

Unerbetene Nachrichten

Elektronische Direktwerbung ist nach dem Telekommunikationsgesetz verboten. Übertretungen ziehen gerichtliche oder Verwaltungsstrafen nach sich.

Unter „Unerbetene Nachrichten“ fasst § 107 TKG 2003, BGBl I 2003/70, zuletzt idF BGBl I 2009/65, bestimmte Arten von Anrufen und elektronischer Post zusammen.

Nach Abs. 1 sind Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig.

Die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ist nach Abs. 2 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn

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

Abs. 3 legt fest, dass diese vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post dann nicht notwendig ist, wenn

1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und
2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und
3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und
4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.



Kommt oft unverlangt: SMS mit dubiosen Angeboten oder der Aufforderung zurückzurufen – zu einem hohen Preis.

Jedenfalls unzulässig ist nach Abs. 5 die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

Wer entgegen § 107 Abs. 1 Anrufe zu Werbezwecken tätigt oder entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 elektronische Post zusendet, begeht, sofern keine gerichtlich strafbare Handlung vorliegt oder die Tat nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist (§ 109 Abs. 6), nach § 109 Abs. 3 eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 37.000 Euro zu bestrafen (Z 19 und 20). Wurden die entsprechenden Verwaltungsübertretungen nicht im Inland begangen, gelten als an jenem Ort begangen, an dem die unerbetene Nachricht

den Anschluss des Teilnehmers erreicht (§ 107 Abs. 6).

Für das Verwaltungsstrafverfahren zuständig sind in erster Instanz die örtlichen Fernmeldebüros (§ 113 Abs. 3 TKG), in zweiter Instanz die Unabhängigen Verwaltungssenaten (UVS).

Direktwerbung. Der Begriff „Direktwerbung“ ist nach den Erläuterungen zum Telekommunikationsgesetz 2003, RV 128 BlgNR 22. GP weit zu interpretieren und umfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert. Dieser Begriff beinhaltet Werbung jeder Art, die sich direkt an ausgewählte Empfänger richtet.

Das – verfassungsrechtlich unbedenkliche (VfGH 10.10.2002, G 267/01 u. a.) – „Opt-in-System“, dass also die Zusendung einer elektronischen Post nur dann erfolgen darf, wenn die Empfänger vorher ihre Einwilligung dazu erteilt ha-

ben, wurde durch die am 1.3.2006 in Kraft getretene TKG-Novelle BGBl I 2005/133 auf alle Empfänger (auch Geschäfte zwischen Geschäftsleuten) ausgedehnt; zuvor waren nur Verbraucher im Sinn des Konsumentenschutzgesetzes auf diese Weise geschützt.

SMS. Angesichts der Fülle von Werbemüll (Spam), der sich in den elektronischen Briefkästen findet, wundert es, dass sich die unerlaubte Direktwerbung durch elektronische Post in der Judikatur vorerst nur in Bezug auf zu Werbezwecken versendete SMS niedergeschlagen hat – möglicherweise, weil E-Mails weniger Mühe beim Lesen bereiten und sich leichter wegdlicken lassen oder von Spam-Filtern abgefangen werden. Zudem scheint man sich an Spam schon gewöhnt zu haben; wohl auch in Anbetracht der Aussichtslosigkeit, gegen ausländische Versender vorgehen zu können. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch auch auf sonstige elektronische (Werbe-) Post übertragen.

Nach der dem Rechtssystem des Bundes (www.ris.bka.gv.at) entnehmbaren Judikatur haben Fälle der Zusendung unerbetener Nachrichten (in Form von SMS) hauptsächlich in Tirol zu Verwaltungsstrafverfahren geführt, und haben überwiegend eine im britischen Handelsregister eingetragene „Limited“ betroffen. Die Erhebungen zu dieser Gesellschaft wurden mit Unterstützung der Wirtschaftskammer Öster-

reich, Außenstelle London, vorgenommen. Das Unternehmen hatte einen inländischen Geschäftssitz, der Server war in Tirol. Das nach außen zur Vertretung der Gesellschaft befugte Organ wurde nach § 9 VStG zur Verantwortung gezogen.

Das Geschäftsmodell bestand darin, als Erotik-Telefondienst über Zeitungsannoncen, Websites und Chatkanäle, eine „Flirtline“ anzubieten. Anrufern wurden, mitunter mehrmals täglich, SMS erotischen Inhalts zugesendet, verbunden mit der Bekanntgabe einer Mehrwertnummer, über die das in Aussicht Gestellte verwirklicht werden könne – somit eine Aufforderung, einen entgeltlichen Vertrag mit dem Betreiber der bekannt gegebenen Mehrwertnummer(n) abzuschließen – was eine Direktwerbung darstellt (VwGH 26. 4. 2007, 2005/03/0143).

In zahlreichen zwischen 2004 und 2008 beim Fernmeldebüro für Tirol und Vorarlberg und in zweiter Instanz beim UVS Tirol geführten Verfahren wurde von etlichen als Zeugen vernommenen Anzeigern glaubwürdig behauptet, mit dem Unternehmen vor Zusendung der SMS überhaupt nicht in Verbindung getreten zu sein. Dass in diesen Fällen keine vorherige Einwilligung zur Zusendung dieser SMS bestanden hat, liegt auf der Hand.

Einwilligung. Aber selbst wenn eine Kontaktaufnahme erfolgt wäre, würde dies jedenfalls keine Einwilligung zur Zusendung einer beliebigen Anzahl weiterer SMS durch den betreffenden Dienstbringer zur Bewerbung seiner verschiedenen Mehrwertnummern bedeuten, wie der UVS Tirol mit Erkenntnis vom 28.03.2008, 2007/26/2114-3, unter Bezugnahme auf



Nach Experten-Schätzungen verschicken Spammer täglich mehr als 100 Milliarden unerwünschte Werbe-Mails an Unbekannte.

VwGH 25.02.2004, Zl. 2003/03/0284, ausgeführt hat.

Wie andere Anzeigergeschichten, sei bei einem Anruf in das Gespräch bloß die Frage eingebaut worden, ob sie mit der Zusendung von SMS einverstanden seien, ohne dass die Gesellschaft als Versenderin dieser SMS dabei mit genauem Namen und genauer Anschrift in förmlicher Weise benannt worden sei.

Andere wiederum gaben an, jeweils nur einen Tonbanddienst erreicht zu haben. Durch diesen Anruf wurde die Handy-Nummer des Anrufers im System erfasst und an das betreffende Mobiltelefon eine solche SMS übersandt.

In welcher Form die Einwilligung zu erfolgen hat, wurde vom Gesetzgeber nicht näher ausgeführt. Wie der UVS Tirol hiezu mehrmals (etwa Erkenntnis vom 28.03.2008, 2007/26/2114-3; 4.3.2008, 2007/26/2109-9) ausgeführt hat, handle es sich bei der Einwilligung aber um eine Willenserklärung des Empfängers.

Diese müsse zwar nicht schriftlich sein, sondern es komme auch eine mündliche oder konkludente Zustimmungserteilung in Betracht, allerdings müsse das Einverständnis des Empfängers klar zum Ausdruck gebracht werden.

Es müsse dabei zumindest in den wesentlichen Punkten feststehen, wozu der Kunde seine Zustimmung erteile und wem gegenüber die Erklärung abgegeben werde. Für eine Einverständniserklärung i. S. d. § 107 Abs. 2 TKG sei es nach Ansicht des UVS erforderlich, dass der Kunde wisse, welche Art von SMS er künftig erhalten werde und von wem ihm diese zugesendet würden. Sofern in das Gespräch bloß die Frage eingebaut werde, ob der Kunde mit der Zusendung von SMS einverstanden sei, die Gesellschaft als Versenderin dieser SMS dabei also offenbar nicht mit genauem Namen und genauer Anschrift, mithin in förmlicher Weise, benannt werde, reiche das nicht aus, um von einer Einwilligung i. S. d. §

107 Abs. 2 TKG ausgehen zu können (UVS Tirol 4.4.2008, Zl. 2007/26/2113-3).

Es könne auch nicht, wie der UVS Tirol in seinem Erkenntnis vom 7.3.2005, Zl. 2004/26/145-7, dargelegt hat, als Einwilligung gewertet werden, wenn in der Tonbandnachricht der Anrufer aufgefordert worden wäre, für den Fall, dass er die Zusendung von SMS nicht wünscht, unter einer bestimmten Nummer anzurufen, bzw., wenn diesem nach dem ersten Anruf tatsächlich zunächst eine SMS mit der Aufforderung zugegangen wäre, bei nicht erwünschter Zusendung von SMS eine entsprechende Rückmeldung an das Unternehmen zu senden.

Aus der Untätigkeit des Anrufers könne nicht auf dessen Einwilligung zur Zusendung der SMS geschlossen werden. Bei einem hier gebotenen Rückgriff auf die zivilrechtliche Lehre sei festzuhalten, dass dem Schweigen einer Person grundsätzlich kein Erklärungswert beigemessen werden dürfe (vgl. Gschnitzer in Klang IV/1, 79; Rummel in Rummel § 863 Rz 15 u. a). Zudem hätte das bei dem Unternehmen vorhandene System nicht ausgeschlossen, dass auch Personen, die versehentlich die betreffende Mehrwertnummer angerufen haben, bzw. den Kontakt sofort unterbrochen haben, dennoch SMS zugesandt erhalten, obgleich ihnen die Information, wie sie die Zusendung von SMS unterbinden könnten, aufgrund des vorzeitigen Abbruches des Anrufes möglicherweise gar nicht zur Kenntnis gelangt sei.

Bei der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung handelt es sich, wie der Verwaltungsgerichtshof noch zur Vorgängerbestimmung des § 101 TKG 1997 ausge-

führt hat (VwGH 25.02.2004, 2003/03/0284; VwSlg 16297), um ein Ungehorsamsdelikt, das in dem Zeitpunkt vollendet ist, in dem die Nachricht, der nicht zugestimmt worden war, die Sphäre des Absenders verlässt. Für derartige Delikte sieht § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG vor, dass Fahrlässigkeit dann anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. „Glaubhaftmachung“ bedeutet dabei, dass die Richtigkeit einer Tatsache wahrscheinlich gemacht wird. Der Beschuldigte hat alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Wenn er sich auf technische Probleme oder Systemumstellungen beruft, hätte er von sich aus die Beweismittel vorzulegen oder konkrete Beweisanträge zu stellen (vgl. VwGH 29.03.1990, Zl. 89/17/0139 u. a.).

Stopp-Code. Zu prüfen war auch, ob der „Kunde“ entgegen § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hatte, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Durch ein entgeltfreies SMS mit „Stopp“ an die Absendernummer können SMS nach Erhalt rückgesendet und abonnierte Mehrwertdienste abbestellt werden. Allerdings wird, wie der UVS Tirol mit Erkenntnis vom 4.4.2008, Zl. 2007/26/2113-3, festgestellt hat, dem § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 auch dann nicht entsprochen, wenn der Kunde nur die Möglichkeit erhält, durch Zusendung einer „Stopp-SMS“ an eine Mehrwertnummer des Dienst-

bieters weitere SMS-Zusendung unter dieser Mehrwertnummer auszuschließen. Nach dem zitierten Gesetz hat der Dienstanbieter vielmehr die Möglichkeit zu schaffen, dass der Kunde bei jeder SMS-Zusendung die weitere Verwendung der dem Anbieter im Zusammenhang mit einem Verkauf oder einer erbrachten Dienstleistung zugegangenen Kontaktinformation unterbinden kann. Aus einer im Verfahren vorgelegten Liste hatte sich ergeben, dass nach Zusendung einer „Stopp-SMS“ der Kunde lediglich für jene Mehrwertnummer, an die die Zusendung erfolgt ist, „gesperrt“ wird. Für SMS-Zusendungen unter anderen Mehrwertnummern wurde die Kontaktinformation offenkundig weiterhin verwendet. Dies stelle, wie erwähnt, kein dem § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 entsprechendes Vorgehen dar.

Was die wiederholten Deliktsbegehungen betrifft, hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 25.02.2004, 2003/03/0284, ausgeführt, dass dann, wenn auf Grund der vorgenommenen Automatisierung Übertretungen von Verwaltungsvorschriften nicht vermeidbar sind, dies dem allgemeinen Entschluss gleich kommt, eine Reihe gleichartiger strafbarer Handlungen zu begehen. Es liege ein fortgesetztes Delikt vor, dessen Verjährung erst mit der letzten gesetzten Tat handlung beginnt.

Die **RTR-GmbH** hat ein ausführliches Infoblatt „Informationen betreffend unerwünschte Werbung mittels elektronischer Post (Spam)“ aufgelegt, das unter www.rtr.at/de/atk/E_Commerce_Gesetz/Spam_Infoblatt.pdf im Internet abgerufen werden kann.

Kurt Hickisch

die möwe - Kinderschutzzentren
Spendenkonto RZB Österreich AG, BLZ 31000
Konto-Nr. 1-04.100.400

die möwe - Unabhängiger Verein für psychisch, physisch oder sexuell misshandelte Kinder
E-Mail: kinderschutz@die-moewe.at
Internet: www.die-moewe.at

• Telefonische und Persönliche Beratung
• Krisenhilfe für Gewaltopfer
• Psychotherapie
• Prozessbegleitung
• Prävention

Helpline 0800 80 80 88

Gesponsert von einer Firma in 1190 Wien.

[Normalität ist Ansichtssache...]

BIRGIT PRIMIG

[Training & Public Relations]

Seminare für Jedermann

zu Preisen, die Sie sich leisten können!

www.birgit-primig.at

AUFSPERRDIENST WIEN-WEST GmbH

Schlossmontagen • Gittertüren
Johann Eichhorn • 1150 Wien

Tel.: 01 984 66 66
Fax: 01 789 53 25
Mobil: 0699 115 14 301

INNO POINT

WERBUNG AM TEXTIL UND MEHR...

TEL.: +43 1 31 77 980
OFFICE@INNOPOINT.AT

SPORTSWEAR

- SPORTHEADER
- POLO SHIRTS
- T-SHIRTS
- JACKEN
- TRIKOTS
- WORKWEAR ...

TEXTIL VEREDELUNG

- FLOCKDRUCK
- FLEXDRUCK
- SIEBDRUCK
- STICKEREIEN
- UVA...

WWW.INNOPOINT.AT