

Mobile Marketing: Rechtliche Chancen und Risiken

Markus Fallenböck

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

Schlagworte: Mobile Business, Mobile Marketing, Mobilfunkdienste, Location Based Services, Standortdaten, Werbe-SMS, SMS-Gewinnspiel

Abstract: Durch das seit August 2003 in Kraft befindliche neue Telekommunikationsgesetz (TKG 2003) ergeben sich geänderte Rahmenbedingungen für Mobile Marketing. Da es noch keine gefestigte Rechtsprechung der Gerichte gibt und der Mobilfunkbereich stetigen Innovationen unterworfen ist, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Der folgende Beitrag versucht, ausgewählte Fragen zu beantworten.

1. Einleitung

Mobile Marketing – als Teilgebiet des Mobile Business – bezeichnet alle Formen der kommerziellen Kommunikation über mobile Endgeräte.¹ Die Erscheinungsformen von Mobile Marketing können dabei vielfältig sein: von einfachen Werbebotschaften per SMS oder mobilen Gutscheinen (sog Couponing), über SMS und WAP-basierte Gewinnspiele bis zu standortbasierter Werbung, die in ein mobiles Services integriert ist.² So wäre es etwa denkbar, im Rahmen von Parkscheinbuchungen mittels Mobiltelefon (sog Handy-Parken) in die Bestätigungs-SMS standortbezogen Werbebotschaften zu integrieren. Grundsätzlich ist es technisch bei vielen mobilen Services einfach, in den jeweiligen Nutzungsdialog verschiedene Werbe-Nachrichten einzubauen oder unter Verwendung der beim jeweiligen Service gewonnenen Mobilfunknummern direkte SMS-Kampagnen zu starten.

¹ Für Überblick und rechtliche Fragen des Mobile Business vgl *Fallenböck*, Aktuelle Rechtsfragen des Mobile Business, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer/Liebwald* (Hrsg), Zwischen Rechtstheorie und e-Government (2003), 429.

² Mobile Marketing kann über verschiedene technische Möglichkeiten realisiert werden: per SMS, MMS, WAP-push oder auf entsprechende Endgeräte mit E-Mail-Nachrichten. Im Folgenden wird der Einfachheit halber nur auf SMS-Werbung Bezug genommen, die rechtlichen Überlegungen gelten jedoch idR unabhängig von der verwendeten Technik.

Die Vorteile des Mobile Marketing liegen dabei auf der Hand: Neben einer kostengünstigen Versendung ist es die Möglichkeit, den Nutzer direkt und zum Teil in einer konkreten Situation anzusprechen. Selbst ohne den Einsatz von Location Based Services³ weiß man etwa beim Handy-Parken über die Uhrzeit sowie den konkreten Kontext des Nutzers (Parkplatzsuche in einer bestimmten Stadt) Bescheid und kann ihn so gezielt ansprechen. Die übliche Verwendung des Mobiltelefons nur durch eine Person ergibt weiters ein hohes Personalisierungspotenzial.

Es ist daher nicht überraschend, dass Mobile Marketing eine äußerst effiziente Werbeform darstellt. Studien des britischen Mobile Marketing Unternehmens *enpocket* haben für SMS-Kampagnen eine durchschnittliche Reponse-Rate von 15% ermittelt, die erfolgreichsten Kampagnen erreichten sogar 46%. Für die nächsten zwei Jahren wird ein stark wachsender Markt für SMS-Marketing erwartet. Eine aktuelle Forrester-Studie geht von einem bis 2005 wachsenden Markt aus, in dem sich die Ausgaben pro Kampagne im Schnitt verdoppeln werden.⁴

Somit ist es nicht überraschend, dass immer mehr Unternehmen diese Form der direkten Kundenansprache für eine große Palette von Aktionen benutzen. Wie schon im Bereich der E-Mail-Werbung stellt sich nun auch für Mobile Marketing die Frage, welche rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten sind.

Durch das seit August 2003 in Kraft befindliche neue Telekommunikationsgesetz – TKG 2003⁵ – ergeben sich geänderte Rahmenbedingungen. Da es noch keine gefestigte Rechtsprechung der Gerichte gibt und der Mobilfunkbereich stetigen Innovationen unterworfen ist, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Daher sollte man gerade in dieser Phase bei der Konzeption von Kampagnen die rechtlichen Umstände besonders genau prüfen.

2. Die Vorgaben von § 107 TKG

2.1. Übersicht

Die zentrale Bestimmung ist § 107 Abs 2 – Abs 6 TKG. Hier wird zunächst bestimmt, dass die Zusendung elektronischer Post – einschließlich SMS – an Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig ist, wenn

³ Zur Funktion und rechtlichen Beurteilung von LBS siehe *Fallenböck in Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer/Liebwald* (Hrsg), *Zwischen Rechtstheorie und e-Government*, 430ff.

⁴ *Forrester*, *SMS Marketing: Still Two Years from Its Peak*, August 2003.

⁵ BGBl I 2003/70; zum TKG 2003 vgl etwa *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004)*; *Zanger/Schöll*, *Telekommunikationsgesetz*² (2004).

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

Eine vorherige Zustimmung für Werbe- bzw Massensendungen im Mobile Marketing ist dann nicht notwendig, wenn

- der Absender 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 und
- der Kunde die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der Kontaktinformation bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Werbemaßnahmen im Mobile Marketing, die an Unternehmer adressiert sind, sind auch ohne vorherige Einwilligung zulässig, wenn der Empfänger in der Werbnachricht ausdrücklich die Möglichkeit erhält, den Empfang weiterer Nachrichten abzulehnen.

Jedenfalls ist die Zusendung verboten, wenn der Absender seine Identität verschleiert oder verheimlicht.

2.2. Einzelfragen

Im Unterschied zu § 101 TKG 1997 regelt § 107 TKG 2003 nun ausdrücklich, dass auch SMS unter elektronische Post fallen. Es ist davon auszugehen, dass auch technische Weiterentwicklungen wie enhanced SMS sowie MMS von § 107 TKG erfasst sind.⁶ Damit spielt diese Norm für Mobile Marketing eine zentrale Rolle.

Der Begriff der Direktwerbung wirft im Bereich von Mobile Marketing besondere Fragen auf. Sehr oft werden hier Gewinnspiele in Form eines sog SMS-Quiz durchgeführt.⁷ Gemäß den Erläuternden Bemerkungen⁸ ist von einem sehr weiten Werbebegriff auszugehen, dem gemäß jeder Inhalt, der für ein Produkt wirbt oder Argumente liefert, davon umfasst ist. Dies führt dazu, dass auch ein SMS-Quiz als Direktwerbung einzustufen ist. Dies gilt umso mehr, wenn etwa Couponing-Aktionen verknüpft werden, wo eine spezielle Aktion ausgelobt wird, bei welcher der Nutzer unter Vorweis der SMS in einem bestimmten Zeitraum ein Produkt zu einem redu-

⁶ So auch *Mosing/Otto*, Spamming neu! MR 2003, 267.

⁷ Die konkrete Ausgestaltung ist dabei unterschiedlich. Zum Teil muss der Kunde Fragen zu bestimmten Produkten des Werbenden beantworten („Wieviel kostet Produkt X?“), zum Teil sind es allgemeine Fragen (etwa im Bereich Sport), deren Antwort der Nutzer per SMS sendet.

⁸ RV 128 BlgNR 22. GP.

zierten Preis erhält. Nicht unter den Begriff der Direktwerbung fallen jedoch reine Informationsdienste, etwa im Rahmen der Mitgliedschaft zu einem Kundenclub oder Nachrichten, in denen etwa ein Hersteller eine Rückrufaktion für ein defektes Produkt bekannt gibt.

§ 107 TKG verbietet das Versenden von Werbe-SMS ohne vorherige Einwilligung nur an Verbraucher im Sinne des KSchG (also im business-to-consumer Bereich). Das bedeutet, dass an Geschäftskunden (business-to-business) Werbe-SMS auch ohne vorherige Einwilligung gesendet werden können. Damit ist allerdings nicht allzu viel gewonnen, da Mobile Marketing an Unternehmen keine allzu große Rolle spielt, und sehr oft unklar ist, ob der Empfänger der SMS-Werbung nun Verbraucher oder Unternehmer ist.

Eine wesentliche Erweiterung des Handlungsspielraumes im business-to-consumer Bereich ergibt sich aus § 107 Abs 3 TKG 2003. Eine vorherige Zustimmung ist nicht erforderlich, wenn das Unternehmen, das die Werbe-SMS versendet (oder versenden lässt), dies zur Bewerbung von eigenen ähnlichen Produkten oder Dienstleistungen an bestehende Kunden einsetzt. Das heißt, dass etwa ein Mobilfunkanbieter auch ohne Zustimmung Werbe-SMS mit Marketing für seine Mobilfunkdienste versenden darf. Umgekehrt darf jedoch eine große Lebensmittelkette, die auch Heimwerkerprodukte vertreibt, für diesen Bereich keine Werbung an die Mitglieder ihres „Kochklubs“ versenden. Der Kunde muss in jedem Fall bereits bei der Registrierung und zusätzlich bei jeder Werbe-SMS die Möglichkeit haben, das Zusenden von Werbebotschaften kostenfrei abzulehnen.

Kommt die Bestimmung des § 107 Abs 3 TKG nicht zur Anwendung, dann gilt, dass SMS mit werbendem Inhalt grundsätzlich nur nach eingeholter Zustimmung des Nutzers versendet werden dürfen. Wie kommt man nun zu dieser Zustimmung? Im Zuge von Mobile Marketing kommt es sehr oft zu einer vorherigen Registrierung (etwa bei einem Kunden-Klub). Diese kann etwa durch Ausfüllen einer Teilnahmekarte oder durch Anmeldung im Internet erfolgen. Der Kunde klickt eine Zustimmungserklärung an und erlaubt damit die Zusendung von Werbe-SMS. Daher ist es Unternehmen zu raten, bei der Neuregistrierung von Kunden immer auch die Zustimmung zum Erhalt von SMS-, aber auch E-Mail-Werbung einzuholen.

Bei einer solchen Registrierung kann idR problemlos die Zustimmung des Empfängers nach § 107 Abs 2 eingeholt werden. Auch wenn eine Einwilligung nicht erforderlich ist – etwa weil die Ausnahme des § 107 Abs 3 greift – empfiehlt sich diese Vorgangsweise. Wesentlicher Vorteil ist dann, dass der Empfänger nicht in jeder Werbenachricht auf eine Widerrufsmöglichkeit hingewiesen werden muss. Grundsätzlich ist zwischen der Information über die Widerrufsmöglichkeit und dem Widerruf an sich zu unterscheiden. § 107 Abs 3 Z 3 regelt nicht den Widerruf per se sondern nur die

Pflicht des Werbenden, bei der Erhebung der Daten und bei jeder Werbezusendung einen Widerruf anzubieten. Diese Hinweispflicht entfällt, wenn der Kunde seine Zustimmung nach § 107 Abs 2 gegeben hat. Die Konsequenz ist, dass der Kunde an seine Einwilligung gebunden ist und durch eine Kündigung der Einwilligung selbst aktiv werden muss. Als Best Practice empfiehlt es sich, dem Kunden die Kündigung nicht zu schwer zu machen, sondern etwa auf der Homepage einen einfachen Weg vorzugeben, unter dem die Kündigung durchzuführen ist.⁹

3. Zustimmungsklausel und AGB

Neben einer eigenen Zustimmungsklausel etwa bei der Registrierung stellt sich die Frage, ob eine solche Klausel auch über AGB wirksam werden kann: Die Wirksamkeit einer Zustimmungsklausel zu Werbe-SMS in AGB ist vorsichtig zu betrachten, da in Österreich dazu keine Rechtsprechung existiert. In Deutschland ist der BGH¹⁰ bei Zustimmungsklauseln in AGB betreffend Werbung kritisch (Ungültigkeit der formularmäßigen Einwilligungserklärung in AGB bei Telefonwerbung). Dennoch lassen sich Argumente anführen, die eine solche Zustimmung in AGB stützen können. Dies soll beispielhaft bei einer möglichen AGB-Klausel im Handy-Parken gezeigt werden. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine Klausel in AGB unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich ist. Dies kann hier nicht zutreffen, da dem Parkkunden bewusst ist, dass er seine Einwilligung zu Werbezwecken erteilt. Allenfalls könnte es unklar sein, dass die Unternehmen, von denen der Parkkunde Werbung erhält, nicht namentlich genannt sind. Beim Handy-Parken fällt dies allerdings nicht so ins Gewicht, da die Anzahl der Werbung ja abhängig von der Eingabe des Kunden ist, er somit nicht überraschend Werbe-SMS erhält. Gegen eine behauptete gröbliche Benachteiligung des Kunden im Sinne von § 879 Abs 3 ABGB kann argumentiert werden, dass die Belästigung durch Werbe-SMS beim Handy-Parken gering ist, da die Werbebotschaft an ein SMS angehängt wird, das der Kunde ohnehin liest. Außerdem könnte der Kunde einen wirtschaftlichen Vorteil haben, wenn durch seine Einwilligung der Versand eigener SMS beim Handy-Parken kostenfrei bzw günstiger werden würde. Eine solche AGB-Klausel könnte aber schließlich aufgrund des ungewöhnlichen Inhalts überraschend sein (§ 864a ABGB). Eine Lösung könnte darin bestehen, die

⁹ Alternativ kann dem Kunden – etwa im Rahmen einer Mitgliedschaft in einem Kundenclub – auch ein persönliches Profil im Internet zur Verfügung gestellt werden, das Passwort-geschützt vom Kunden selbst geändert werden kann. Dabei kann auch eine Abbestellmöglichkeit für SMS-Werbung vorgesehen sein.

¹⁰ BGH 27.1.2000, NJW 2000, 2677.

Klausel in Fettdruck an exponierter Stelle mit entsprechender Überschrift (zB „Werbe-SMS“) aufzunehmen.¹¹ Dies könnte mit einem besonderen Hinweis auf eine solche Klausel in der Registrierung verknüpft werden. Interessant ist, dass das LG Berlin¹² in seiner Entscheidung zu Werbe-SMS nicht die AGB-Klausel per se als rechtsunwirksam einstuft, sondern nur die konkrete Formulierung als unklar (es ist nicht deutlich erkennbar, dass es um Werbe-SMS geht) sowie die Positionierung als überraschend (Klausel unter der Überschrift „Datenschutz“). Zusammenfassend ist jedoch eine Zustimmungserklärung zu Werbe-SMS in AGB mit Risiko behaftet.

4. Werbefinanzierte mobile Dienste

Eine besondere Frage stellt sich bei jenen mobilen Diensten, bei denen Werbebotschaften in den eigentlichen Inhalt integriert werden.¹³ Aus der Sicht des § 107 TKG kann hier argumentiert werden, dass keine Direktwerbung vorliegt, sofern die angehängte Werbung klar erkennbar von der inhaltlichen Botschaft getrennt ist und so der von § 107 TKG zu bekämpfende Belästigungseffekt weitgehend verhindert wird.¹⁴ Auch das Vorliegen einer Massensendung scheidet idR aus, da diese Werbung von Nutzer zu Nutzer variieren kann (etwa beim Handy-Parken von der Stadt bzw der Uhrzeit).

Des Weiteren ist idZ auch § 1 UWG zu beachten. Angesichts der restriktiven österreichischen UWG-Rechtsprechung zu Cold Calling ist auch dieser Faktor kurz zu beleuchten. Die Voraussetzungen sind jedoch bei werbefinanzierten mobilen Diensten verschieden. So ist hier die Werbebotschaft nur ein Teil der SMS an den Kunden, im Gegensatz zu Cold Calling, das nur Werbezwecken dient. Auch die Belästigung ist als gering einzustufen, da das SMS ohnehin gelesen wird. Ein solches Modell verstößt daher nicht gegen § 1 UWG. Der BGH¹⁵ hat entschieden, dass durch Werbung unterbrochene (kostenlose) Telefonate nicht gegen § 1 dUWG verstoßen. Dies lässt sich auch auf SMS mit integrierter Werbung übertragen.

Auch ein rechtswidriger Eingriff in die Privatsphäre nach § 16 ABGB scheidet hier aus. Die in Deutschland bestehende Rechtsprechung zur ver-

¹¹ Siehe *Haberler/Kerschischmig*, wbl 2002, 539; für Deutschland siehe *Ayad*, CR 2003, 342.

¹² LG Berlin 14.1.2003, CR 2003, 339.

¹³ Siehe etwa das Beispiel Handy-Parken oben unter 1. oder die kostenlose Versendung von SMS, wenn Werbebotschaften mitgeschickt werden.

¹⁴ So auch *Mosing/Otto*, MR 2003, 267; in diese Richtung auch *Remmert*, Werbebotschaften per Handy, MMR 2003, 314.

¹⁵ BGH 20.12.2001, MMR 2002, 546; siehe dazu auch *Lange*, Werbefinanzierte Kommunikationsdienstleistungen, WRP 2002, 786.

gleichbaren Bestimmungen des § 823 Abs 1 BGB sieht nur in reiner SMS-Werbung eine Belästigung.¹⁶

5. Weitere relevante Bestimmungen

Neben der zentralen Norm des § 107 TKG gibt es noch weitere Bestimmungen, die im Mobile Marketing relevant sind, hier jedoch nur der Vollständigkeit halber kurz Erwähnung finden.

Neben den allgemeinen Schranken von § 1 UWG bzw § 16 ABGB¹⁷ sind auch besondere Kennzeichnungspflichten von Werbung zu beachten: Gemäß § 6 ECG müssen der werbende Teil der SMS sowie der Auftraggeber klar erkennbar sein. Beides sollte im Mobile Marketing kein Problem darstellen, da für den Kunden klar erkennbar ist, welche Information den Parkvorgang betrifft und welche der Werbung dient. § 7 ECG ist nicht anwendbar, da dies nur für elektronische Post (E-Mail) gilt und nicht für vergleichbare elektronische Kommunikation (SMS).

6. Schluss

Mobile Marketing ist eine äußerst effiziente Werbeform. Zentraler Punkt beim Einsatz von Werbemaßnahmen im Mobilfunkbereich ist die frühzeitige Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Diese haben Auswirkungen auf die konkrete Gestaltung des mobilen Service wie auch der begleitenden Maßnahmen (etwa Einsatz von AGB). Da es jedoch noch keine gefestigte Rechtsprechung der Gerichte gibt und der Mobilfunkbereich stetigen Innovationen unterworfen ist, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Daher sollte man gerade in dieser Phase bei der Konzeption von Kampagnen die rechtlichen Umstände besonders genau prüfen.

¹⁶ LG Berlin 14.1.2003, CR 2003, 339.

¹⁷ Sie dazu oben unter 4.