

# Aktuelle Rechtsfragen des Mobile Business

*Markus Fallenböck*

*evolaris Privatstiftung  
A-8010 Graz, Hugo-Wolf-Gasse 8  
markus.fallenboeck@evolaris.net*

**Schlagnote:** Mobile Business, Mobilfunkdienste, Mobile Commerce, Location Based Services, Datenschutz, Standortdaten, Werbe-SMS

**Abstract:** Durch Mobile Business werden interessante Rechtsfragen aufgeworfen, deren Klärung für das Vertrauen der Marktteilnehmer und deren Investitionsbereitschaft von großer Bedeutung ist. Im Bereich der Location Based Services ergeben sich insbesondere datenschutzrechtliche Fragen zur Verwendbarkeit von Standortdaten sowie Probleme rund um die rechtliche Zulässigkeit von Werbe-SMS. Zentraler Punkt in beiden Bereichen sind Form und Reichweite der Zustimmung durch den Nutzer.

## 1. Rechtsfragen des Mobile Business: ein Überblick

Unter Mobile Business (im Folgenden M-Business) sind allgemein kommerzielle Transaktionen zu verstehen, die über mobile Endgeräte abgewickelt werden. M-Business ist damit das Dach für eine Reihe von mobilen Diensten, durch die auch interessante rechtliche Fragen aufgeworfen werden. Insbesondere sind hier zu nennen:

*Mobile Content:* Darunter versteht man das kostenpflichtige Angebot von verschiedenen Inhalten (Klingeltöne, Logos, Musikdateien, Videos etc) für mobile Endgeräte, im Besonderen für Handys. Hierbei entstehen eine Reihe interessanter Rechtsprobleme, die vorrangig den urheberrechtlichen Bereich betreffen. Diese beziehen sich etwa auf die Frage der neuen Nutzungsart durch Handy-Dienste, der Bearbeitung oder der Befugnisse der Verwertungsgesellschaften.<sup>1</sup> Daneben können sich auch interessante Haftungsfragen stellen, bei denen etwa die Bestimmungen des ECG zum Tragen kommen können.

*Mobile Commerce:* Der sog M-Commerce bezeichnet in einem engeren Sinn den Handel mit Waren und Dienstleistungen mittels mobiler End-

---

<sup>1</sup> Beispielhaft hierfür OLG Hamburg 4.2.2002, CR 2002, 578; siehe in der Literatur: Dittich, *ecolex* 2002, 892; Lichtenberger/Stockinger, *MR* 2002, 95; Thiele, *ecolex* 2002, 594.

geräte. Dabei können etwa Musik-CDs oder Konzerttickets über das Handy bezogen werden. Im Wesentlichen stellen sich hier Fragen der Anwendung des ECG bzw der Fernabsatzbestimmungen des KSchG sowie nach der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).<sup>2</sup>

*Location Based Services (LBS)*: Unter LBS werden eine Gruppe von Diensten verstanden, mit denen die Nutzer abhängig von deren Standort versorgt werden. Hierbei ergeben sich rechtliche Probleme im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Behandlung von Standortdaten sowie die Zulässigkeit des Einsatzes von SMS.<sup>3</sup>

Letztlich müssen all diese Dienste bzw die darüber bezogenen Waren und Dienstleistungen auch verrechnet und bezahlt werden. Dies soll durch *Mobile Payment* unterstützt werden, bei dem sich spezifisch bankrechtliche sowie haftungsrechtliche Probleme ergeben können.<sup>4</sup>

Im vorgegebenen Rahmen kann an dieser Stelle nur ein Überblick gegeben und auf weiterführende Literatur verwiesen werden. Ausführlicher soll jedoch im Folgenden auf die Rechtsfragen bei LBS eingegangen werden.

## **2. Location Based Services: eine kurze Einführung**

Die denkbaren Anwendungsmöglichkeiten für LBS sind vielfältig<sup>5</sup>: Die Nutzer können durch LBS mit Werbung von Geschäften versorgt werden, in deren unmittelbarer Nähe sie sich befinden (sog Location Based Advertising). LBS sind die Basis verschiedenster Informations- und Suchdienste und ermöglichen so die ortsbezogene Suche nach Restaurants, Hotels, Tankstellen, Bankomaten etc. Auch Informationen über die Verkehrslage, Wegbeschreibungen, Stadtpläne oder etwa Verkehrsleitsystemen können angeboten werden. Ein wichtiger Anwendungsbereich ist auch die „Find a friend“-Funktion, bei welcher der Standort von anderen Personen ermittelt werden kann.

Technologisch muss unterschieden werden, ob es sich um Push-Dienste (Erhalt von SMS) oder um Pull-Dienste (WAP)<sup>6</sup> handelt. Dies beeinflusst vor allem die Beurteilung nach TKG bzw ECG.

<sup>2</sup> Vgl hierzu *Haberler*, WBI 2003 (im Erscheinen); *Ranke*, MMR 2002, 509.

<sup>3</sup> Vgl dazu *Fallenböck*, MR 2002, 182; *Hellmich*, MMR 2002, 152; *Jahnel*, WBI 2003, 108; *Lechner* in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002) 347; *Schrey/Meister*, K&R 2002, 177.

<sup>4</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Krassnigg* in diesem Band.

<sup>5</sup> Vgl dazu eingehender *Fallenböck*, MR 2002, 182f; *Schrey/Meister*, K&R 2002, 177ff.

<sup>6</sup> Dabei wird zunächst das WAP-Portal angesteuert. Darin befinden sich dann zum Teil Informationsangebote, die standortabhängig sind. Wird so ein Angebot – etwa ein „Taxi-

## 3. Datenschutzrechtliche Fragen

### 3.1. Rechtslage nach dem TKG

Werden im Rahmen von LBS personenbezogene Daten verwendet, dann ergibt sich daraus primär die datenschutzrechtliche Frage nach der Behandlung von Standortdaten. Diese sind im österreichischen Recht bisher nicht explizit geregelt, womit fraglich ist, ob und wie diese Daten etwa in das Schema der §§ 91ff TKG einzuordnen sind. Eine Antwort darauf ist entscheidend dafür, in welcher Form diese Daten im Dreiecksverhältnis zwischen Nutzer, Netzbetreiber und LBS-Anbieter ermittelt, verarbeitet und gespeichert werden dürfen. Dabei ist in der Rechtslage nach dem TKG 1997 davon auszugehen, dass Standortdaten unter Vermittlungsdaten iSd § 93 TKG subsumiert werden können. Da das TKG Mitte 2003 durch das sog Kommunikationsgesetz (KIG)<sup>7</sup> ersetzt werden soll, wird an dieser Stelle für die Rechtslage nach dem TKG nur auf weiterführende Literatur verwiesen.<sup>8</sup>

### 3.2. Neue Rechtslage

Eine Änderung/Ergänzung der österreichischen Rechtslage zur Verwendung von Standortdaten wird durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben notwendig. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>9</sup> regelt diesen Bereich und ist damit gerade für LBS von besonderer Bedeutung.

Der DSRL-eK unterscheidet in Art 2 zwischen Verkehrs- und Standortdaten. Während die Verkehrsdaten im wesentlichen den Vermittlungsdaten iSd § 93 TKG entsprechen, werden die Standortdaten erstmals erfasst. Die DSRL-eK definiert diese als jene Daten, die in einem elektronischen Kommunikationsnetz verarbeitet werden und den geografischen Standort des Endgeräts eines Nutzers angeben. Weiter findet sich in Art 2 lit g eine Definition der sog Dienste mit Zusatznutzen. Das sind jene Dienste, welche die Bearbeitung von Verkehrsdaten oder anderer Standortdaten als Verkehrsdaten in einem Maße erfordern, welches über das für die Über-

---

Suchdienst“ – angeklickt, so ortet das Netz den Nutzer und fügt dessen Koordinaten dem WAP-Aufruf des Taxidienstes bei. Dies ist ein Beispiel für einen einfachen, bereits angebotenen WAP-basierten LBS.

<sup>7</sup> Dazu liegt ein Ministerialentwurf vor: 356/ME 21. GP; Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf diesen KIG-Entwurf.

<sup>8</sup> *Fallenböck*, MR 2002, 184.

<sup>9</sup> Richtlinie 2002/58/EG vom 12.7.2002, ABl 2002 L 201/37, im Folgenden kurz DSRL-eK; dazu näher *Jahnel*, WBl 2003, 108; *Lachmair*, RdW 2003/3; *Ohlenburg*, MMR 2003, 82. Die Richtlinie ist bis 31.10.2003 in das nationale Recht umzusetzen.

mittlung einer Nachricht oder die Verrechnung dieses Vorgangs erforderliche Maß hinausgeht.<sup>10</sup> Unter diese Kategorie werden wohl die meisten LBS fallen, da selbst bestehende einfache Dienste für das Handy, die nur die Zellinformation als „Abfallprodukt“ der Funkverbindung nutzen, dennoch diese Daten zu einer weitergehenden Bearbeitung benötigen.

Nach Art 9 Abs 1 DSRL-eK dürfen Standortdaten zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und innerhalb des dazu erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden, sofern die Daten anonymisiert wurden oder der Nutzer (vorher) seine Zustimmung gegeben hat. Der Diensteanbieter muss den Nutzer vor Einholung seiner Zustimmung mitteilen, welche Arten von Standortdaten als Verkehrsdaten verarbeitet werden, für welche Zwecke und wie lange das geschieht, und ob die Daten zum Zwecke der Bereitstellung des Dienstes an einen Dritten weitergegeben werden. Der Nutzer hat die Möglichkeit, seine Zustimmung zur Verarbeitung jederzeit zurückzuziehen. Diese Verpflichtung trifft den Diensteanbieter, wobei die Richtlinie damit den unmittelbaren Vertragspartner des Nutzers meint und nicht zwischen LBS-Anbieter und Netzbetreiber unterscheidet.<sup>11</sup> Gemäß Art 9 Abs 2 müssen die Nutzer auch die Möglichkeit haben, ihre Standortdaten zeitweise zu unterdrücken, ähnlich der Bestimmung über die Rufnummernunterdrückung in Art 8.

Damit steht und fällt alles mit den Anforderungen an die Zustimmungserteilung durch den Nutzer. Diese ist in der DSRL-eK nicht näher geregelt. In Erwägungsgrund 17 wird auf die allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG verwiesen. Die Einwilligung kann in jeder geeigneten Weise gegeben werden, wodurch der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt. Werden LBS an Ort und Stelle angeboten und in Anspruch genommen, so sollte – um die Bedienungsfreundlichkeit zu erhalten – die Einwilligung möglichst einfach erfolgen können. Einige Betreiber gehen etwa so vor, dass bei Aufruf eines LBS der Nutzer vorher per Textmeldung gefragt wird, ob er eine Übertragung seiner Standortdaten zulassen möchte. Da auch dies relativ umständlich ist, muss eine entsprechend flexible Lösung über „Pauschaleinwilligungen“ bei Abschluss des Vertrages möglich sein.<sup>12</sup> Dabei bestünde die Möglichkeit, LBS gleichsam zu abonnieren und nicht im Einzelfall nach Bedarf zu erhalten. Bei einem Abonnement wird im vorhinein festgelegt, welche Dienste für den Nutzer von Belang sein können. Dabei wird das Erfordernis einer Einwilligung „für den konkreten Fall“ sicherlich dann erfüllt, wenn der Nutzer bestimmte Service-Kategorien auswählen kann bzw dritte LBS-Anbieter

---

<sup>10</sup> Nach Erwägungsgrund 18 fallen darunter etwa Navigationshilfen, Verkehrsinformationen, Wettervorhersagen oder touristische Informationen.

<sup>11</sup> Vgl *Hellmich*, MMR 2002, 156.

<sup>12</sup> So auch *Ohlenburg*, MMR 2003, 86.

(neben dem Netzbetreiber) namentlich genannt sind. Diese Option trifft jedoch bei einer Vielzahl von LBS-Anbietern, die mit einem Netzbetreiber kooperieren und ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Nutzer haben, an gewisse Grenzen.<sup>13</sup>

Im KIG-Entwurf sind Standortdaten zwar in § 92 Abs 3 Z 7 definiert, ansonsten finden sich diese jedoch nur mehr in § 98 des Entwurfs, wo es um Auskünfte an Betreiber von Notrufdiensten geht. Hier gilt es also noch, die Bestimmungen der DSRL-eK umzusetzen, wobei in Bezug auf die Einwilligungserfordernisse möglichst flexible Regelungen zu suchen sind, um LBS überhaupt sinnvoll anbieten zu können (siehe etwa oben die Bedeutung von „Pauschaleinwilligungen“).

## 4. Rechtliche Fragen zum SMS-Einsatz

### 4.1. Bisherige Rechtslage

Bei LBS kommt es auch zum standortbezogenen Einsatz von Push-Diensten, etwa durch das Versenden von SMS (oder MMS) an den Nutzer. Besondere rechtliche Fragen ergeben sich vor allem dann, wenn Werbebotschaften an den Nutzer versendet werden. Daraus resultiert eine Problematik, die in vergleichbarer Weise bereits im Zusammenhang mit unverlangt zugesandter E-Mail-Werbung (sog „Spamming“) eingehend diskutiert wird.<sup>14</sup>

In der geltenden Rechtslage stellt sich die Frage, ob das Verbot des § 101 TKG auch für Werbe- bzw Massen-SMS zur Anwendung kommt, insbesondere also, ob unter elektronischer Post iSd § 101 letzter Satz TKG ausschließlich E-Mails zu verstehen sind, oder ob auch SMS erfasst sind. Drei Argumente sprechen mE bei der geltenden Rechtslage gegen ein Einbeziehen von SMS unter § 101 TKG.<sup>15</sup> 1. Historische Interpretation: § 101 letzter Satz TKG wurde im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Fernabsatzgesetzes diskutiert und verabschiedet<sup>16</sup>, wobei zum damaligen Zeitpunkt der Auslöser die Problematik um E-Mail-Spamming war. 2. Systematische Interpretation: Auch andere Gesetze unterscheiden zwischen

<sup>13</sup> Vgl *Hellmich*, MMR 2002, 156, die darauf hinweist, dass eine solche Zustimmung mangels Bestimmtheit der Datenverarbeitungstatbestände möglicherweise unwirksam wäre, da der Nutzer nicht ausreichend den konkreten Zweck erkennen könne.

<sup>14</sup> Dazu eingehend *Haberler/Kerschischnig*, WBI 2002, 533 mwN.

<sup>15</sup> AA *Kilches* in Anm zur E in MR 2002, 420; auch *Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht (2002) 137; siehe auch UVS Steiermark 29.3.2002, MR 2002, 420, der sich offensichtlich auf das Verbot in § 101 erster Satz TKG stützt, weil mit SMS zu einem Anruf aufgefordert wird. Diese Argumentation ist jedoch faktisch wie rechtlich gewunden.

<sup>16</sup> BGBl I 1999/188.

elektronischer Post und SMS. Dies lässt sich bei § 7 Abs 1 ECG zeigen, in dem ebenfalls der Begriff der elektronischen Post gewählt wurde. Das ECG unterscheidet zwischen elektronischer Post und vergleichbaren individuellen Kommunikationsmitteln (zB SMS). § 7 ECG bezieht sich auf elektronische Post und eben nicht auf vergleichbare individuelle Kommunikationsmittel. 3. Analogieverbot: In Verbindung mit der Verwaltungsstrafbestimmung in § 104 Abs 3 Z 24 TKG gerät eine extensive Interpretation überdies mit dem Analogieverbot in Konflikt, das eine restriktive Auslegung von verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften vorschreibt. Eine weitere Diskussion erübrigt sich jedoch, da diese Frage durch die DSRL-eK geklärt wird (siehe unten). Hinzu kommt, dass selbst wenn eine Anwendung des § 101 TKG auf Werbe-SMS verneint wird, gegen diese angesichts der bisherigen Rechtsprechung des OGH mit Unterlassungs- und Schadenersatzklagen (§§ 16, 354 ABGB, § 1 UWG) vorgegangen werden kann.

## 4.2. Neue Rechtslage

Nach der bis dato uneinheitlichen Behandlung von unerbetenen Nachrichten in den EG-Mitgliedstaaten wird dieser Bereich durch Art 13 DSRL-eK weiter harmonisiert. Danach darf EG-weit die Verwendung von automatischen Anrufsystemen (Voice-Mail-Systemen), Faxgeräten oder elektronischer Post (einschließlich SMS)<sup>17</sup> für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Nutzer gestattet werden. Interessant ist, dass diese Regelung im Gegensatz zu § 101 TKG nur gegenüber natürlichen Personen gilt.<sup>18</sup>

Wie schon bei den Standortdaten so hängt auch beim Einsatz von Werbe-SMS alles an der Ausgestaltung und Reichweite der Zustimmung des Nutzers. Schon für den Bereich der E-Mail-Werbung wurde iZm § 101 TKG diskutiert, wie eine (ausdrückliche) Zustimmung ausgestaltet sein muss und ob auch eine schlüssige Zustimmung ausreicht (wovon mE nach auszugehen ist).<sup>19</sup> Art 13 Abs 2 DSRL-eK bringt hier nun eine erste Klärung, die eine klare Erleichterung für die Anbieter mit sich bringt. Danach dürfen diese die elektronische Kontaktinformation (E-Mail-Adresse, Handynummer etc), die sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung erhalten haben, zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden. Dies setzt voraus, dass die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit

<sup>17</sup> Siehe Erwägungsgrund 40.

<sup>18</sup> Zu den Auswirkungen der Unterscheidung in natürliche und juristische Personen vgl *Stomper*, SWK 2002, W 91.

<sup>19</sup> Siehe *Haberler/Kerschischinig*, WBl 2002, 533ff mwN.

erhalten, eine solche Nutzung ihrer Daten bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen.

Die Vorgaben der DSRL-eK wurden in § 106 KIG-Entwurf teilweise berücksichtigt, in einigen Punkten besteht jedoch noch Anpassungsbedarf. Die im Entwurf vorgesehenen wesentlichen Neuerungen sind die Einschränkung des Spam-Verbots auf Werbe- und Massensendungen (per E-Mail oder SMS) ohne Zustimmung des *Verbrauchers*<sup>20</sup>, das Verbot von anonymisierten Werbesendungen und die Regelung eines Zustimmungsszenarios. In § 106 Abs 2 wird dazu bestimmt, dass eine Zustimmung nicht erforderlich ist, wenn die Kontaktinformationen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung gesammelt wurden. Schon aus den Vorgaben der DSRL-eK wird deutlich, dass ein konkreter Vertragsabschluss nicht erforderlich ist.<sup>21</sup> Der Begriff der „Geschäftsbeziehung“ umfasst daher auch die bloße Vertragsanbahnung. Die dabei erlangten Kundendaten dürfen später weiter verwendet werden. Allgemein sind zwei Einschränkungen zu beachten: die Direktwerbung darf nur für ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgen und der Nutzer muss die Zusendung jederzeit ablehnen können.

## 5. Zusammenfassung

Bei der Klärung der rechtlichen Fragen rund um die Verwendung von Standortdaten sowie die Zulässigkeit von Werbe-SMS kommt der Form und Reichweite der Zustimmung durch den Nutzer eine zentrale Funktion zu. Dabei muss ein Ausgleich zwischen den Interessen von Nutzern und Anbietern getroffen werden. Dem Bedürfnis der Nutzer nach Schutz ihrer Daten sowie ihrer Privatsphäre wird durch die informierte Zustimmung vor Aufnahme des Dienstes Rechnung getragen. Doch muss auch das Interesse der Anbieter Berücksichtigung finden, entsprechende Services benutzerfreundlich und mit vertretbaren Kosten realisieren zu können. Daher dürfen die Anforderungen an die Einwilligung nicht überspannt werden. Dem kann etwa durch die oben skizzierte „Abonnementlösung“ für LBS entsprochen werden, die auch die (beschränkten) technischen Möglichkeiten des M-Business berücksichtigt. Der Nutzer wird durch seine vorherige Einwilligung geschützt, er muss aber dann auch als mündiger „Kon-

<sup>20</sup> Die Einschränkung auf Verbraucher wird als richtlinienwidrig kritisiert: *Jahnel*, WBl 2003, 109; auch *Stomper*, SWK 2002, W 92. Das von *Stomper* weiters verwendete Argument, dass die Erkennbarkeit der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft schwierig sei und daher zur Rechtsunsicherheit beitrage, ist nicht überzeugend. Das KSchG – auch die thematisch verwandten Fernabsatzbestimmungen darin – beruht auf dieser Unterscheidung, mit der die Rechtspraxis seit 1979 gut zurecht kommt. Gerade im Bereich der E-Mail bzw SMS-Werbung können unterschiedliche Schutzinteressen von Unternehmern und Verbrauchern wohl nicht ganz gelegnet werden.

<sup>21</sup> So auch *Ohlenburg*, MMR 2003, 84.

sument“ eine entsprechende Reichweite (etwa für eine Service-Kategorie) und Flexibilität akzeptieren. Dass diese vom europäischen Richtliniengeber auch an anderer Stelle vom Nutzer gefordert wird, ergibt sich aus Art 13 Abs 2 DSRL-eK. Danach muss nicht immer eine ausdrückliche Zustimmung zum Erhalt von Werbe-Mails oder Werbe-SMS vorliegen, wenn damit in einer Geschäftsbeziehung jeder vernünftige Kunde ohnehin rechnet. Eine zu enge Anwendung der Zustimmungspflicht ist nicht nur eine Entmündigung des Nutzers, sondern wird viele zukünftige Services mit Mehrwert gleich im Keim ersticken.