

Mobiles Marketing – verbotene Werbung oder rechtsfreier Raum? Keinesfalls! Die neue Rechtslage macht's in Grenzen möglich.

Mobiles Marketing, dieser heute in den Medien viel verwendete Begriff beschreibt eine höchst effiziente und moderne Form der direkten und persönlichen, häufig auch der interaktiven Werbung für Dienstleistungen und Produkte aller Art. Aber wann und wie ist mobiles Marketing erlaubt¹?

Wenn man neudeutsch von „mobile marketing“ spricht, so meint man die Nutzung des Handys als Werbe- und Marketingkanal. So werden beispielsweise die meisten Mobiltelefonbesitzer (zwischen 75 % und 84 % der Österreicher² haben schon ein Handy) heute schon von verschiedensten Firmen im Wege dieser direkten Kundenansprache über Produkte und Dienstleistungen informiert und solcherart beworben. Es wundert nicht, dass diese Werbeform, der man allgemein eine durchschnittliche **Response-Rate** von 20 % - 40% nachsagt, als höchst effizient gilt, vor allem im Hinblick auf die Messbarkeit der dadurch ausgelösten Produktkäufe. Ist doch das Handy ein Medium, das wie kein anderes je zuvor Mobilität, Spontaneität und den neuen Zeitgeist verkörpert – anywhere, anytime, always-online.

Die Art und Weise, wie Unternehmen auf solche Art mit Konsumenten in Verbindung treten, ist so verschieden wie die **technologischen Möglichkeiten** dieses mobilen Absatzkanals: Nachrichten können per SMS, per MMS per WAP-push oder auch auf sogenannte Pocket-PCs wie Blackberry und andere Fabrikate als ganz normale Email-Nachrichten gesendet werden. Auch die Einbeziehung von „lokations-basierenden“ Services (Dienste die in Abhängigkeit vom konkreten Aufenthaltsort des Nutzers die jeweils geografisch passende Information zur Verfügung stellen) ist heutzutage nicht mehr Orwell'sche Fantasie, sondern technische Realität, der lediglich die rechtlichen Schranken oftmals noch Einhalt gebieten.

So reizvoll es auch klingen mag, im Vorbeigehen bei einem Schaufenster das lang ersehnte und gesuchte Produkt plötzlich per SMS-Botschaft auf das Handy zum Kauf angeboten zu bekommen, so furchterregend scheint diese Technologie allerdings für manche und löst vielerorts beklemmende Gefühle und Bedenken hinsichtlich der Verletzung der Privatsphäre, und des Schutzes der persönlichen Daten aus.

Die zentrale Frage im Geschäftsleben ist jedoch: wem nützt eigentlich mobiles Marketing?

¹ Dieser Beitrag gibt die persönliche Erfahrungslage des Autors im m-Commerce, gepaart mit der neuen Rechtslage in groben Zügen wieder und soll im Rahmen einer kostenlosen Publikation einen globalen, nicht wissenschaftlichen Überblick über das Thema verschaffen. Insbesondere übernimmt der Autor keine Gewähr für die Richtigkeit dargelegten Rechtspositionen oder die Korrektheit der zitierten Bestimmungen oder ganz allgemein für Fehlerlosigkeit des Aufsatzes an sich.

² Zitat Quelle FMK 2002

Die direkte **persönliche und personalisierbare Kundenansprache** ist für Firmen aller Art ein schlichtes Werbe-Dorado. Während bei den klassischen und traditionellen Werbeformen wie TV-Werbung, Radiowerbung oder Print beim Kunden bei der Betrachtung zwar ein unmittelbares Verlangen nach dem Produkt geweckt wird, ist die direkte und spontane Verwirklichung dieses Kaufanreizes in den seltensten Fällen möglich. Das Geschäft, in dem das Produkt zu kaufen ist, kann schon geschlossen sein oder ein PC mit Internetanschluss zum Online-Bestellen ist nicht sofort verfügbar. Sprich: Es fehlt die sofortige, direkte Interaktionsmöglichkeit.

Das Mobiltelefon eröffnet erstmalig jederzeit allorts und überall diesen lang ersehnten **sofort verfügbaren „Rückkanal“**, der den Werbern eine große Verringerung des sogenannten Streuverlustes bringen soll. Werbung verpufft nicht mehr, muss nicht mehr mit quantitativer Penetranz und mit hohem finanziellen Einsatz in die Köpfe der Kunden „eingebrannt“ werden, sondern erzielt unter Umständen schon mit einem einzigen SMS den gewünschten Effekt: einen Kauf!

Mit dem Handy kann jedermann zu jeder Zeit sofort mit dem jeweiligen Anbieter von Leistungen und Produkten in Interaktion treten und bei Gefallen auch gleich zuschlagen und das Geschäft perfekt machen. Dieses Spontanshopping und Impulskaufen ist freilich für Kunden wie für Firmen der angenehmste und jedenfalls von den Unternehmern gewünschte Nebeneffekt des mobilen Marketing³.

Welche konkreten Einsatzgebiete gibt es für mobiles Marketing?

Die Palette an **mobilen Applikationen**, die mobiles Marketing in direkter oder indirekter, integrierter oder darauf aufbauender Form ermöglichen, reicht von SMS-voting (zB: Abstimmung oder Wahl bei Starmania) über SMS und WAP unterstützte Gewinnspiele („sende SMS mit CODE an eine bestimmte Nummer und nimm am Gewinnspiel teil“) bis hin zu WAP-gaming (Java-games-download mit Interaktionsmöglichkeiten), Handy-coupons (Gutscheinhefte mit SMS-Teilnahme-Möglichkeit, etc.), SMS-Informationsabonnements (SMS-Wetterdienste, Horoskop-Informationendienste über SMS, SMS-partyline, SMS-youth-line,...), mobile Shoppingangebote (CD-Kauf via SMS und WAP, Schaufensterkauf per SMS, Versandhandel – Bestellung via SMS und WAP, ...), Handy-parking in Innenstadtlagen (mit daran anknüpfender lokationsbezogener SMS-Werbung oder Stadt- bzw. Touristen-Information) oder gar der Kauf von Konzerttickets, Kinotickets oder anderen Eintrittskarten per SMS oder WAP. Bei jeder dieser Applikationen ist es ein Leichtes in

³ Auf die Erfordernisse eines rechtsgültigen Vertragsabschlusses und auf die Problematik der Zustimmung zu AGB und Inhaltsdatenübermittlung per SMS kann an dieser Stelle nicht gesondert eingegangen werden. Es sei jedoch auf diese Problematik explizit hingewiesen: Nicht alle derzeit und in Vergangenheit elektronisch abgewickelten Transaktionen sind bei näherer Betrachtung aufgrund ihres workflows (Produktauswahl – Informationen über Preis und Ware, Lieferung, etc – Informationserfordernisse zu AGB etc – Zustimmung – Zurverfügungstellung der Informationen gemäß § 5 und 7 ECG, §§ 5a ff KSchG, etc.) als rechtlich einwandfrei zustande gekommen anzusehen. Einige Dienste bewegen sich zB. in einer Grauzone, bzw. sind - je nach Ansicht – nicht gesetzeskonform, wenn sie beispielsweise anlässlich der Zustimmung zur Wirksamkeit von AGBs zB nur auf eine Website verweisen, auf der diese vom Kunden eingesehen werden könnten.

den applikationseigenen Nutzungsdialog beliebige Werbe-Nachrichten einzubauen, einzubinden oder unter Verwendung der, bei der Nutzung der jeweiligen Anwendung gewonnenen Kundendaten (Mobilfunkrufnummern) direkte SMS-Kampagnen anzuschließen. Dies alles ist technisch schon lange möglich und wird auch zum Teil schon gemacht.

Doch inwieweit ist es auch **rechtlich zulässig**?

Wenn man sich nun die Frage der **Zulässigkeit** dieser verschiedenen Werbeformen ansieht und näher betrachtet, so gibt § 107 TKG (in der Fassung der Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2003) darüber Auskunft.

Im Gesetz wird unterschieden zwischen „Anrufen“ einschließlich das Senden von Faxen zu Werbezwecken und der Zustellung von „elektronischer Post“ (hierunter fallen SMS, MMS, E-mails etc.). Während beim Anrufen zu Werbezwecken grundsätzlich jeder Kontakt ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig ist (§ 107 Abs. 1 1. Satz TKG), unterscheidet das Gesetz bei elektronischer Post – einschließlich SMS - zwischen Werbeformen ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers und solcher, die aufgrund einer vorher erteilten Zustimmung oder Einwilligung erfolgen.

Hinsichtlich der Einwilligung bzw. Zustimmung gilt der Grundsatz, dass bei Vorliegen einer solchen geworben werden darf, allerdings nur bis zum jederzeit möglichen Widerruf (der übrigens ex lege nicht mit dem Fortbestand des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses junktiniert ist⁴).

Die Zustimmung sollte jedenfalls vom künftigen Empfänger der Werbungen nach Möglichkeit **explizit und bewusst** erteilt werden. Inwieweit diese Zustimmung beispielsweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), auf Gewinncoupons abgedruckten ausdrücklichen Hinweisen oder durch einen eigens dafür kreierten SMS-Dialog (etwa: „Sind Sie mit dem künftigen Erhalt von Werbebotschaften durch unser Unternehmen einverstanden? So antworten Sie bitte auf diese SMS mit „ja“) vom Endkunden eingeholt werden kann, ist nicht immer klar und einfach zu beantworten.

Vernünftigerweise wird man eine rechtswirksame Zustimmungserklärung nur dann annehmen können, wenn dem Kunden auch bewusst ist, dass er eine solche abgibt. Bei in AGBs versteckten Klauseln wird diese Voraussetzung kaum vorliegen (§ 6 Abs 3 KSchG stellt solche Klauseln unter Nichtigkeitssanktion). Den Beweis für die erfolgte rechtswirksame Zustimmung trägt jedenfalls das werbende Unternehmen. Daher sollten Kundendatenbanken die Möglichkeit der Datenauswertung unter diesen Gesichtspunkten (Wer hat wie und wann, auf welche Art zugestimmt? Ist die Zustimmung noch aufrecht?) auf jeden Fall beinhalten⁵.

⁴ § 107 Abs. 1 letzter Halbsatz TKG erklärt die Erzwingung von Zustimmungen zum nichtigen Versuch. Damit ist auch der manchmal zu findende Versuch, den Kunden den Dienst oder das Angebot nur nutzen zu lassen, wenn er gleichzeitig seine Einwilligung im Sinne § 107 TKG gibt untauglich.

⁵ Auch führt die Regulierungsbehörde eine Liste, in der sich Personen eintragen lassen können, die generell keine Zusendung von elektronischen Werbungen wünschen (§ 7 Abs. 2 ECG), was jedenfalls

Da eine solche Einwilligung des Teilnehmers in der Regel recht schwer zu bekommen ist (heute stimmen eher wenige Leute gerne zu solchen Klauseln zu), ist es für die potentiellen Werbetreibenden sehr interessant, dass es auch Möglichkeiten der SMS-Werbung **ohne Zustimmung des Kunden** gibt (§ 107 Abs. 2 und 3 TKG).

Ohne Zustimmung des Teilnehmers (als Konsument im Sinne des KSchG) darf keine Direktwerbung und keine Massenwerbung (Teilnehmergruppe über 50 Personen) erfolgen (§ 107 Abs. 2 TKG).

Diese Generalklausel wird durch Abs 3 leg. cit. eingeschränkt, der solche Werbungen dann für zulässig erklärt, wenn kumulativ folgende 3 Voraussetzungen gegeben sind:

1. wenn der Absender (der Webetreibende) die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat **und**
2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt **und**
3. der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Diese Strenge gilt allerdings nur für den Konsumentenbereich und für nicht der Direktwerbung dienende Sendungen, wie evtl. reine Information ohne Werbegehalt, bei Aussendungen an Gruppen unter 50 Personen (§ 107 Abs. 4 TKG; arg: „*andere als die in Abs. 2 genannten Empfänger*“)

Für den B2B-Bereich also den Bereich, in dem Geschäftskunden miteinander kommunizieren und kein Konsument in der Handlung eingeschlossen ist, hat man mit der neuen gesetzlichen Regelung auch eine Werbung ohne vorhergehende Einwilligung des Beschickten erlaubt. Voraussetzung dafür ist, dass dem Empfänger bei jeder einzelnen Werbenachricht ausdrücklich die Möglichkeit der Ablehnung weiterer Nachrichten gegeben wird (§ 107 Abs. 4 TKG).

Jedenfalls unzulässig sind alle Nachrichten (an Konsumenten oder Unternehmer), in denen die Identität des Absenders verheimlicht oder verschleiert wird oder bei denen keine existierende Adresse vorhanden ist, bei welcher der Empfänger die Möglichkeit hat, weitere Nachrichten zu untersagen (§ 107 Abs. 4 TKG).

Zu differenzieren ist demnach zwischen Direktwerbung und anderen Nachrichten, wie etwa bloßer Information:

vom Anbieter zu respektieren und von der Datenbank auszuwerten ist.

Mag. Christof Pollak
christof.pollak@diebilanz.at

Reine Informationen ohne Werbe-Gehalt, in denen etwa vor der Gefährlichkeit eines bestimmten Produktes gewarnt wird, sind wahrscheinlich dann nicht als Direktwerbung zu qualifizieren, wenn sie zB. an die Kunden versandt werden, die das gefährliche Produkt gekauft haben und denen der Umtausch empfohlen wird (zB. Rückholaktion). Mit Sicherheit wird hier jedoch auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen sein, ob eine versteckte Werbebotschaft oder keine Direktwerbung vorliegt. Jedenfalls ist auch eine Masseninformation nach § 107 Abs. 2 TKG unzulässig, sofern sie nicht den Erfordernissen des Abs. 3 der zitierten Norm gerecht wird.

Besonders plastisch wird diese etwas verwirrende neue Rechtslage, wenn man sie nochmals anhand von einigen Beispielen etwas konkreter beleuchtet:

Fall 1: Adressen-Marketing:

Eine Adressmarketingfirma schickt im Auftrag einer Handelskette die namentlich nicht genannt werden möchte, an 100.000 gespeicherte Handybenützer eine SMS-Werbebotschaft für ein Produkt eines Konsumgüter-Konzerns. In der SMS ist der Absender nicht erkenntlich. Ein Hinweis auf Abbestellung künftiger Nachrichten ist nicht enthalten.

In diesem Fall handelt es sich ziemlich eindeutig um eine direkte Werbung von unbekanntem Absender in Form einer Massenaussendung, die jedenfalls nach § 107 Abs. 2 Z. 1 und 2 sowie Absatz 5 TKG unzulässig ist, sofern eine explizite Zustimmung nicht vorliegt (zum Erfordernis der Zustimmung siehe oben).

Fall 2: SMS-Gewinnspiel:

Ein international bekannter Getränkehersteller entschließt sich, auf der Innenseite seiner Getränkeflaschen Gewinn-Codes abzdrukken, die wenn sie per SMS an eine auf dem Etikett abgedruckte Nummer gesendet werden, die Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglichen. Auf dem Etikett ist auch ein Hinweis abgedruckt, der auf eine Internetseite verweist, unter der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit für jedermann einzulesen sind sowie ein explizit hervorstechender Passus, der darauf hinweist, dass durch die Teilnahme am Spiel eine Einwilligung (jederzeit widerrufbar) in den Erhalt von Werbebotschaften mit zB. Logos der betreffenden Marke erfolgt. Die einwilligenden Teilnehmer erhalten in der Folge bis auf Widerruf Werbebotschaften des Unternehmens, die jede für sich mit der Information des Absenders und mit einem Hinweis auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit versehen sind.

Dies ist wohl ein tolerierbares Verhalten im Sinne des § 107 Abs. 3 TKG Z. 1.

Mag. Christof Pollak
christof.pollak@diebilanz.at

Eine Zustimmung des Kunden ist erfolgt (ich meine hier wohl wirksam, da der Kunde vor dem Abschicken der SMS die Möglichkeit der Kenntnis der AGB erhält – aber Achtung Grauzone! Der Passus über die Einwilligung in den Erhalt von Werbebotschaften ist aber schon am Etikett lesbar. Der Kunde bestätigt also mit der ersten SMS das Vorliegen seiner Einwilligung).

Selbst wenn man dies nicht als gültige Einwilligung gelten lässt, liegt zwar eine Direktwerbung im Sinne § 107 Abs. 2 Z1 TKG vor, doch besteht ein zwischen dem Unternehmen und dem Teilnehmer wahrscheinlich ein unmittelbares Kundenverhältnis (Kauf des Getränks) im Zuge dessen die Einwilligung erteilt wurde (§ 107 Abs. 3 Z 1 TKG. Die Bewerbung erfolgt wohl für eigene (ähnliche) Produkte des Unternehmens (§ 107 Abs. 3 Z 2 TKG). Auch hat der Kunde die Möglichkeit von Vornherein und später bei jeder Übertragung den Erhalt weiterer Nachrichten abzulehnen (§ 107 Abs. 3 Z 3 TKG). Somit wäre auch u.U. eine Zustimmung im Sinne des § 107 Abs. 2 TKG gar nicht notwendig. Auch der Absender ist erkennbar und damit dem Erfordernis des § 107 Abs. 5 TKG genüge getan.

Fall 3: Ticket/CD-Cross-Selling per SMS:

Ein Mobilfunkunternehmen entschließt sich, die Konzerttournee eines bestimmten Künstlers zu sponsern und bietet seinen eigenen Telefonie-Kunden die Möglichkeit an, per SMS-Kauf Konzerttickets des Künstlers zu erwerben. Diese solcherart erworbenen Tickets werden den jeweiligen Kunden über die Mobiltelefonrechnung in Rechnung gestellt. Den auf diese Weise im Besitz des mobilen Tickets befindlichen Nutzern wird kurz nach Verlassen des Konzertstadions die neueste live-CD des soeben bewunderten Künstlers per SMS zum Kauf angeboten. Der Absender ist das Mobilfunkunternehmen und dies ist als solches auch erkenntlich.

Dies ist wohl ein ebenfalls zulässiger, gemäß § 107 TKG Abs. 3 Z.1 und 2 erlaubter, Fall von direkter Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Werbung, wobei die Direktwerbung an eigene Kunden für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt, sofern die sonstigen Erfordernisse der Ablehnungsmöglichkeiten weiterer Nachrichten, etc. gewahrt sind.

Selbstverständlich sind die Varianten in den vorgenannten Beispielen nur cursorisch und sehr plakativ umschrieben. Im Detail liegen beim „mobile marketing“ aber oft die Probleme versteckt. Abzustellen ist daher immer auf den konkreten Einzelfall, wobei es bei der Beurteilung der Rechtskonformität nicht nur schlagend sein kann, wie das Produkt oder der Dienst tatsächlich nach Außen beworben wird, sondern auch, wie der workflow für den Kunden gestaltet ist und wie so im Detail insgesamt den gesetzlichen

Erfordernissen genüge getan wird. Eine Prüfung jedes einzelnen Vorhabens im „mobile marketing“ sollte immer auch von juristischer Seite erfolgen⁶.

Zusammenfassend kann man also davon ausgehen, dass unter gewissen, im Zweifel eher streng auszulegenden, rechtlichen Bedingungen direkte Werbung auf das Handy durchaus zulässig und für Werbetreibende sinnvoll ist. Darüber hinaus kann „mobile marketing“ wie oben beschrieben mit einem hohen Nutzen für die Endkunden und auch für die Werbetreibenden verbunden sein.

Da es sich aber um einen sehr sensiblen Bereich handelt – das Handy und damit auch die SMS-Botschaften gehen sehr weit in die Intimsphäre der Kunden – sollte, wenn möglich zu den begrüßenswerten neuen rechtlichen Rahmenbedingungen auch eine Art **Ehrenkodex** von der werbetreibenden Wirtschaft erstellt werden, der dazu beitragen könnte, dass diese Art von Marketing nicht in das Schmutzdeckel gedrängt wird und man sich von schwarzen Schafen sofort distanzieren kann. Es sollte nicht zugelassen werden, dass diese hoch moderne und innovative Werbeform durch mangelnde Rechtskonformität der Werber frühzeitig von den Konsumenten abgelehnt wird. Die heutige Wirtschaft braucht derartige Werbeformen und die Wünsche der Konsumenten nach Vereinfachung von Alltagssituationen rechtfertigen sie auch – in wohl dosiertem Umfang.

⁶ Die neue Rechtslage aufgrund des neuen § 107 TKG kehrt ja dem alten Prinzip des TKG den Rücken, wonach ohne Zustimmung prinzipiell jede Werbung unzulässig war (Opt-in Modell). Es gibt noch im wesentlichen keine Rechtsprechung zu dieser neuen, vermeintlich liberaleren Rechtslage, so dass abzuwarten bleibt, wie weit oder wie eng die Werbung ohne Zustimmung wirklich gelebt werden wird oder darf.