Mio. Euro verlangt und nur 50 Cent bekommt, dann ist man diese Differenz im Unrecht. Man muss alle Gerichtsgebühren bezahlen (die eigenen und die des Unternehmens, weil man im Unrecht ist und jemanden zu Unrecht geklagt hat).
- Verwaltungsstrafverfahren: kann man durchführen, wenn man zu einer bestimmten Rechtsvorschrift zusätzlich eine Verwaltungsstraftat beanstandet. Es muss eine zusätzliche Bestimmung da sein (zB.: Wenn jemand dieses opt-in System verletzt, muss er xxx Euro bezahlen, weil es eine Verwaltungsstraftat ist.). Man muss nicht vor Gericht gehen, sondern eine Anzeige reicht. Die Verwaltungsbehörde ist verpflichtet dem nachzugehen. Von dem auszugehen zahlt das Unternehmen dann eine Strafe oder nicht. Wenn man wissentlich ohne Grund eine Anzeige macht, dann bekommt man selber eine Strafe.

e-Mail-Werbung ist auf europäischer Ebene geregelt. Einheitliche Regelung. Geregelt in der "Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation" im Artikel 13 (S. 248 im e-Commerce und Internetrecht). Kernregelung im Absatz 1. -> e-Mail-Werbung darf nur bei vorheriger Zustimmung der Teilnehmer stattfinden. -> opt-in System. Schutz für den Teilnehmer. Absatz 5: Definition von "Teilnehmer": natürliche Personen. Wer ist eine natürliche Person? Der Verbraucher und der Einzelunternehmer.

Bislang: b2c und b2b (business to customer, business to business). Der Gesetzgeber schützt den b2c Bereich sehr streng, da der Verbraucher immer der Schwächere ist. Der b2b ist viel liberaler geregelt. Großer Handlungsspielraum. EU geht jetzt aber Richtung Dreiteilung: b2b wird in zwei Bereiche gesplittet: B2b und B2B (b 2 little b, also Unternehmer mit Kleinunternehmer und b 2 big b, also Großunternehmer mit Großunternehmer). Der Gesetzgeber sagt: ein kleines Unternehmen ist typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass es nicht gesellschaftsrechtlich organisiert ist. Der Kleinunternehmer tritt als Einzelperson auf, also als Einzelunternehmer. Großunternehmen sind gesellschaftsrechtlich geregelt (als AG, GmbH, KG, etc.). Die natürliche Person tritt in den Hintergrund und eine quasi juristische Person tritt in Erscheinung.

Die EU sagt jetzt: der Verbraucher muss gut geschützt werden UND der Kleinunternehmer/Einzelunternehmer.

Schlussfolgerung: wenn der Adressat ein Verbraucher oder ein Einzelunternehmer ist, braucht man IMMER die vorherige Zustimmung.

Was gilt jetzt im B2B-Bereich? Art. 13, Abs.5: die Interessen der Gesellschaften müssen

"ausreichend" geschützt werden. d.h., es wird national geregelt. Der nationale Gesetzgeber hat jetzt die Wahl, welches System er hier einführt (opt-in oder opt-out). Nachteil dieser Regelung: jedes Land hat versch. Rechtslagen im Hinblick auf Großunternehmen.

Österreichische Rechtslage: §107(2) TKG 2003

Das Paragrafenzeichen sind übrigens zwei S, die bedeuten: signum sectionis (Zeichen des Teils). S. 406. Die Zusendung einer elektronischen Post ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig.-> opt-in System.

D.h. in Österreich haben wir ein generelles opt-in System. Wenn die e-mail zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt, braucht man die Zustimmung oder wenn die e-Mail an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist. (man kann nicht 50 schicken und dann noch 1 einzeln, weil das ein Umgehungstatbestand wäre. Man kann aber den Inhalt einfach umändern, dann ist es zulässig.) Eine einzige Ausnahme vom opt-in System, wo der Unternehmer also keine Zustimmung braucht, sind bestehende Geschäftsbeziehungen. Diese Ausnahme ist allerdings nur dann anwendbar, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Art. 13, Absatz 2

- Wenn man aufgrund eines Kaufs eines Produkts die e-mail-Adresse in diesem Zusammenhang beim Unternehmer hinterlegt hat. [Bsp.: Jemand kauft eine Waschmaschine bei Siemens und der Verkäufer fragt, ob der Kunde die e-Mail-Adresse hinterlassen würde.] Diese Voraussetzung definiert die bestehende Kundenbeziehung. Also muss irgendwann ein Produkt gekauft worden sein.

- Die e-mail Adresse darf nur für Werbung für eigene ähnliche Produkte verwendet werden. Eigene Produkte heißt, dass sie vertrieben werden (Mediamarkt zB. darf das auch machen, weil sie quasi "eigene Produkte" haben.) Ähnliche Produkte: bezieht sich immer auf das ursprünglich gekaufte Produkte. Wenn der Kunde zB. eine Waschmaschine gekauft hat, kann er mit ähnlichen Produkten beworben werden (zB. Wäschetrockner). Die Produkte müssen zur selben Produktfamilie gehören.

- Jeder Kunde muss in dem Zeitpunkt, wo er die Möglichkeit hat, die e-Mail-Adresse herzugeben, die Möglichkeit haben, abzulehnen. Die Ablehnungsmöglichkeit muss auch jedes Mal bei einer Werbezusendung gegeben werden.

SMS-Werbung: auf europäischer Ebene noch nicht geregelt. Die Technologie ist noch zu jung. §107 (2) TKG 2003. Unzulässig ohne Zustimmung des Empfängers. Die e-Mail-Regelung ist gleich geregelt wie die SMS-Werbung. Generelles opt-in System.

Telefonwerbung: ebenfalls nicht auf europäischer Ebene geregelt. Nur ein Aspekt ist geregelt: wenn die Werbung durch automatische Anrufmaschinen getätigt wird. Im Artikel 13, Absatz 1 E-DSRL. Dort, wo die e-Mail-Werbung geregelt ist. Österreich hat Telefonwerbung mittels Telefonautomaten einem generellen opt-in System unterworfen (§107 (1) TKG 2003). Telefonwerbung durch einen Unternehmensmitarbeiter ist nicht geregelt durch das EU-Recht. Die Telefonwerbung ist nur durch nationales Recht geregelt. Österreichische Rechtslage: §107 (1) TKG 2003. Österreich führt in dieser Bestimmung ein: Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers sind unzulässig. Generelles opt-in System für Telefonwerbung ohne Unterscheidung von Anrufmaschinen und Mitarbeitern von Unternehmen. Es ist bedeutungslos wer anruft und wer angerufen wird.

Faxwerbung: durch EU geregelt. Art 13, Abs. 1 E-DSRL. Gilt dasselbe wie für die e-Mail-Werbung. zwingendes opt-in System, wenn Adressat Privatperson oder Einzelunternehmer ist. Bei B2B gibts wieder nationales Regelungssystem. In Österreich auch opt-in. Man hat in Österreich Telefon- und Faxwerbung gleichermaßen geregelt.

In Österreich hat ein Unternehmen somit nur die Möglichkeit Printwerbung zu machen, so lange keine andere Zustimmung vorliegt.

Bei internationalen Werbebeziehungen gilt immer das Recht des Empfängers (innerhalb der EU). In

den USA darf man zB. e-mails ohne Zustimmung versenden. Es gibt keinen internationalen Vertrag diesbezüglich. Man versucht es international zu regeln durch die WTO (internationaler e-Commerce-Vertrag), der aber erst am Beginn der Entstehung ist.

---