



## E-Mail-Werbung ohne Einwilligung? Das OLG Wien legt die Latte hoch!

In einer aktuellen Entscheidung des OLG Wien vom 31.08.2022 (GZ 5 R 168/20t nicht rechtskräftig) findet sich dazu folgender Sachverhalt:

Ein Anbieter von Fernbusreisen verwendete in seiner auf der Website abrufbaren Maske für Onlinebuchungen folgende Klausel:

*„Wir nutzen Deine E-Mail-Adresse, um Dir die Buchungsbestätigung sowie zusätzliche Angebote rund ums Reisen zu senden. Du kannst dem Erhalt dieser E-Mails jederzeit kostenlos widersprechen. Sende hierfür eine E-Mail an [...]“*

Die Eingabe einer E-Mail-Adresse war in der Maske obligatorisch, um die Leistung in Anspruch nehmen zu können. Die **Zusendung von Werbebotschaften** konnte nur „**verhindert**“ werden, indem der Nutzer / die Nutzerin **ein separates E-Mail** an die in der Maske angegebene E-Mail-Adresse **sendet**. Unmittelbar beim Buchungsvorgang konnte das „Opt-Out“ im Hinblick auf die Zusendung von Werbebotschaften nicht ausgeübt werden.

Unter Berufung auf das TKG und die DSGVO brachte der **Verein für Konsumenteninformation** gegen die Verwendung dieser und sinngleicher Klausel(n) eine **Unterlassungsklage** ein.

### Die Entscheidung des OLG Wien

Dem Standpunkt des Busunternehmens, dass es sich bei oben angeführter Klausel lediglich „**um eine Information der Kunden**“ und **keine Willenserklärung**

handelt, konnte das OLG Wien nichts abgewinnen, da eindeutig der „Charakter einer Zustimmungserklärung“ vorliegen würde.

Die Formulierung „**zusätzliche Angebote rund ums Reisen**“ müsse bei kundenfeindlichster Auslegung so verstanden werden, dass sie auch **Angebote Dritter** sowie **Werbung für „nicht ähnliche“ Produkte/Dienstleistungen** umfasst. Bei derartigen Formulierungen ist daher Vorsicht geboten.

Aus Sicht des OLG Wien verstößt die Klausel mehrfach gegen geltendes Recht:

- Unter Heranziehung des Art 4 Z 11 DSGVO liege ein Verstoß gegen § 107 Abs 2 TKG (jetzt § 174 TKG) vor, da *„keine rechtskonforme „vorherige Einwilligung“ der Kunden zur Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung eingeholt wird“*.
- Ein Verstoß gegen § 107 Abs 3 Z 2 TKG (jetzt § 174 TKG) liege deshalb vor, da die Formulierung der Klausel **auch die Zusendung von Angeboten Dritter umfasse** und obendrein **keine Einschränkung auf ähnliche Produkte/Dienstleistungen** enthalte.
- § 107 Abs 3 Z 3 TKG (jetzt § 174 TKG) sei deshalb verletzt, da der Nutzer / die Nutzerin *„nicht klar und deutlich die Möglichkeit, die in Rede stehenden Zusendungen bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung bzw des Vertragsabschlusses problemlos abzulehnen“* hatte (die Buchungsmaske musste für den E-Mail-Versand verlassen werden).

Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

## Fazit:

1. Von derart weitgehenden Formulierungen wie „zusätzliche Angebot rund ums Reisen“ ist bei Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen (iSd § 174 Abs 4 TKG) abzuraten.

Es muss für den Kunden / Interessenten klar erkennbar sein, dass

- a. nur **„eigene“** Leistungen, und

- b. auch nur „**ähnliche**“, dh zum Leistungsinhalt vergleichbare Leistungen des Vertragspartners in der zukünftigen Werbung vorkommen.
2. Eine **Einwilligung** für die Zusendung von Werbebotschaften muss (auch den **Erfordernissen der DSGVO** entsprechen (Art 4 Z 11 DSGVO) und durch eine „eindeutige bestätigende Handlung“ erfolgen. Überdies muss sie vorab eingeholt werden und muss die Zusendung auch problemlos abgelehnt werden können (von einem „**Opt-Out**“ per E-Mail ist daher in Entsprechung dieser Judikatur abzuraten) – dies muss **direkt** im „Webshop“ oder unmittelbar **dort, wo auch der TKG-Direktwerbung-Hinweis gesetzt wird, möglich** sein.
- 

## Ablauf „Bestandskundenwerbung per elektronischer Post einschließlich SMS“ (ohne gesonderte Einwilligung)

**§ 174 (4) TKG** gestattet – unter gewissen, sehr beschränkten Voraussetzungen – einem Unternehmer / Organisation gegenüber seinen eigenen Kunden („Bestandskunden“) die Direktwerbung per elektronischer Post (E-Mail, sonstige elektronische Nachrichten) oder SMS (ohne Einwilligung)

1. für eigene Produkte / Dienstleistungen (des Unternehmens, mit dem der Kontakt besteht),
2. die dem (gekauften) Produkt / der (in Anspruch genommenen) Dienstleistung **ähnlich** sind,
3. wenn auf die **Ablehnungsmöglichkeit** klar und deutlich sowohl bei der Datenerhebung aufmerksam gemacht und bei jedem Versand eine Möglichkeit der Abmeldung / Ablehnung besteht,
4. und beim Versand die § 7 Abs 2 ECG Liste der RTR eingehalten wird.

Es handelt sich um eine Regelung aus dem **Telekommunikationsrecht**.

Aus **datenschutzrechtlicher Sicht** liegt dann mE keine „Einwilligung“ vor, sondern kann diese Direktwerbung auf das berechtigte Interesse iSd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO, nämlich Umsatzsteigerung durch Werbung bei Bestandskunden mit elektronischer Post einschließlich SMS gestützt werden. Es besteht ein **absolutes Widerspruchsrecht iSd Art 21 Abs 4 DSGVO** auf das hinweisen werden muss.

Eine **Datenschutzinformation** (auch für diese Art des Marketing) ist nötig; diese kann zB allgemein auf der Seite eines Webshop erfolgen, muss aber verlinkt werden, oder es kann auch eine eigene DS-Information „Bestandskundenmarketing“ verwendet werden.

Wenn **Marketing per Post** gemacht wird, ist **keine Einwilligung** nötig. Eine **Datenschutzinformation** (gem. Art 13 DSGVO – wenn es sich eigene Kunden / Interessenten handelt; gem. Art 14 DSGVO, wenn die Daten im Internet, aus öffentlichen Quellen recherchiert werden oder zugekauft werden) ist nötig. Das TKG ist nicht anwendbar. Für die Verarbeitungstätigkeit ist die Rechtsgrundlage das berechtigte Interesse – Umsatzsteigerung durch Werbung; es besteht ein absolutes Widerspruchsrecht der betroffenen Person, auf das hinzuweisen ist. Es darf keine „übermäßige Werbung“ gemacht werden, da ansonsten die Interessenabwägung zugunsten der betroffenen Person ausgeht.

Ein **Telefonanruf** ist ohne die vorherige Einwilligung unzulässig. (§ 174 Abs 1 TKG)

Dies gilt **B2B** und **B2C**!

(Beispiel für die Website / einen Webshop)

.....  
(E-Mail)

*Wir werden diese Angaben zur Zusendung von Werbung für weitere ähnliche oder Dienstleistungen unseres Hauses (berechtigtes Interesse iSd Art 6 Abs 1 lit f iVm ErwG 47 S 7 DSGVO) verwenden. Wenn Sie dies nicht wünschen, teilen Sie uns das bitte **mit** (Widerspruchsrecht, § 174 Abs 4 TKG).*

*Weitere Informationen zum Datenschutz finden Sie in unserer **Datenschutzinformation**.*

(gelb) = Link zur Ablehnung bzw. Widerspruch bzw. der DS-Info Webshop.