

# DATENSCHUTZ

## KONKRET

**Recht | Projekte | Lösungen**

Chefredaktion: Rainer Knyrim

### Entwurf Datenschutz-AnpassungsG

**DSG neu:  
Durchführungsgesetz zur DSGVO im Parlament!**

*Rainer Knyrim/Tobias Tretzmüller*

**Der gläserne Mitarbeiter ist schon Realität**

*Interview mit Eva Angerler, Abteilung Arbeit und Technik in der GPA-djp*

**Die Einwilligung des Arbeitnehmers**

*Wolfgang Goricnik*

**DSGVO: Rechte auf Löschung, Berichtigung,  
Einschränkung und Datenübertragbarkeit**

*Viktoria Haidinger*

**Steuerbescheid und behördliches Profiling**

*Tina Ehrke-Rabell/Elisabeth Hödl*

**Nachrichten von Non-Profit-Organisationen  
als unerwünschte Werbung?**

*Heidi Scheichenbauer*

**Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen (Teil I)**

*Tobias Tretzmüller*

Heidi Scheichenbauer

Heidi Scheichenbauer, Fundraising Verband Austria

## Nachrichten von Non-Profit-Organisationen als unerwünschte Werbung?

**Verhältnis des innerstaatlichen Werbebegriffs zur E-Privacy-Verordnung.** Die aktuellen Arbeiten an der E-Privacy-Verordnung, die zeitgleich mit der DSGVO in Kraft treten soll, werfen auch Fragestellungen bezüglich des Werbebegriffs der bestehenden und geplanten Regelungen auf. Der aktuelle innerstaatliche Werbebegriff, der auch Nachrichten von gemeinnützigen Einrichtungen oder Interessenvertretungen umfasst, findet keine Deckung in der derzeitigen europarechtlichen Grundlage. Der aktuelle Entwurf der E-Privacy-Verordnung könnte auf europäischer Ebene zu einer deutlichen Ausweitung des Werbebegriffs führen. Angesichts der drohenden Verschärfung der Geldbußen<sup>1</sup> ein guter Grund, um sich näher mit dem Thema zu beschäftigen.

### Aktuelle österr Rechtsgrundlage für Werbenachrichten

Während bis heute ungeklärt ist, ob Unternehmen eigene Kundendaten überhaupt ohne Zustimmung für Werbezwecke verwenden dürfen,<sup>2</sup> besteht zumindest bezüglich der Zulässigkeit von unerbetenen Anrufen, Fernkopien, elektronischen Nachrichten und SMS ein schärfer umrissener Rechtsrahmen. Während für postalische Zusendungen ein Opt-out-System besteht, sind gem § 107 Telekommunikationsgesetz (TKG)

- Anrufe (einschließlich des Sendens von Fernkopien) und die Versendung elekt-

ronischer Post (einschließlich SMS) zu Werbezwecken und

- die Versendung an mehr als 50 Empfänger ohne vorherige Einwilligung (Opt-in) des Teilnehmers unzulässig.

**Massensendungen müssen keinen Werbecharakter aufweisen, um den Tatbestand der „unerbetenen Nachricht“ zu erfüllen.**

Für bestehende Kundenbeziehungen bestehen gewisse Erleichterungen. So ist die vor-

herige Zustimmung des Empfängers bei der Zusendung von elektronischer Post nicht erforderlich, wenn der Absender der elektronischen Nachricht die **Kontaktinformation iZm dem Verkauf oder einer Dienstleistung** an seine Kunden erhalten hat und diese Nachricht zur **Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen** erfolgt. Der Empfänger muss jedoch klar und deutlich die Möglichkeit erhalten haben, der Nutzung der E-Mail-Adresse bei deren Erhebung und bei jeder Zusendung kostenfrei und problemlos abzuleh-

<sup>1</sup>Bis zu 10 Mio Euro. <sup>2</sup>Vgl Haidinger, Zustimmung und Werbung, Dako 2016, 16.

nen. Zudem darf der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein abgelehnt haben.<sup>3</sup> Für Werbeanrufe besteht diese Privilegierung jedoch nicht.

#### PRAXISTIPP

**Für die Einholung der Zustimmungserklärung hat sich ein zweistufiges System bewährt. Nach Eintragung in eine Abonnentenliste wird eine zweite Nachricht mit Bitte um Bestätigung an die angegebene E-Mail-Adresse gesendet.**

Dem Wortlaut nach scheint diese Bestimmung auf kommerzielle Aktivitäten zugeschnitten zu sein. In der Praxis stellt sich die Frage, ob auch nicht unternehmerisch tätige Einrichtungen, wie gemeinnützige Organisationen (aber auch Interessenvertretungen), von § 107 TKG erfasst werden.

#### Entwicklung der europarechtlichen innerstaatlichen Regelungen

Die Stammfassung der Bestimmung umfasste nur Anrufe und Fernkopien zu Werbezwecken.<sup>4</sup> Diese Bestimmung wurde auf Grundlage der 1. E-Privacy-Richtlinie<sup>5</sup> erlassen, welche Einschränkungen für die Zwecke des Direktmarketings festlegte. Wenn Kommunikation mittels Anrufautomaten oder durch Einsatz von Fernkopien erfolgte, wurde die vorherige Einwilligung des Teilnehmers angeordnet (Opt-in). Bei anderen Arten von (zB individualisierten) Anrufen wurde den Mitgliedstaaten die Wahlmöglichkeit gelassen, sich für ein Opt-in oder ein Opt-out-System (Anrufe sind so lange zulässig, bis herausoptiert wird) zu entscheiden. In Österreich implementierte man für Anrufe ein generelles Opt-in System.

Die Richtlinie enthielt keine Regelungen betreffend die Zusendung von elektronischen Nachrichten. Innerstaatlich wurde den erweiterten technischen Möglichkeiten dennoch bereits 1999 durch eine Änderung des § 101 TKG Rechnung getragen. Dabei wurde festgelegt, dass die Zusendung von elektronischer Post als **Massensendung oder zu Werbezwecken** der vorherigen Zustimmung des Empfängers bedarf.<sup>6</sup>

#### E-Privacy-RL 2002

Erst 2002 wurde auch der Schutz vor unerbetenen elektronischen Nachrichten auf europäischer Ebene durch die 2. E-Privacy-Richtlinie geregelt.<sup>7</sup> Die Zusendung **elektronischer Post für die Zwecke der Direkt-**

**werbung** ist ebenfalls nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer erlaubt.<sup>8</sup>

Wenn der Absender die E-Mail-Adresse vom Empfänger iZm dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung erhalten hat, darf er diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden. Diese **Erleichterung für bestehende Kundenbeziehungen** wurde in das TKG 2003 übernommen.<sup>9</sup> Innerstaatlich wurde die Differenzierung zwischen Werbenachrichten und Massensendungen beibehalten.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist dem Wortlaut nach jedenfalls auf unerbetene Nachrichten und Anrufe zum Zweck der Direktwerbung beschränkt. Die innerstaatliche Unterscheidung zwischen Massensendungen<sup>10</sup> und Nachrichten zu Werbezwecken in § 107 TKG fußt somit nicht auf der E-Privacy-RL.<sup>11</sup> Die restriktive innerstaatliche Sichtweise kann auch an der eigenen Schaffung von gesetzlichen Erlaubnisregelungen für die Übermittlung von Massensendungen an Mitglieder gesehen werden.<sup>12</sup>

#### Was ist unter Werbung zu verstehen?

Während der Begriff „Massensendung“ durch die Obergrenze von 50 Empfängern noch relativ leicht abzugrenzen ist, scheint die Abgrenzung des Begriffes „Werbung“ weniger einfach.

#### Die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail hindert die Qualifikation als Werbung nicht.

In keiner der E-Privacy-RL wurde näher ausgeführt, was unter Direktwerbung zu verstehen ist. Innerstaatlich wird der Werbebegriff breit ausgelegt. Bei der Interpretation des Begriffes „zu Werbezwecken“<sup>13</sup> hat sich der OGH ua an der RL über irreführende Werbung orientiert.<sup>14</sup> Als Werbung wird **jede Äußerung** bei der Ausübung eines Handelsgewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern, qualifiziert. Umfasst ist dabei auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruch-

nahme bestimmter Leistungen als Werbung eingestuft wurde.

Erfasst ist jedoch auch jede elektronische Post (und wohl auch jeder Anruf), mit der für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) geworben wird oder womit dafür Argumente geliefert werden.<sup>15</sup> Dieser breiten Auslegung ist auch der VwGH gefolgt, wie im Zuge der Wahlwerbung für die Kammerwahlen der WKO gesehen werden konnte.<sup>16</sup> Hier wurde das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mails durch einen Verein als Direktwerbung qualifiziert.<sup>17</sup> In der Praxis wurden zudem bereits telefonische Zufriedenheitsumfragen als Werbung eingestuft.

Angesichts der bisherigen Rsp liegt Werbung auch dann vor, wenn der Absender keine unmittelbare Gegenleistung anbietet, sondern (telefonisch oder elektronisch) die Ideen und Anliegen eines (gemeinnützigen) Vereins (oder anderer nicht gewinnorientierter Einrichtungen) bekannt machen will und/oder um ideelle oder materielle Unterstützung (Spenden) wirbt.<sup>18</sup>

#### ZUSAMMENFASSUNG

- **Anrufe (einschließlich Fernkopien) und elektronische Nachrichten (einschließlich SMS) erfordern die vorherige Einwilligung des Empfängers.**
- **Innerstaatlich wird der Werbebegriff aktuell breit ausgelegt. Auch die (telefonische oder elektronische) Werbung für bestimmte Ideen/Anliegen von NPOs und politischen Parteien werden als „Werbung“ angesehen.**
- **Auch die Gestaltung als Newsletter oder Informationsmail hindert die Qualifikation als Werbung nicht.**
- **Im Bereich der elektronischen Nachrichten, ist diese bei bestehenden Kundenbeziehungen nicht**

<sup>3</sup> Etwa durch den Eintrag in die Robinson-Liste. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. <sup>4</sup> § 101 TKG 1997 BGBl I 1997/100. <sup>5</sup> RL 97/66/EG, ABl L 1998/24. <sup>6</sup> Diese kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen und jederzeit widerrufen werden. <sup>7</sup> RL 2002/58/EG (E-Privacy-RL). <sup>8</sup> Ibid, Art 13. <sup>9</sup> Dabei müssen die Empfänger die Möglichkeit erhalten haben, die Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn die Nutzung nicht von vornherein abgelehnt wurde. <sup>10</sup> 2003 wurde festgelegt, dass Massensendungen vorliegen, wenn sie an mehr als 50 Empfänger versendet werden. <sup>11</sup> Siehe dazu auch 2064 BlgNR 20. GP. <sup>12</sup> Vgl dazu zB § 72 Abs 4 Wirtschaftskammergesetz. <sup>13</sup> Hier betreffend Anrufe zu Werbezwecken. <sup>14</sup> Art 2 RL 84/450/EWG, ABl L 1984/250, 17. <sup>15</sup> Ob168/09 w; 4 Ob13/13 k. <sup>16</sup> VwGH 2011/03/0198. <sup>17</sup> Ibid. Vgl auch Gerhartl, Schutz vor unerbetenen Nachrichten, ecolex, 2016, 732. <sup>18</sup> Ibid.

notwendigerweise erforderlich, unklar ist jedoch, ob diese Privilegierung – mangels Verkauf von Produkten oder Dienstleistungen auf NPOs überhaupt anwendbar ist; daher ist es empfehlenswert, auch hier zuvor eine Einwilligung einzuholen.

### Der Werbebegriff auf europäischer Ebene

In den ErwGr sämtlicher E-Privacy-RL wurde festgehalten, dass innerstaatliche Vorkehrungen getroffen werden sollten, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung zu schützen;<sup>19</sup> nähere Ausführungen, was unter den Begriff „Direktwerbung“ fällt, sind in den E-Privacy-RL nicht zu finden. Denkbar ist es hier bspw, den Werbebegriff der RL über irreführende Werbung zu verwenden. Dieser umfasst Maßnahmen, mit denen der Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gefördert werden soll.

Der Schutzzweck der E-Privacy-RL scheint jedenfalls nicht so weit zu reichen, dass auch Anrufe/Nachrichten zu anderen Zwecken als der Direktwerbung umfasst sind. Zweifelhaft erscheint somit, ob Nachrichten von NPOs bislang schon (unter Anwendung einer richtlinienkonformen Interpretation) vom Werbebegriff der RL umfasst waren.

Vielmehr lassen sich hier Anhaltspunkte dafür finden, dass das Gegenteil der Fall ist. So forderte der Rat der EU im Jahr 2002 zwar, dass die Anwerbung neuer Mitglieder, Spendenaktionen oder Aufrufe zur Wahlunterstützung unter den Begriff der Direktwerbung fallen sollten.<sup>20</sup> Diese Formulierung wurde jedoch in weiterer Folge vom Europäischen Parlament wieder verworfen und fand auch keinen Einzug in die E-Privacy-RL.<sup>21</sup>

Als Begründung für die Streichung wurde ua vorgebracht, dass die Unterscheidung zwischen diesen Maßnahmen der Direktwerbung und anderen Tätigkeiten (zB Meinungsäußerungen) künstlich ist, da die genannten Tätigkeiten geradezu zum Wesen der erwähnten Organisationen gehören.<sup>22</sup> Auch der Werbebegriff der RL über irreführende Werbung stützt diese Sichtweise.

### ZUSAMMENFASSUNG

**Anrufe und elektronische Post mit Nichtwerbecharakter scheinen nicht vom Anwendungsbereich der E-Privacy-RL erfasst zu sein und sind (nach richtlinienkonformer Auslegung) innerstaatlich nur dann von § 107 TKG erfasst, wenn es sich um elektronische Massensendungen an mehr als 50 Empfänger handelt.**<sup>23</sup>

### Ausblick E-Privacy-Verordnung

Der aktuelle Entwurf der E-Privacy-Verordnung geht von einem wesentlich breiteren Werbebegriff aus. So wird im ErwGr 32 festgehalten, dass Nachrichten, die von Organisationen ohne Erwerbszweck übermittelt werden, um „die Zwecke ihrer Organisation zu fördern“, vom Begriff der Direktwerbung umfasst sein sollen.

Die Artikel-29-Gruppe hat als ein die Europäische Kommission „beratendes Gremium“ diesbezüglich bereits empfohlen, dass der Verordnungstext sprachlich angepasst werden sollte. Sie führt diesbezüglich aus, dass „direct marketing provisions apply equally to non-commercial promotional activities (e.g. of charities or political parties)“.<sup>24</sup>

## Zum Thema

### Über die Autorin

Dr. Heidi Scheichenbauer ist Referentin für Recht und Steuern beim Fundraising Verband Austria; E-Mail: heidi.scheichenbauer@fundraising.at

### HINWEIS

Sollte der Entwurfstext in der aktuellen Version (mitsamt Erwägungsgrund 32 beschlossen werden) bzw der Empfehlung der Artikel-29-Gruppe gefolgt werden, würde dies eine Erweiterung des Werbebegriffs zur Folge haben. Ein „Vorteil“ bestünde jedoch darin, dass erstmalig eine ausdrückliche Festlegung erfolgen würde, dass auch nicht vertriebsorientierte Einrichtungen/NPOs frühere Unterstützer rechtlich abgesichert elektronisch kontaktieren dürfen; dies war durch die Formulierung des § 107 TKG unklar.

Dako 2017/37

<sup>19</sup> ErwGr 40 DatenschutzRL 2002/58/EG. <sup>20</sup> Vgl ErwGr 44: „Von politischen, wohltätigen oder sonstigen Organisationen durchgeführte Direktwerbung, zB Anwerbung neuer Mitglieder, Spendenaktionen oder Aufrufe zur Wahlunterstützung, fallen unter den Begriff der Direktwerbung im Sinne der RL 95/46/EG. Nachrichten politischer oder anderer Organisationen zu anderen Zwecken als Direktwerbung, zB Meinungsäußerungen, werden nicht von den unerbetene Nachrichten betreffenden Bestimmungen dieser RL abgedeckt.“ Gemeinsamer Standpunkt (EG) 26/2002 vom 28. 1. 2002, ABl C 113 E. <sup>21</sup> RL 2002/58/EG, ABl L 201/2002. <sup>22</sup> Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der RL des EP und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (15396/2/2001 C5-0035/2002 2000/0189[COD]); Standpunkt des EP festgelegt in zweiter Lesung am 30. 5. 2002 im Hinblick auf den Erlass der RL 2002/58/EG des EP und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (2000/0189 [COD] – PE2); Kerschischinig, Spamming, Unerwünschte elektronische Kommunikation (2002) 28. <sup>23</sup> AA Steinmaurer, der davon ausgeht, dass nicht nur kommerzielle Werbung von der Regelung erfasst ist sondern auch Anrufe und Faxsendungen von Non-Profit-Organisationen unter den Anwendungsbereich des § 107 Abs 1 TKG 2003 fallen; Steinmaurer, Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, in Feiler/Raschofer (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis, Praxischrift für Wolfgang Zankl (2009) 882. <sup>24</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 01/2017 on the Proposed Regulation for the ePrivacy Regulation (2002/58/EC).