

Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation in Österreich

Auftragsvergabe
Verjährung von Schadenersatzansprüchen

Übernahmerecht
Verzicht auf Bedingungen

Industriearbeiter und -angestellte
Einheitliche Entlohnungssysteme

Energiepreisrecht
SystemnutzungstarifV verfassungskonform?

Public Private Partnership
Risikoverteilung bei Infrastrukturprojekten

Tabakgesetznovelle
Nichtraucher weiterhin schutzlos

Nochmals § 107 TKG 2003: Papierwerbung benachteiligt?

Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des § 107 TKG 2003 zur Zulässigkeit der Bewerbung eigener Kunden mittels Papiersendungen eine bisher unbeachtete Rechtsfrage aufgeworfen, die der nachstehende Beitrag zu lösen versucht.

A. BEWERBUNG EIGENER KUNDEN NACH § 107 ABS 3 TKG 2003

§ 101 TKG 1997¹⁾ verbot ohne Ausnahme Anrufe – einschließlich dem Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers. Ausgehend davon entstand eine Judikaturlinie, nach der nicht nur Telefax-²⁾ und Telefonwerbung ohne vorherige Zustimmung bei Privatpersonen oder Wirtschaftsunternehmen generell einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre bedeutete,³⁾ sondern auch Werbe-E-Mails.⁴⁾

Vom an sich weiterhin bestehenden Verbot der Zusendung von E-Mails und SMS in § 107 Abs 2 TKG 2003 macht § 107 Abs 3 TKG 2003 derzeit die viel diskutierte Ausnahme, dass Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte und Dienstleistungen an eigene Kunden auch ohne vorherige Zustimmung der Kunden zulässig ist,⁵⁾ wenn eine Widerrufsmöglichkeit besteht. Diese Ausnahme gilt aber ausdrück-

Dr. *Rainer Knyrim* ist Rechtsanwalt und Partner bei Preslmayr Rechtsanwälte, Wien.

1) Telekommunikationsgesetz 1997, BGBl I 1997/100.

2) OGH 8. 11. 1983, 4 Ob 388/83.

3) OGH 15. 12. 1992, 4 Ob 77/92.

4) HG Wien 23. 12. 1999, 39 Cg 119/99.

5) *Vartian*, Telekommunikationsrecht FN 493 f; *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz RN 29 ff zu § 107; *Ruble/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht 494 f.

lich nur für elektronische Post iSd § 107 Abs 2 TKG 2003, also va E-Mail und SMS.

Nach § 92 Abs 1 TKG 2003 sind auf die im TKG 2003 geregelten Sachverhalte, soweit das TKG 2003 nichts anderes bestimmt, die Bestimmungen des DSGVO 2000⁶⁾ anzuwenden. Da § 107 Abs 3 TKG 2003 eine klare gesetzliche Bestimmung ist, geht diese dem DSGVO 2000 vor⁷⁾ und steht aufgrund ihrer Spezifität nicht in Konflikt mit dem DSGVO 2000.

B. BEWERBUNG EIGENER KUNDEN NACH DSGVO 2000

Nach § 7 Abs 1 DSGVO 2000 dürfen Daten nur dann und so weit verarbeitet werden, als die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt sind.⁸⁾ Nach § 8 Abs 1 DSGVO 2000 sind die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen dann nicht verletzt, wenn der Betroffene ua der Verwendung seiner Daten zugestimmt hat oder überwiegende berechnigte Interessen des AG oder eines Dritten die Verwendung erfordern. Dies ist nach § 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000 va dann gegeben, wenn die Datenverarbeitung zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zwischen dem AG und dem Betroffenen erforderlich ist. Im Gegensatz zu § 107 Abs 3 TKG 2003, wo ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, dass Werbezusenendungen an eigene Kunden unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne deren Zustimmung möglich sind, fehlt eine derartige klare Regelung im DSGVO 2000. Grundsätzlich geht das DSGVO 2000 von einer Zustimmungspflicht aus, sofern nicht die überwiegenden berechtigten Interessen des AG als Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen herangezogen werden können.

C. WERBEZUSENDUNG UNTER VERTRAGSERFÜLLUNG SUBSUMIERBAR?

Fraglich ist daher, ob die Zusendung von Werbung in Papierform an eigene Kunden unter den Begriff der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung iSd § 8 Abs 3 Z 4 TKG 2003 subsumiert werden kann. Gerade aufgrund der Bestimmung des § 107 Abs 3 TKG 2003 ist es sehr schwierig geworden, Derartiges zu interpretieren. Dies, obwohl § 107 Abs 3 TKG 2003 bei Papierwerbung nicht greift. Der Sinn der Ausnahmebestimmung des § 107 Abs 3 TKG 2003 ist gerade, dass an Kunden, mit denen der Unternehmer *früher* in einer vertraglichen Beziehung stand, ausdrücklich eben *künftig* Werbe-E-Mails ohne deren Zustimmung gesendet werden dürfen. Ausgehend davon wäre es zwar denkbar, aber gewagt, zu sagen, dass der Gesetzgeber, wenn er in § 8 Abs 3 Z 4 DSGVO 2000 ausdrücklich von Verarbeitung *zur* Erfüllung eines Vertrages spricht, damit auch die Zulässigkeit von Werbesendungen *nach* Erfüllung des Vertragsverhältnisses gemeint haben muss, obwohl er dies – entgegen § 107 Abs 3 TKG 2003 – in diesem Fall nicht ausdrücklich normiert. Gewagt wäre dies va auch deshalb, weil das DSGVO in seinen Grundsätzen einen strengen, sog „Zweckbindungsgrundsatz“⁹⁾ vorschreibt, lt dem Daten nur verarbeitet werden dürfen,

soweit dies für den Zweck der Datenanwendung wesentlich ist und die Daten nicht über diesen Zweck hinaus verwendet werden.¹⁰⁾ Zu beachten ist dabei, dass der OGH in einer E zum Zweck eines Werbeanrufes ausdrücklich festgestellt hat, dass der Anruf eines Unternehmens bei einem seiner Kunden, um diesen über bevorstehende Änderungen zum Inhalt eines Vertragsverhältnisses zu informieren – offenbar verbunden mit Eigenwerbung –, kein unzulässiger Werbeanruf gewesen sei, da dieser Anruf nicht (ausschließlich) Werbezwecken gedient habe.¹¹⁾ Dies zeigt, dass sich auch der OGH des „feinen“ Unterschieds zwischen Information *zur* Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung und Information zu Werbezwecken *außerhalb* eines Vertragsverhältnisses bewusst ist.

D. INTERESSE DES UNTERNEHMERS AN WERBEZUSENDUNGEN

Ein taugliches überwiegendes berechtigtes Interesse des auftraggebenden Unternehmens an Werbezusenendungen könnte dessen allgemeines Interesse an der Pflege der Kundenbeziehung sein. Indiz für das Bestehen eines solchen allgemeinen Interesses lässt sich aus Standardanwendung Nr 22 „Kundenbetreuung und Marketing für eigene Zwecke“ der Standard- und Musterverordnung (STMV) erahnen,¹²⁾ nach der eigene oder zugekaufte Kunden- und Interessentendaten für die Geschäftsanbahnung zum eigenen Lieferungs- oder Leistungsangebot bis zum Ablauf des dritten Jahres nach dem letzten Kontakt mit dem AG aufbewahrt werden dürfen. Allerdings kann dies nicht selbst die Zulässigkeit begründen, da die Übermittlungen der STMV im einzelnen Übermittlungsfall jeweils nur insoweit zulässig sind, als für diesen Fall eine Rechtsgrundlage nach den §§ 6 bis 9 DSGVO 2000 besteht.

Festzustellen ist, dass die gesamte öLit sowohl zur grundsätzlichen Interpretation des § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000 als auch zu dessen Verhältnis zu § 107 Abs 3 TKG 2003 schweigt.¹³⁾

6) DSGVO 2000, BGBl I 1999/165.

7) Siehe auch *Mosing/Otto*, Spamming Neu, MR 2003, 267, die davon ausgehen, dass § 107 TKG 2003 lex specialis zum DSGVO 2000 ist.

8) Siehe dazu *Jahnel/Thiele*, Datenschutz durch Wettbewerbsrecht, ÖJZ 2004, 870 (871).

9) § 6 Abs 1 Z 3.

10) Näheres dazu siehe *Knyrim*, Datenschutzrecht 83.

11) OGH 24. 1. 2000, 4 Ob 251/00 s, s bei *Zangerl/Schöll*, Telekommunikationsgesetz RN 143 zu § 107.

12) BGBl II 2000/201 idF BGBl II 2004/205.

13) *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz (2000) 138 f; *Dohr/Pollirer/Weiss*, DSGVO FN 9 und FN 15 zu § 8, *Mayer-Schönberger/Brandl*, Datenschutzgesetz 2000 (1999) 25; *Graf*, Datenschutzrecht im Überblick (2004), der jedoch auf Seite 45 ausdrücklich darauf hinweist, dass die Definition des Übermittlungsbegriffs in § 4 Z 12 DSGVO 2000 wesentlich sei, wonach jeder Zweckwechsel eine Übermittlung ist; *Jahnel*, Das Datenschutzgesetz 2000, wichtige Neuerungen, wbl 2000, 52; *Vartian*, Telekommunikationsrecht FN 494, FN 489–496; *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht 494; *Zangerl/Schöll*, Telekommunikationsgesetz RN 71 ff zu § 107.

E. MEINUNGSSTAND IN DEUTSCHLAND

Die dLit hingegen lässt eine Verarbeitung von eigenen Kundendaten für Werbezusendungen unter der Parallelbestimmung zu § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000, nämlich § 28 Abs 1 Z 2 dBundesdatenschutzgesetz (dBDSG) zu. So meinen *Gola/Klug*,¹⁴⁾ dass Kundendaten häufig zunächst für eine Vertragserfüllung iSd § 28 Abs 1 Satz 1 Z 1 dBDSG erhoben und gespeichert werden, um die mit den Betroffenen bestehende oder in Vorbereitung befindliche Vertragsbeziehung ordnungsgemäß abzuwickeln. Ist die vertragliche Beziehung beendet, so gestatte § 28 Abs 1 Satz 1 Z 2 dBDSG regelmäßig die weitere Nutzung der Daten, um den Kunden durch Werbemaßnahmen zur Fortsetzung der geschäftlichen Beziehung zu bewegen. Nach *Simitis*¹⁵⁾ bietet sich das Argument des überwiegenden berechtigten Interesses des § 28 Abs 1 Satz 1 Z 2 dBDSG als Ergänzung des Arguments der Vertragserfüllung des § 28 Abs 1 Satz 1 Z 1 dBDSG an, soweit allerdings die Interessen, um die es im Einzelnen geht, immer mit der konkret beabsichtigten Verwendung zusammenhängen und sich auf Daten beziehen, die dafür verwendet werden sollen. Somit seien Werbeaktionen, die sich in Kenntnis der bereits vorhandenen Informationen gezielt an die eigenen Kunden richten, zulässig.

Roßnagel ist derselben Ansicht, allerdings mit der Einschränkung, dass unzulässige Marketingmethoden, wie zB unerlaubtes Telefonmarketing nicht mög-

lich seien und dass auch eine unbefristete Speicherung von Kundendaten zu Marketingzwecken, wenn kein Kundenkontakt mehr besteht, ohne jegliche zeitliche Begrenzung unzulässig sei.¹⁶⁾

F. ERGEBNIS

Es bleibt zu hoffen, dass sich sowohl die Datenschutzkommission als auch der OGH im Anlassfall dieser in Deutschland herrschenden Rechtsmeinung anschließen. Dies würde für die betroffenen Unternehmen eine wesentliche Erleichterung bringen, da sie sich den erheblichen – und in Einzelfällen wohl kaum vertretbaren – Aufwand der Einholung von Zustimmungserklärungen¹⁷⁾ für die Bewerbung eigener Kunden ersparen könnten.

Zu hoffen bleibt auch, dass der Gesetzgeber im Zuge der allgemein erwarteten Bereinigung der ohnehin bestehenden Rechtsprobleme um § 107 TKG 2003 auch eine klare Aussage hinsichtlich der Werbemethoden, die nicht unter das TKG 2003 fallen, trifft, damit der Rechtsanwender diesbezüglich wieder Sicherheit hat.

Rainer Knyrim

14) *Gola/Klug*, Grundzüge des Datenschutzrechts (2003) 126.

15) *Simitis* (Hrsg), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz⁵ Rz 137 zu § 28.

16) *Roßnagel* (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2003) 1198 f.

17) Siehe die ausführliche Darstellung in *Knyrim*, Datenschutzrecht 159 ff.