



UNIVERSITÄTSLEHRGANG
FÜR INFORMATIONSRECHT UND RECHTSINFORMATION
AN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT WIEN

Spam-SMS

UND

WERBUNG ZUR INANSPRUCHNAHME VON MEHRWERTDIENSTEN

MASTER THESIS

zur Erlangung des akademischen Grades

**Master of Laws (LL.M.)
Informationsrecht und Rechtsinformation**

an der Universität Wien
(Universitätslehrgang für Informationsrecht und
Rechtsinformation)

vorgelegt von

Mag. Georg FELLNER

begutachtet von

Univ. Prof. Dr. Christian ZIB

im September 2003

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Technische Grundlagen	4
A. SMS	4
1. Der klassische Weg: Mobile to Mobile	5
2. Der direkte Weg: Anbindung an den SMS-Gateway.....	6
3. Der praktische Weg: per E-Mail	7
4. Der anonyme Weg: per Web-SMS	7
B. MMS	7
III. Gesetzliche Rahmenbedingungen für SMS-Werbung	10
A. Telekommunikationsgesetz	10
1. Spam-Verbot nach § 101 TKG	10
2. Neuregelung durch § 107 TKG 2003	11
a) Schutz der Verbraucher / natürlicher Personen.....	12
b) Schutz der Unternehmer / juristischer Personen	12
c) Direktwerbung oder Massensendung	13
d) Einwilligung des Empfängers	14
e) Konkludente Einwilligung des Verbrauchers	15
f) Verbot anonymer elektronischer Nachrichten.....	17
g) Versand von elektronischer Post aus dem Ausland	17
h) Strafbestimmung	19
3. Missbräuchliche Verwendung von Telekommunikationsendeinrichtungen - § 78 TKG 2003	19
4. Kommunikationsgeheimnis und Datenschutz	20
a) Einsatz von Spam-Filtern	21
b) Datenschutz – location based advertising	22
B. E-Commerce-Gesetz	22
1. Anwendbarkeit auf SMS-Werbung	22
2. Allgemeine Informationspflichten	24
3. Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation	25
4. Besondere Informationspflichten.....	27
5. Haftungsprivilegien für Diensteanbieter.....	28
a) Access-Provider - § 13	29
b) Host-Provider - § 16.....	29
c) Haftung der Mobilfunkbetreiber und anderer SMS- Diensteanbieter.....	29
d) Keine Überwachungspflicht.....	31

C. Rechtsdurchsetzung gegen Versender von Spam-SMS	31
1. Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG?.....	31
a) Kundenfang / Rechtsbruch nach § 1 UWG.....	31
b) Rechtsprechung zu Telefon- und Telefaxwerbung	32
c) SMS analog sittenwidrig?	33
d) Keine Sittenwidrigkeit von SMS an Unternehmer?.....	34
2. Ansprüche der Empfänger gg Versender von Spam-SMS	34
a) Unterlassungs- / Schadenersatzanspruch	34
b) Aus § 107 TKG 2003	35
c) Aus § 16 ABGB	36
d) Aus § 354 ABGB	36
e) Aus § 1 UWG.....	37
3. Ansprüche der Mitbewerber gg Versender von Spam-SMS	37
IV. Werbung zur Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten.....	39
A. Mehrwertdienste.....	39
1. Definition	39
2. Zuteilung der Nummern.....	40
3. Entgeltinformation	41
4. Verrechnung des Entgelts	43
a) Zielnetzscenario	43
b) Abrechnung zwischen Dienstenetz und Diensteanbieter	43
B. Vertragsverhältnisse bei Mehrwertdiensten.....	43
1. Kein eigener Vertrag zwischen Kunde und Mehrwertdienstleister	44
2. Eigener Vertrag zwischen Kunde und Mehrwertdienstleister	45
a) Anruf	45
b) SMS.....	46
c) Entgeltansprüche	47
3. Adressat von Einwendungen	48
C. Haftungsfragen und praktische Probleme	50
1. Anzeige Fernmeldebüro.....	50
2. Unterlassungsklage	51
3. Arglistige Täuschung	51
4. Irrtum	51
5. Herbeiführung eines Willensmangels durch Dritten	52
6. Eintritt eines Schadens?	52
7. Haftung der Mobilfunkbetreiber	52
a) Regelung in Deutschland	52
b) Keine Überwachungsmöglichkeit	53
c) „SMS Large Account“	53
d) Mehrwertnummer.....	54
e) Mittäterhaftung im Wettbewerbsrecht	55
Abkürzungsverzeichnis	56
Literaturverzeichnis	60

I. Einleitung

Unter Spamming versteht man generell¹ das unaufgeforderte, meist massenhafte Versenden von elektronischen Nachrichten, wie E-Mails und SMS. Heute wird aber auch bereits eine einzelne unerbetene Nachricht als Spam bezeichnet.²

Der Begriff Spam stammt von der gleichnamigen Dosenfleischmarke der amerikanischen Firma Hormel Foods³ und leitet sich von „spiced pork and ham“ ab. Bekannt wurde die Marke spätestens durch einen Sketch des Monty Python Flying Circus, in dem es einem Ehepaar in einem Café nicht gelang, ein Frühstück ohne Spam zu bestellen, während eine Gruppe von Wikingern dazu ständig und laut „spam, spam, spam, wonderful spam...“ sang.⁴ Die durch die endlosen Wiederholungen hervorgerufene Belästigung wurde in der Folge mit jener durch Massenmails assoziiert.⁵

Bereits vor 25 Jahren soll die erste unverlangte Massenmail versendet worden sein. Ein Marketing Manager des Computerherstellers Digital Equipment Corporation (DEC) sendete eine E-Mail mit einer Präsentation neuer Modelle an alle Arpanet-User der US-Westküste und sorgte damit auch schon damals für große Kontroversen.⁶ Gefeierte wurde das heurige Jubiläum allerdings nicht.

Laut einer Studie im Auftrag der Europäischen Kommission⁷ zahlen Internetuser weltweit unbewusst 10 Mrd. Euro jährlich für spam-mails. Ein einziges Internet-Marketingunternehmen könne täglich 500 Millionen personalisierte E-Mails über das Internet verschicken. In Österreich werden immerhin 6 Millionen Werbemails täglich empfangen.⁸ Laut Arbeiterkammer

¹ Man könnte noch weiter zwischen unsolicited commercial emails (UCE) und unsolicited bulk emails (UBE) differenzieren; vgl. *Fraiss*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Spam in der EU und in Österreich (Diplomarbeit, Graz 2002) 11, http://www.it-law.at/papers/Fraiss_Thomas_Spam_EU_Oesterreich.pdf

² Vgl. <http://www.webopedia.com>; ebenso *Ziem*, Spamming, Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, MMR 2000, 129

³ <http://www.hormel.com>; für die seit 1937 bestehende Produktmarke SPAM wurde sogar ein eigenes Museum errichtet; siehe auch <http://www.spam.com/>

⁴ Der Wortlaut des Sketches ist nachzulesen unter <http://bau2.uibk.ac.at/sg/python/Scripts/TheSpamSketch>

⁵ *Gruber*, Werbung im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg.), Internet und e-commerce (2000) 129; Der Begriff SPAM lässt sich demnach auch mit „Send Phenomenal Amounts of Mail“ erklären.

⁶ Vgl. <http://www.templetons.com/brad/spam/spam25.html>

⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz (Jänner 2001)

http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/studies/spam_de.htm

⁸ Recherche von Marketagent.com im Auftrag der EUnet (Jänner 2003) vgl. <http://www.eunet-ag.at/spam>

Wien zählen E-Mail und SMS-Werbung zu den zweithäufigsten Tricks, wie Konsumenten durch verlockende Angebote wie zum Beispiel Gewinnspiele das Geld aus der Tasche gezogen wird.⁹ Im Vergleich zur E-Mail-Werbung ist jene über SMS noch relativ jung, nichtsdestotrotz ist auch in diesem Bereich ein starker Anstieg zu vermerken. Gemessen an der Zahl der Anzeigen bei den Fernmeldebehörden halten sich E-Mail und SMS schon die Waage. So werden bei dem Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland wie auch beim FMB Steiermark und Kärnten im Durchschnitt ca. 200 Anzeigen pro Monat je zur Hälfte wegen belästigender E-Mails und SMS eingebracht. Nur ein Bruchteil der Anzeigen endet allerdings mit einer Verwaltungsstrafe. In vielen Fällen werden die Nachrichten aus dem Ausland versendet und steht die Rechtsdurchsetzung vor praktischen Problemen¹⁰.

Die Gründe für die Beliebtheit dieser Werbemethode liegen auf der Hand: Mit geringem finanziellen Aufwand kann eine Werbebotschaft in kürzester Zeit an eine nahezu unbegrenzte Zahl von Empfängern gesendet werden. Speziell für SMS-Werbung ist das Potential mit intelligenten Direkt-Marketingmöglichkeiten aufgrund der hohen Handydichte in Österreich von über 80% riesig¹¹. Die gewünschte Bevölkerungs-Zielgruppe kann jederzeit innerhalb weniger Minuten erreicht werden und damit ist SMS-Werbung die „einzig echte zeitaktuelle Kommunikationsmaßnahme“¹². Man denke auch an die wachsenden technischen Möglichkeiten, die anstelle reiner Textnachrichten den Versand von blinkenden Nachrichten, animierten Bildern, oder sogar Fotos ermöglichen¹³ und damit noch höhere Aufmerksamkeit erregen können. Ein weiterer großer Vorteil der SMS-Werbung ist, dass SMS-Botschaften vom Empfänger am Handy immer gelesen werden.

Für den Handynutzer ist dies oft weniger erfreulich.¹⁴ Im Gegensatz zur E-Mail erkennt der Empfänger den Absender nicht sogleich und ist gezwungen, die Nachricht zu lesen. Eine Möglichkeit, Werbung am eigenen Handy herauszufiltern besteht zumindest bei den derzeitigen Endgeräten nicht. Dazu ertönt bei jeder eingehenden SMS ein – je nach Einstellung mehr oder weniger lauter, kürzerer oder bei manchen ein nicht enden wollender langer – Signalton, der bei mehreren Werbe-SMS zur Belästigung werden kann. Schließlich ist die Speicherkapazität für SMS bei vielen Mobiltelefonen auf nur 20 Nachrichten beschränkt, sodass die Gefahr des „Überlaufens“ mit dem Ergebnis, keine weiteren Nachrichten empfangen zu können, weitaus größer ist

⁹ Vorsicht Falle, Kurier, 7.Juli 2003, S 7

¹⁰ siehe unten IV.C.1

¹¹ Vgl <http://www.fmk.at/mobilkom/detail.cfm?Textid=6&Kapitelnr=3> ,
<http://www.notify.at/presse.asp#221001>

¹² Vgl <http://www.notify.at/presse.asp#221001>

¹³ Mittels **MMS** (Multimedia Messaging Service) können auch Bilder und Töne versendet/empfangen werden. In rechtlicher Hinsicht ist eine MMS gleich einer SMS zu werten. Daher wird in den rechtlichen Ausführungen der Einfachheit halber nur von SMS gesprochen. Näheres zu den Unterschieden von SMS und MMS im Kapitel II.

¹⁴ Zu unterscheiden ist die Situation, in der der Handynutzer regelmäßig einen abonnierten Newsletter erhält, bzw. ausdrücklich zugestimmt hat, Werbung etwa in Form von Gutscheinen zu erhalten, solange er auch jederzeit die Möglichkeit hat, diese abzubestellen.

als bei E-Mails.¹⁵ Verglichen mit einer E-Mail ist die belästigende Wirkung einer Werbe-SMS also weit höher.

Im Besonderen sind hier jene SMS zu erwähnen, die den Handy Besitzer mit einer besonderen Masche zum Anruf einer Mehrwertnummer animieren. Geworben wird mit Gewinnzusagen, Hotelgutscheinen, Gratisreisen aber auch weit persönlicheren SMS wie „*Jemand, den du kennst, ist total verknallt in Dich. Ruf an und Du erfährst mehr!*“¹⁶ oder ähnlich: „*Ich hab mich wirklich in Dich verliebt u. muss es Dir endlich sagen! Weißt Du wer ich bin?*“¹⁷. In allen Fällen folgt die Aufforderung, eine bestimmte Nummer zurückzurufen, wo man alles weitere erfahren würde, wobei der Hinweis, dass es sich dabei um eine teure Mehrwertnummer handelt, entweder überhaupt nicht enthalten ist oder durch Einfügen einiger Leerzeilen - und somit vom übrigen Text getrennt – am Display zunächst nicht sichtbar ist. Beendet man das Telefongespräch nicht rechtzeitig nach telefonischer Ankündigung der Mehrkosten des Gespräches und glaubt weiterhin an den vermeintlichen Gewinn oder die gewonnene Geliebte kann dieses bei Minutenpreisen bis zu Euro 3,63 teuer werden.

Angesichts der Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Animierung zum Anruf der Mehrwertnummer stellt sich die Frage, ob Telekombetreiber, die Mehrwertnummern einrichten sowie derartige SMS zur Versendung entgegennehmen bzw letztendlich zustellen, an der Täuschung mitwirken und zur (Mit)Verantwortung herangezogen werden können, und ob etwa seitens der Netzbetreiber Prüfpflichten hinsichtlich eines Missbrauches bestehen.¹⁸ Hinsichtlich aus dem Ausland versendeter Spam-SMS ist ebenso die Frage zu klären, ob nicht ein Anknüpfungspunkt im Inland gefunden werden kann, nämlich in Gestalt des Mobilfunkbetreibers, welcher die SMS an seine Kunden zustellt. Mit diesen Fragen wird sich Kapitel IV.C.7 auseinandersetzen.

¹⁵ Vgl LG Berlin 14.1.2003, 15 O 420/02

¹⁶ Vgl <http://kundendienst.orf.at/sendungsinfos/helptv/20918.html>

¹⁷ Vgl <http://www.ad.or.at/news/pw20021123.html>

¹⁸ In diesem Sinn ARGE DATEN, News vom 21.11.2002, <http://www.argedaten.at/news/20021121.html>; vgl auch *Wilhelm*, Ich habe mich in dich verliebt – bitte ruf 0900 87654- ..., *ecolex* 2003, 73

II. Technische Grundlagen

A. SMS

Das „Short Message Service“ ist ein Kurzmitteilungsdienst im GSM-Netz. Es ermöglicht den (mobilen) Versand und Empfang von Textmitteilungen bis zu maximal 160 Zeichen.

Der GSM-Standard¹⁹ unterscheidet drei Varianten dieses Dienstes:

- SMS-MO (Mobile Originated): das Versenden von Kurzmitteilungen.
- SMS-MT (Mobile Terminated): das Empfangen von Kurzmitteilungen.
- SMS-CB (Cell Broadcast): das Empfangen von Zellenrundfunk-Mitteilungen aller erreichbaren GSM-Endgeräte innerhalb einer geographisch begrenzten Region. Alle Empfänger innerhalb dieses Gebietes erhalten dieselbe (bis zu 93 Zeichen lange) Nachricht.

Bei SMS-MO und SMS-MT wird eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung hergestellt. Bei Cell Broadcast handelt es sich um eine Punkt-zu-Mehrpunktverbindung. Zwar unterstützen praktisch alle modernen Handys²⁰ Cell-Broadcast-Nachrichten, allerdings werden in Österreich – soweit ersichtlich – derzeit keine CB-Dienste angeboten.²¹ Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf die beiden ersten Varianten SMS-MO und SMS-MT.

Wesentliches Merkmal des Short Message Service für Punkt-zu-Punkt Verbindungen ist, dass die Übertragung von Kurznachrichten zwischen den betreffenden GSM-Netzinstanzen über Signalisierungskanäle erfolgt. Diese sind im GSM-Netz zur Verbindungssteuerung erforderlich (Registrierung, Aufenthaltskoordinierung, Verbindungseinrichtung, Daten über Empfangsqualität etc). Freie Kapazitäten in den Signalisierungskanälen

¹⁹ Im Jahr 1992 beauftragte die Conférence Européenne des Administration des Postes (CEPT) eine Arbeitsgruppe, die „Groupe Spéciale Mobile“ mit der Standardisierung eines europaweiten, zellularen Mobilfunkdienstes im Bereich 900 Mhz. Heute steht die Abkürzung für das Ergebnis dieser Arbeiten, den (mittlerweile global verbreiteten) digitalen Mobilfunkstandard „Global System for Mobile Communications“. Die GSM-Technik gehört zu den Mobilfunksystemen der zweiten Generation (2G) und basiert auf einer digitalen Übertragung im Zeitmultiplex mit acht Kanälen pro Funkträger-Signal.

²⁰ Bei Nokia Handys wird die Funktion als „Nachrichtendienst“ bezeichnet, Siemens nennt sie „CB-Dienste“

²¹ Aus diesem Grund beschränken sich die rechtlichen Ausführungen vor allem in Zusammenhang mit dem ECG auf die beiden ersten Varianten SMS-MT und SMS-CB.

werden für den SMS genützt. Das bedeutet, dass bei der Übertragung einer Nachricht kein Verkehrskanal belegt wird, sodass eine Kurznachricht auch während einer bestehenden Verbindung übermittelt werden kann.²²

Weiteres Merkmal ist, dass die Nachrichten paketvermittelt²³ übertragen werden. Sie werden also in kleine Dateneinheiten unterteilt und in Datenpakete verpackt. Jedes Paket wird mit einem Header ausgestattet, der die gesamten vermittlungsrelevanten Informationen enthält. Das sind die Adress-Informationen von Empfänger und Absender, Hinweise zur Versendung, Routing-Informationen und Hinweise an den Empfänger. Die Pakete werden dann einzeln in loser Reihenfolge von einem Netzknoten zum nächsten vermittelt (Store-and-Forward-Verfahren). Beim Empfänger werden die einzelnen Datenpakete wieder zu einer vollständigen Nachricht zusammengesetzt. Diese Art der Verbindung wird auch verbindungsloser Dienst genannt.²⁴

Den Mittelpunkt des Kurznachrichtendienstes bildet das Short Message Service Center (SMSC), in dem die Nachrichten solange zwischengespeichert werden, bis sie erfolgreich zugestellt werden oder bis die maximale Aufbewahrungsdauer überschritten wurde.

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist mit der Bezeichnung SMS weniger der Dienst gemeint, sondern die einzelne Kurzmitteilung. Laut Duden gibt es bereits ein eigenes Wort für das Senden einer SMS, nämlich „simsen“.

Eine SMS kann auf unterschiedliche Weise versendet werden: über Handy, über eine direkte Anbindung an das Short Message Service Center (SMSC), per E-Mail oder Web-SMS. Umgekehrt ist es auch möglich, eine E-Mail oder ein Fax per SMS zu versenden.

1. Der klassische Weg: Mobile to Mobile

Bevor man eine Nachricht senden kann, muss zuerst noch die weltweit einmalige Adresse des SMSC im Endgerät eingetragen werden (Rufnummer der Kurzmitteilungszentrale). Netzbetreiber können aber fremde SMSC sperren, sodass nur über das eigene gesendet werden kann.

Wird nun eine SMS gesendet, gelangt sie im Store-and-Forward-Verfahren über die Mobilvermittlungsstelle (Mobile Services Switching Center, MSC) zum SMSC, welches den Erhalt der Kurzmitteilung bestätigt.

²² Vgl Walke, Mobilfunknetze und ihre Protokolle 1 (2001) 278

²³ Im Unterschied dazu spricht man von Leitungsvermittlung, wenn zwischen Sender und Empfänger eine physikalische Leitung über einen oder mehrere Vermittlungseinheiten geschaltet wird. Der Leitungsweg wird für die gesamte Dauer der Verbindung reserviert und ausschließlich für die Kommunikation zwischen den beteiligten Partnern genutzt, dh die Verbindung steht nach dem Verbindungsaufbau mit ihrer vollen Übertragungsbandbreite bis zum Verbindungsabbau zur Verfügung. Vorteil ist die verzögerungsfreie Übertragung, Nachteil, dass bei der Leitungsvermittlung die nicht benötigte Bandbreite ungenutzt verloren geht. Die Leitungsvermittlung wird zB für Sprachübertragungen verwendet.

²⁴ Vgl *Duque-Antón*, Mobilfunknetze, Grundlagen Dienste und Protokolle (2002) 70f; Siemens Online Lexikon, http://w3.siemens.de/solutionprovider/_online_lexikon

Tut sie dies nicht, wird am Display des Handys „Senden nicht möglich“ oder „Netz überlastet“ angezeigt.

Das SMSC startet dann eine Abfrage des Standortes des Empfängers. Hierbei kontaktiert das SMSC gemäß den Routing-Tabellen das Home Location Register (HLR)²⁵ der betroffenen Empfänger-Rufnummer. Das HLR sendet die Location zurück. Nun wird die Kurzmitteilung an den Empfänger gesendet. Die Mobile Station (MS) bestätigt dies dem SMSC. Dieses kann nun eine Sendebestätigung an den Sender schicken.

Ist das Handy des Empfängers nicht eingeschaltet, sendet das HLR statt der Location eine entsprechende Meldung. Das SMSC befragt das HLR in bestimmten Abständen erneut, bis die maximale Aufbewahrungsdauer überschritten wurde und die Nachricht aus dem SMSC für immer gelöscht wird.

Bucht sich der potentielle Empfänger aber rechtzeitig in sein Netz ein, wird dies dem SMSC vom HLR mitgeteilt. Daraufhin wird die Nachricht sofort gesendet.

2. Der direkte Weg: Anbindung an den SMS-Gateway

Für Großkunden (Unternehmen, Plattformbetreiber) besteht die Möglichkeit, sich über eine X.25 oder TCP/IP Schnittstelle direkt an das Netz eines Mobilfunkbetreibers anzubinden.²⁶

Eine SMS kann recht einfach über eine Webschnittstelle (meist HTTP2SMS genannt) versendet werden. Dies ermöglicht ein automatisiertes Absenden von SMS aus Anwendungen und Webserver-Erweiterungen (z.B. CGI-Scripts, PHP, Perl, ASP). Die Anbindung erfolgt durch einen einfachen HTTP-GET-Request beispielsweise in folgender Form:

```
http://sms.edev.at/send/?typ=2&from=436641234567&to=436761234567
&txt=Hallo%20Handy&id=test&pwd=test
```

Diese Beispiel-Url sendet eine Textnachricht mit dem Absender 436641234567 an das T-Mobile-Handy 1234567 mit der Nachricht „Hallo Handy“.²⁷

²⁵ In der als Heimatdatei bezeichneten zentralen Datenbank sind alle Informationen eines Mobilfunkteilnehmers eines Betreibers gespeichert. Jeder Teilnehmer ist nur in einem HLR registriert. Zu den gespeicherten Informationen zählen einerseits statische Daten wie Rufnummer, Identität der Mobile Station (MS), Geräteart, abonnierte Basis- und Zusatzdienste etc. Andererseits enthält das HLR auch temporäre Teilnehmerdaten, wie etwa den momentanen Aufenthaltsort einer MS, die für den Verbindungsaufbau erforderlich sind. Wechselt der Teilnehmer seine Location Area, erfolgt im HLR eine Aktualisierung dieser Daten.

²⁶ T-Mobile nennt es bspw „SMS Direct“, bei der mobilkom heißt es „SMS Large Account“

²⁷ Vgl. Angebot einer SMS-Anbindung der P.I.C.S. EDV und Unternehmensberatung GmbH <http://www.handywelt.at/index.php?/sms/officesms.php>; ähnliches bietet Edis.at unter http://www.edis.at/neu/sms_http2sms.shtml und Wekay Message Line unter <http://sms.wekay.at/info/index.php>

Mögliche Parameter:

from	Absender: alphanumerisch max. 11 Zeichen; 16stellige Nummer
to	Empfängerformat 43xxxxxxx
txt	Nachricht, max. 160 Zeichen URL-Encoded
id	Kundenkennung
pwd	Kennwort

Der http Request wird in das SMSC eingespielt und als SMS dem jeweiligen Teilnehmer zugestellt.

3. Der praktische Weg: per E-Mail

Hierbei wird die E-Mail an einen eigenen E-Mail-Server des Netzbetreibers gesendet, der über eine direkte Verbindung zum SMSC verfügt.

Die eingehenden Mails werden ausgewertet, das Subjectfeld als Zielrufnummer übersetzt, die Absenderadresse der Nachricht angefügt, und als normale SMS Nachricht dem SMSC übergeben.

4. Der anonyme Weg: per Web-SMS

Von technischer Seite gesehen, benutzen die Anbieter von Web-SMS Diensten wie bspw sms.at oder uboot.com auch in diesem Fall entweder einen E-Mail Server oder eine direkte Anbindung zum SMSC.²⁸

B. MMS

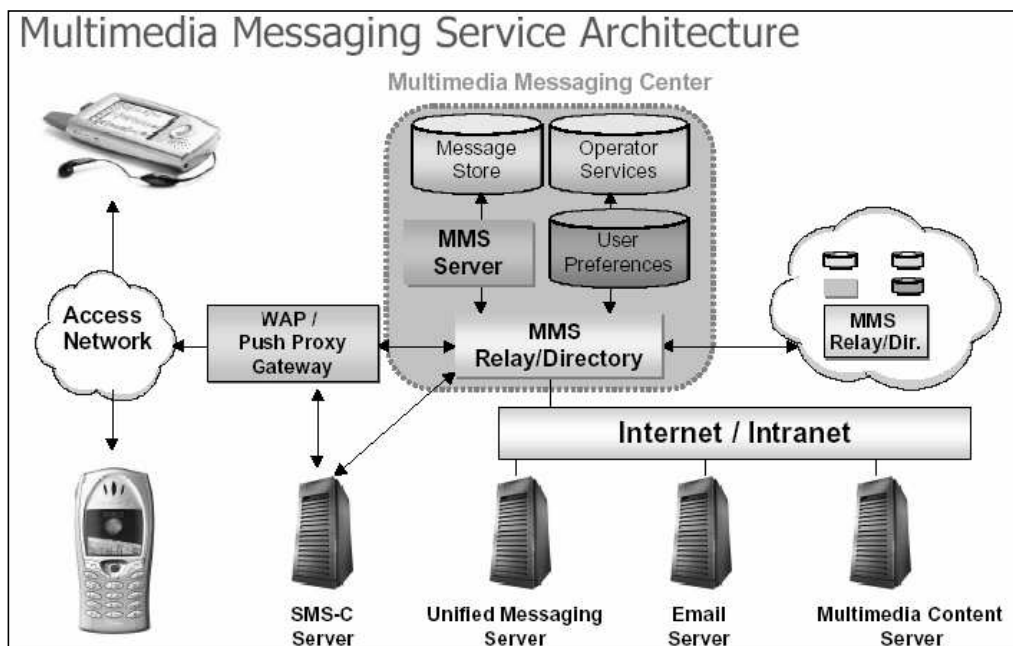
Der „Multimedia Messaging Service“ (MMS) ist der Nachfolgedienst von SMS zur Übermittlung von Nachrichten in den Mobilfunknetzen. MMS ist ein Standard der 3GPP (3rd Generation Partnership Project), mit dem sich nicht nur Texte, sondern auch Töne, Bilder und Bildsequenzen übertragen lassen. Eine multimediale MMS-Nachricht ist bezüglich ihres Informationsablaufs am Endgerät vorgegeben, sodass analog zu einer Powerpoint-Präsentation die Videosequenzen bzw Melodien automatisch ohne Zutun des Empfängers ablaufen.

Im Gegensatz zu EMS (Enhanced Messaging Service) basiert die MMS-Technik nicht auf dem SMS-Standard, sodass auch größere Nachrichten übertragen werden können. Obwohl MMS ein Standard der 3.Generation ist, ist der Dienst nicht erst mit UMTS verfügbar, sondern schon über GPRS²⁹ möglich. Zur Übertragung in den Mobilfunknetzen greift MMS auf WAP

²⁸ Vgl MONITOR Serie: Telekom-Geflüster, Das Short Message Service Center, Ausgabe 5/2000

²⁹ General Packet Radio Service: Standard für die paketvermittelte Datenübertragung über GSM auf mobile Endgeräte

(Wireless Application Protocol)³⁰ zurück. Ebenso werden Standard Internet Protokolle wie HTTP (Hypertext Transfer Protocol) und SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) und MIME (Multipurpose Internet Mail Extension) verwendet, um mit der MMS Infrastruktur zu kommunizieren. Wegen der umfassenden Standardprotokoll-Unterstützung wird die MMS auch außerhalb des Mobilfunks (GSM, UMTS, GPRS) verwendbar sein, beispielsweise über das Internet oder das Festnetz.



Während es bei SMS lediglich einer zentralen Kommunikationsschnittstelle bedarf, nämlich dem SMSC, tritt bei MMS an dessen Stelle ein komplexes Geflecht von Einrichtungen: die MMSE (Multimedia Messaging Service Environment). Diese umfasst ein MMS-Relay als zentrale Schnittstelle sowie zusätzlich eine Vielzahl spezieller Server, Speicher und Nutzerdatenbanken. Darüber hinaus sind existierende Plattformen einzubinden, wie z. B. Server für SMS, E-Mails oder Unified Messaging. Ein angeschlossener Multimedia Content Server kann aktuelle Inhalte selbst generieren, wie z.B. Wetter-, Verkehrs- oder Sportnachrichten.

Der MMS Relay/Server nimmt die Nachrichten entgegen, speichert sie zwischen, schickt sie an den Empfänger weiter und veranlasst bei Bedarf auch Streaming von Daten. Streaming ist in dem Fall nötig, in dem das empfangende Gerät die Daten aufgrund der Größe nicht zur Gänze speichern kann wie etwa bei Videobotschaften.

³⁰ Das Wireless Application Protocol definiert einen Standard für die Bereitstellung von text- und grafikbasierten Informationen und Diensten für mobile Endgeräte, wie PDAs, Handys, Pager, Smartphones und Communicators. Das WAP-Protokoll arbeitet mit den verschiedenen Trägerdiensten wie GPRS, EDGE, UMTS etc zusammen und kann auch auf verschiedenen Betriebssystemen aufsetzen.

Im Message Store werden alle multimedialen Mitteilungen vor ihrer Übermittlung an den Empfänger gespeichert. Wegen der im Vergleich zur SMS wesentlich höheren Datenmenge ist dieser zusätzliche Speicher nötig, der sonst im SMSC integriert ist.

Eine eigene Benutzerdatenbank (User Preferences) enthält Profile aller Teilnehmer bzw deren Geräte, welche Art von Nachrichten wie zugestellt werden sollen. So kann ein Teilnehmer zB festlegen, dass er bestimmte MMS-Dienste, die auf seinem Handy nicht dargestellt werden können per PC oder PDA über Internet abrufen. In diesem Fall erhält der Empfänger eine Benachrichtigung per SMS über das Einlangen einer MMS im MMSC. Die Benachrichtigung enthält dann eine bestimmte Internetadresse, unter der die MMS abrufbar ist.³¹ Um das Teilnehmerprofil selbst verwalten zu können, kann der Teilnehmer über ein WAP-Formular die Parameter seines Profils einstellen. Über dieses Benutzerprofil könnten auch bestimmte Nachrichten bspw von „blockierten Absendern“ herausgefiltert werden.³²

³¹ Möglicherweise ist die Adresse nicht in der Benachrichtigung enthalten, sondern anderweitig vorgegeben.

³² Vgl <http://umtslink.at/GPRS/mms.htm>

III. Gesetzliche Rahmenbedingungen für SMS-Werbung

A. Telekommunikationsgesetz

1. Spam-Verbot nach § 101 TKG

Mit § 101 TKG wurde die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken ohne der vorherigen jederzeit widerruflichen Zustimmung des Empfängers ausdrücklich verboten. Österreich war mit der Statuierung des „opt-in Systems“, das eine vorherige Zustimmung des Empfängers verlangt, weltweit in einer Vorreiterrolle.³³ Im Gegensatz dazu sind bei einer „opt-out Lösung“ Werbemails grundsätzlich zulässig, solange der Empfänger nicht widerspricht. Zu diesem Zweck kann er sich in ein „opt-out-register“, auch Robinson-Liste genannt, eintragen lassen, und dadurch erklären, keine weiteren Werbesendungen bekommen zu wollen.³⁴

Der letzte Satz in § 101 TKG wurde der erst durch die TKG-Novelle 1999³⁵ eingefügt und hatte vor allem das Verbot von unverlangten Massensendungen per E-Mail im Auge. Unter den vom Gesetzgeber gewählten Begriff „elektronische Post“ fallen aber ebenso SMS, da eine Differenzierung sachlich nicht gerechtfertigt wäre, zumal die belästigende Wirkung einer Spam-SMS jedenfalls gleich hoch ist wie durch eine E-Mail.³⁶

In § 101 TKG werden zwei unterschiedliche Tatbestände sanktioniert: Einerseits die massenhafte Zusendung von elektronischer Post und andererseits die Zusendung von elektronischen Post zu Werbezwecken. Damit ist also schon das Versenden einer einzelnen elektronischen Post zu Werbezwecken ohne die vorherige Zustimmung des Empfängers rechtswidrig.

Der Begriff „zu Werbezwecken“ ist weit auszulegen. Der OGH versteht darunter *„jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“*. Werbung diene dazu, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff zu unterstellen sei.³⁷ Die Aufforderung zum Anruf einer

³³ Vgl. *Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243.

³⁴ Siehe dazu III.B.3

³⁵ BGBl I 1999/188

³⁶ so auch *Parschalk, Zuser, Otto*, Telekommunikationsrecht (2002) 137; aA *Haberler/Kerschischnig*, Werbe- und Massenmails: (K)eine Änderung der Rechtslage, wbl 2002, 533

³⁷ Vgl. OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t

gebührenpflichtigen Mehrwertnummer ist per se Werbung.³⁸ Schon die Einholung der Zustimmung des Empfängers zu der Zusendung von Werbenachrichten erfolgt zu Werbezwecken im Sinn des § 101 TKG.³⁹

Der zweite Tatbestand des § 101 TKG bereitete bisher insoweit Schwierigkeiten, als unklar war, wann eine Massensendung vorliegen soll. Die Bandbreite reichte von 10, 50, bis zu 400 Nachrichten in Anlehnung an die „Info-mails“ der Post.⁴⁰

Was die Qualität der Zustimmung des Empfängers betrifft, so kann diese einerseits ausdrücklich erfolgen, andererseits auch konkludent. Fraglich ist hier allerdings, wann eine konkludente Zustimmung vorliegt. Reicht eine verständlich formulierte Bestimmung in den AGB des Versenders bereits aus, und ist in einer bestehenden Geschäftsbeziehung eine solche Zustimmung zu erblicken?⁴¹

Aufgrund der Neuregelung in § 107 TKG 2003 erübrigt sich hier eine Diskussion, allerdings bleiben etwa hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses auch mit der Neuregelung Fragen offen und wird weiter unten darauf eingegangen.

2. Neuregelung durch § 107 TKG 2003

In Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (E-Datenschutz-RL)⁴² wurden unerbetene Nachrichten durch § 107 TKG 2003 neu geregelt.

Die E-Datenschutz-RL definiert den Begriff elektronische Post in Art 2 lit h denkbar weit als *„jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird.“* Der österreichische Gesetzgeber hat dementsprechend in § 107 klargestellt, dass elektronische Post auch SMS einschlieÙe. Darüber hinaus sind aber ebenso MMS⁴³ und zukünftige Dienste des UMTS⁴⁴ erfasst.⁴⁵

³⁸ Vgl UVS Stmk 29.03.2002, 30.2-153/2001, MR 2002, 420

³⁹ Vgl OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t

⁴⁰ Vgl Laga, ÖBl 2000, 243, Seidelberger in Brenn, E-Commerce und Werberecht, ECG 60; zur Neuregelung siehe unten

⁴¹ Seidelberger in Brenn, ECG 61; Seidelberger hält eine Zustimmung über AGB für nicht ausreichend, da sie einen ungewöhnlichen Inhalts darstellen würde. Dafür soll in einer bestehenden Geschäftsbeziehung eine konkludente Zustimmung zu erblicken sein. AA Haberler/Kerschischnig, wbl 2002, 533: die AGB Klausel müsse nur hervorgehoben und verständlich formuliert werden.

⁴² Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) ABl 31.07.2002, L 201/37

⁴³ Multimedia Messaging Service; auch wenn die MMS-Technik nicht auf dem SMS-Standard basiert, wird der Einfachheit halber nur von SMS gesprochen.

⁴⁴ Universal Mobile Telecommunication System; Dritte Generation des Mobilfunks (3G)

⁴⁵ Vgl Mosing, Gedanken zum Entwurf des § 106 Kommunikationsgesetz, unter <http://www.it-law.at>

Mit Art 13 der E-Datenschutz-RL hat man sich – im Gegensatz zur E-Commerce-RL nun auch auf europäischer Ebene zu einem opt-in System durchgerungen. Verglichen mit der bisherigen Regelung des § 101 TKG in Österreich wurde das Schutzniveau durch Umsetzung der Richtlinie allerdings herabgesetzt. So ist erstens künftig nur noch der Verbraucher vor spamming geschützt (opt-in), und darüber hinaus besteht auch gegenüber Verbrauchern eine Ausnahme.

a) Schutz der Verbraucher / natürlicher Personen

Nach § 107 Abs 2 TKG 2003 ist die Zusendung einer elektronischen Post an Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ohne vorherige Einwilligung unzulässig. Demgegenüber soll das Verbot gemäß Art 13 der E-Datenschutz-RL für natürliche Personen gelten. Die Einschränkung auf Verbraucher in § 107 widerspricht daher hinsichtlich jener natürlichen Personen, die ein Unternehmen iS des KSchG betreiben (etwa Einzelkaufleute, Land- und Forstwirte, Freiberufler) dem klaren Wortlaut des Art 13.⁴⁶

Den Materialien ist zu entnehmen, dass die Unterscheidung von elektronischer Post zwischen business to business und business to consumer vorgenommen wurde, um Befürchtungen der Wirtschaft, dass diese Bestimmung die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs beeinträchtigen könnte, Rechnung zu tragen. Dem ist einerseits entgegenzuhalten, dass die Zusendung von elektronischer Post zu Werbezwecken zwischen Unternehmen schon bisher rechtswidrig war, andererseits könnte gerade die Verwendung eines beweglichen Begriffes, wie es der Verbraucherbegriff ist, zu Rechtsunsicherheit und damit zu einer Beeinträchtigung des elektronischen Geschäftsverkehrs führen.⁴⁷

Ein Verbraucher ist jemand nämlich dann, wenn ein Geschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Für die Zulässigkeit der Werbung kommt es daher in einigen Fällen genau auf den Inhalt der Werbung an, im Zweifel ist in Analogie zu § 344 HGB die Zugehörigkeit eines Rechtsgeschäftes zum Betrieb des Unternehmens zu vermuten.⁴⁸ Bekommt etwa ein Rechtsanwalt Werbung für Kanzleisoftware, ist dies zulässig, bekommt er Werbung für ein günstiges Kreditangebot, wäre es im Zweifelsfall auch noch zulässig, betrifft die Werbung aber irgendwelche Medikamente, dann ist sie rechtswidrig.

b) Schutz der Unternehmer / juristischer Personen

Hinsichtlich juristischer Personen bleibt es nach Art 13 Abs 5 der E-Datenschutz-RL den Mitgliedstaaten überlassen, ob jene gegen unerbetene

⁴⁶ Vgl *Jahnel*, Spamming, Cookies, Web-Logs, LBS und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, wbl 2003, 108; *Lachmair*, Die neue Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, RdW 2003/3; *Stomper*, Das neue Spam-Verbot, Neuregelung eines Spam-Verbots in Europa und Österreich, SWK 2002, W 91;

⁴⁷ Vgl *Stomper*, SWK 2002, W 91

⁴⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹¹ II (2000) 364; OGH 11.07.1990, 3 Ob 578/90, SZ 63/134

Direktwerbungsnachrichten geschützt werden sollen. Die Mitgliedstaaten haben aber dafür Sorge zu tragen, dass die berechtigten Interessen der juristischen Personen gewahrt bleiben. Sie haben zumindest ein opt-out-Register für juristische Personen, die derartige Nachrichten nicht bekommen möchten, einzurichten.⁴⁹

§ 107 TKG 2003 sah ursprünglich – nämlich in der Regierungsvorlage – keine Bestimmungen zum Schutz für juristische Personen vor unerbetenen Nachrichten vor. Ein opt-out Register wird allerdings schon aufgrund von § 7 ECG von der RTR-GmbH geführt und erhält damit einen erweiterten Anwendungsbereich.⁵⁰

Nun hat man aber mit § 107 Abs 4 TKG 2003 doch noch eine Bestimmung eingefügt⁵¹, die allen anderen als in Abs 2 genannten Empfängern, also Unternehmern iSd § 1 KSchG einschließlich juristischen Personen einen gewissen Schutz bieten soll. Grundsätzlich ist die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – an diese ohne vorherige Einwilligung zulässig. Der Absender muss dem Empfänger aber in der elektronischen Post (oder in der SMS)⁵² die Möglichkeit einräumen, den Empfang weiterer Nachrichten abzulehnen. Darüber hinaus darf der Absender seine Identität nicht verschleiern (Abs 5).⁵³

Fraglich ist die Abgrenzung bei E-Mail-Werbung an Adressen von einzelnen Mitarbeitern eines Unternehmens (vorname.nachname@firma.at) und bei SMS-Werbung an Firmenhandys. Spricht der Inhalt nur Verbraucher an, muss dies grundsätzlich ohne vorherige Zustimmung unzulässig sein (nach Abs 2). Ist auch eine Zugehörigkeit zum Betrieb des Unternehmens möglich, d.h. kommt die Verwendung des beworbenen Produktes auch im Unternehmen in Betracht oder aber ist es kein privat zu nutzendes Produkt, dann muss lediglich eine opt-out Möglichkeit in jeder Nachricht eingeräumt werden.

Die praktische Umsetzung der opt-out Möglichkeit, die ja ausdrücklich eingeräumt werden muss, ist aufgrund der beschränkten Länge einer SMS alles andere als leicht. Um Textnachrichten mit „STOP SMS unter 0800/123456“ (26 von 160 Zeichen) zu vermeiden, muss erst wieder die zumindest konkludente Zustimmung eingeholt werden.

c) Direktwerbung oder Massensendung

Wie schon bei § 101 TKG wird weiterhin zwischen einer Zusendung zu Werbezwecken - § 107 spricht nun von Direktwerbung - und einer Massensendung unterschieden. Der Begriff der Massensendung wurde nun klar definiert und damit den langen Diskussionen ein Ende gesetzt. Eine

⁴⁹ Erwägungsgrund 45 der Richtlinie; Vgl *Mosing*, Gedanken zum Entwurf des § 106 Kommunikationsgesetz, unter <http://www.it-law.at>

⁵⁰ Vgl unten III.B.3

⁵¹ Abs 4 wurde erst aufgrund eines Abänderungsantrages zur RV in § 107 eingefügt.

⁵² Möglicherweise sollte die nochmalige Anführung von SMS der Klarstellung dienen. Sie ist aber falsch, da elektronische Post – wie ebenfalls ausdrücklich klargestellt – SMS mit einschließt.

⁵³ siehe unten III.A.2.f)

Massensendung liegt dann vor, wenn die Zusendung an mehr als 50⁵⁴ Empfänger gerichtet ist. Bei einer derart niedrigen Schwelle, die in der Richtlinie übrigens nicht näher spezifiziert ist, stellt sich freilich die Frage, ob ein Verbot von Massensendungen überhaupt notwendig ist, da elektronische Nachrichten zu Werbezwecken ohnedies ohne vorherige Einwilligung grundsätzlich unzulässig sind und die Rechtsprechung von einem weiten Begriff der Werbung ausgeht.⁵⁵ Sinn der Bestimmung kann also nur der Schutz der Kommunikationsnetze und Server vor Überlastung sein. Dafür ist die Zahl wohl zu gering angesetzt.

Offen bleibt nach dem Wortlaut, ob zu den 50 Empfängern auch Unternehmer sowie Verbraucher, die eingewilligt haben, gerechnet werden. Möchte man nicht zu dem Ergebnis kommen, dass die Zusendung an 50 Verbraucher mit Einwilligung und einen ohne bezüglich des einen Empfängers rechtswidrig wäre, während die Versendung an 50 Empfänger ohne Einwilligung zulässig ist, kann nur die Variante richtig sein, dass zu den Empfängern nur Verbraucher ohne Einwilligung zu rechnen sind. Für den Empfänger ist in allen Fällen schwer erkennbar – im Falle der SMS überhaupt nicht – an wie viele andere Empfänger die Nachricht geschickt wurde, und vielmehr noch wie viele davon Unternehmer sind bzw Verbraucher, die zugestimmt haben. Dies hat in der Praxis vielleicht wenig Relevanz, da meist ohnehin eine Werbesendung vorliegen wird, zeigt aber, dass das Verbot der Massensendungen in dieser Form unnötig ist.

Der Begriff der Direktwerbung ist wohl identisch mit dem bisherigen Begriff zu Werbezwecken. Nach den Materialien⁵⁶ ist er weit zu interpretieren und erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt oder für eine bestimmte Idee einschließlich politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert.

d) Einwilligung des Empfängers

In § 107 TKG 2003 wird sowohl der Begriff der Einwilligung als auch der Zustimmung verwendet. Gemeint ist offenbar dasselbe. Artikel 2 lit f der E-Datenschutz-RL verweist bezüglich der Einwilligung des Empfängers auf die Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie)⁵⁷, die durch das DSG 2000⁵⁸ umgesetzt wurde. § 4 Z 14 DSG 2000 definiert die Zustimmung als *„die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.“* Eine wirksame Zustimmung kann nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck

⁵⁴ In der Regierungsvorlage waren 10 vorgesehen.

⁵⁵ Vgl zum Werbungsbegriff oben § 101 TKG; siehe auch *Jahnel*, wbl 2003, 108; *Horak*, Neues zur E-Mail-Werbung, RdW 2002/585

⁵⁶ Vgl ErläutRV 128 BlgNR 22.GP zu § 107

⁵⁷ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ABI L 281/31 vom 23.11.1995

⁵⁸ Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000) BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2001/136

verwendet werden.⁵⁹ Möglich wird sein, dass mehreren zukünftigen Verwendungen zugestimmt wird, wenn sie hinreichend konkretisierbar sind. Unzulässig sind abstrakte Ermächtigungen ohne Bezug zu einem konkreten Sachverhalt.

Es ist nicht erforderlich, dass die Zustimmung gesondert von anderen rechtlichen Vorgängen erteilt wird. Sie kann im Zusammenhang mit anderen vertraglichen Vereinbarungen gegeben werden.⁶⁰ Eine Zustimmung über AGB wird dann grundsätzlich ausreichend sein, sofern die Klausel hervorgehoben wird und verständlich formuliert ist und folglich der Werbezweck klar hervorgeht.⁶¹ Problematisch ist eine AGB Klausel allerdings dann, wenn der Empfänger damit auch der Zusendung von Werbenachrichten durch andere Unternehmen zustimmt. Hier kann man wohl nicht mehr von Einwilligung für den konkreten Fall sprechen.

Das (freiwillige) Markieren bzw Anklicken eines Feldes auf einer Website beispielsweise mit dem Inhalt „Ich möchte einen wöchentlichen Newsletter über unsere Produktneuheiten bekommen“ ist jedenfalls ausreichend, da der Nutzer hierdurch über regelmäßige Nachrichten zu Werbezwecken betreffend bestimmte Produkte aufgeklärt wurde und somit in Kenntnis der Sachlage ist.⁶²

Die Definition in § 4 DSGVO 2018 schließt nicht aus, dass die Einwilligung schlüssig erteilt wird. In diesen Fällen wird jedoch der Umfang der Einwilligung besonders genau zu prüfen sein.⁶³

e) Konkludente Einwilligung des Verbrauchers

Schon unter § 101 TKG war neben der ausdrücklichen Zustimmung die Zulässigkeit einer konkludenten Zustimmung anerkannt, strittig war allerdings, wann eine solche konkludente Zustimmung anzunehmen ist. Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, dass jene bereits durch eine aufrechte Geschäftsbeziehung gegeben sei.⁶⁴ Der Entwurf zum jetzigen § 107 TKG 2003 sah auch tatsächlich eine Ausnahme vom spam-Verbot für den Fall vor, dass eine Geschäftsbeziehung mit dem Teilnehmer besteht. In der jetzigen Fassung ist davon keine Rede, vielmehr orientieren sich die Ausnahmebestimmungen strenger an Art 13 der E-Datenschutz-RL.

Eine vorherige Zustimmung ist gemäß § 107 Abs 3 TKG 2003 dann nicht erforderlich, wenn der Absender die Kontaktinformation (E-Mail-Adresse / Telefonnummer) im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes⁶⁵ oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und diese nur zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwendet.

⁵⁹ OGH vom 22.03.2001, 4 Ob 28/01y

⁶⁰ Vgl *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz, 125ff

⁶¹ Vgl *Haberler/Kerschischnig*, wbl 2002, 533; aA *Seidelberger* in *Brenn*, ECG 61

⁶² Vgl Erwägungsgrund 17 der E-Datenschutz-RL

⁶³ Vgl *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz, 125ff

⁶⁴ *Seidelberger* in *Brenn*, ECG 61

⁶⁵ Während die E-Datenschutz-RL in Art 13 vom „Verkauf eines Produktes...“ spricht, wurden die Worte „eines Produktes“ in § 107 Abs 3 offenbar vergessen.

Die Ausnahme gilt also nur für dasselbe Unternehmen, das die Kontaktinformation erhalten hat⁶⁶.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der Kontaktinformation zum Zeitpunkt der Erhebung derselben als auch bei jeder einzelnen Zusendung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Schwierig wird die Frage zu beurteilen sein, was ein ähnliches Produkt ist und was nicht. Kommt es auf die Substituierbarkeit an, oder ist ebenso Werbung für Zubehör oder Ersatzteile erlaubt?⁶⁷

Die bloße Gewährung der Möglichkeit der Ablehnung künftiger Direktwerbung allein ist nicht ausreichend, vielmehr muss der Absender den Kunden über die geplante Nutzung der Kontaktinformation zum Zweck der Direktwerbung sowie über die Ablehnungsmöglichkeit unterrichten. Diese Ablehnungsmöglichkeit muss auch bei jeder Zusendung einer Direktwerbung angeboten werden. Was im Falle einer E-Mail relativ einfach über einen link „unsubscribe“ – wie heute zwar schon üblich, allerdings mit zweifelhafter Wirkung - zu realisieren ist, wird angesichts der ohnehin sehr beschränkten Länge von 160 Zeichen bei SMS schwierig umzusetzen sein.

Die Ablehnung muss kostenfrei möglich sein, wobei die Kosten für die Übermittlung der Ablehnung nicht unter die Gebührenfreiheit fallen.⁶⁸ Dies ist im Falle einer E-Mail aufgrund der geringen Onlinegebühren wohl selbstverständlich, die Kosten einer SMS können für den Kunden im Gegensatz dazu schon zum (zusätzlichen) Ärgernis werden und der Kunde sollte sich von vornherein überlegen, die Nutzung seiner Telefonnummer für Werbezwecke schon bei der Erhebung abzulehnen.

Wenn alle Voraussetzungen des Abs 3 erfüllt sind, ist eine vorherige Zustimmung des Empfängers nach Abs 2 nicht erforderlich. In diesen Fällen ist also von einer konkludenten Zustimmung auszugehen. Dies bedeutet aber nicht, dass eine konkludente Zustimmung nur bei Erfüllung der Voraussetzungen des Abs 3 vorliegt. Nach den Materialien⁶⁹ soll etwa eine E-Mail oder SMS mit Urlaubsgrüßen an mehr als 10 (bzw nun 50) Empfänger von der stillschweigenden Zustimmung aller Empfänger gedeckt sein. Die Anforderungen an die Zustimmung seien im Einzelfall anhand der Lebenswirklichkeit zu beurteilen. Beispielsweise soll die Zusendung eines Kreditangebotes durch ein Unternehmen, mit dem der Empfänger noch niemals in Kontakt stand, nur durch ausdrückliche Zustimmung möglich sein.

Je nach Formulierung der Ablehnungsmöglichkeit, die ja jedenfalls klar und deutlich sein muss, können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen konkludenter und ausdrücklicher Zustimmung ergeben. Man denke an ein „Optionsfeld“, bei dem entweder „Ich möchte laufend über Produktupdates informiert werden“ angeklickt werden kann, oder „Ich möchte keine Informationen bekommen“. Ist die erste Variante bereits vorausgewählt, liegt

⁶⁶ Erwägungsgrund 41 der E-Datenschutz-RL

⁶⁷ Vgl Horak, RdW 2002/585

⁶⁸ Erwägungsgrund 41 der E-Datenschutz-RL

⁶⁹ Vgl ErläutRV 128 BlgNR 22.GP zu § 107

eine konkludente Zustimmung vor. Muss erst eine der beiden Optionen angeklickt werden, und wählt der Nutzer die erste, dann ist das eine ausdrückliche Zustimmung. Relevanz hat diese Unterscheidung ohnedies nur dann, wenn man dem Wortlaut des § 107 Abs 2 und 3 TKG 2003 folgt und eine Ablehnungsmöglichkeit etwa mittels link nur für die Fälle der konkludenten Zustimmung nach Abs 3 als verpflichtend ansieht. Entgegen der bisherigen Regelung in § 101 TKG ist eine jederzeit widerrufliche Einwilligung des Empfängers hinsichtlich der Zusendung einer elektronischen Post in § 107 Abs 2 TKG 2003 nicht vorgesehen. Dementsprechend ist der Abmeldelink bei einem abonnierten SMS-Newsletter bzw sonstigen SMS-Dienst nicht erforderlich.

f) Verbot anonymer elektronischer Nachrichten

Jedenfalls unzulässig ist gemäß § 107 Abs 5 TKG 2003 die Zusendung elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder wenn keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann. Die Vorschrift soll dazu dienen, die wirksame Durchsetzung der Gemeinschaftsvorschriften für unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung zu erleichtern.⁷⁰

Das Verbot gilt sowohl für Direktwerbung an Verbraucher als auch gegenüber Unternehmern.

Keine Verpflichtung zur authentischen Adresse besteht für elektronische Nachrichten im privaten Bereich. Versendet man eine SMS von seinem Mobiltelefon, ist die Absendernummer im SMS aber ohnehin enthalten. Folglich betrifft das nur über Internet versendete rein private SMS.

Die Bestimmung des § 107 Abs 5 TKG 2003 überschneidet sich zum Teil mit den Informationspflichten nach § 5 ECG⁷¹. Es ist allerdings nicht unbedingt erforderlich, dass der Absender über seinen Namen identifiziert werden kann. Nach § 107 reicht im Gegensatz zu § 5 ECG die Absenderadresse – bei SMS also die Telefonnummer – aus. Das gilt natürlich nur dann, wenn der Absender über diese auch tatsächlich kontaktiert werden kann.⁷²

g) Versand von elektronischer Post aus dem Ausland

Der letzte Absatz⁷³ des § 107 TKG 2003 bringt wahrscheinlich mehr Probleme, als er lösen wollte.

⁷⁰ Erwägungsgrund 43 der E-Datenschutz-RL

⁷¹ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) BGBl I 2001/152; siehe unten III.B.2

⁷² Vgl ErläutRV 128 BlgNR 22.GP zu § 107

⁷³ Dieser wurde erst aufgrund eines Abänderungsantrages zur RV in § 107 eingefügt.

Abs 6 fingiert für nicht im Inland begangene Verwaltungsübertretungen nach Abs 1, d.h. betreffend Werbeanrufe und Werbefaxe, dass diese an jenem Ort als begangen gelten, an dem der Anruf den Anschluss des Teilnehmers erreicht.

§ 2 Abs 2 VStG⁷⁴ lautet allerdings: „Eine Übertretung ist im Inland begangen, wenn der Täter im Inland gehandelt hat oder hätte handeln sollen oder wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Inland eingetreten ist“. Demnach ist ein Werbeanruf oder die Zusendung eines Werbefaxes ohnedies im Inland begangen, da der Erfolg im Inland eingetreten ist.

Möglicherweise wollte man dies nur klarstellen und hat diese unglückliche Formulierung gewählt.

Da sich die Bestimmung ausdrücklich auf Abs 1 bezieht und nicht auf die Absätze 2 bis 5 könnte man auf die Idee kommen, im Umkehrschluss zu folgern, dass E-Mails und SMS, die aus dem Ausland an eine österreichische E-Mail-Adresse bzw Telefonnummer gesendet werden, nach § 107 TKG 2003 nicht strafbar sind.⁷⁵

Ähnlich argumentiert *Laga*, dass der Erfolg schon mit dem Verlassen der E-Mail aus dem Herrschaftsbereich des Versenders eingetreten ist.⁷⁶ *Laga* geht dabei allerdings vom Begriff „Versenden“ statt des in § 107 TKG 2003 wie auch zuvor in § 101 TKG verwendeten Begriffs „Zusendung“ aus. Der Erfolg der Zusendung kann daher erst dann eingetreten sein, wenn die E-Mail am Mailserver des Empfängers bzw die SMS am Handy eingelangt ist.⁷⁷ Damit gilt das Spam-Verbot in § 107 auch für ausländische Diensteanbieter. Dies schon deshalb, da Vorschriften über die Zulässigkeit nicht angeforderter Werbung gemäß § 21 ECG vom Herkunftslandprinzip ausgenommen sind.

Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber das Schutzniveau gegenüber Spammern – abgesehen von dem ohnehin verringerten Schutz der Verbraucher hinsichtlich Direktwerbung für ähnliche Produkte (Abs 3) und dem bloßen Minimalschutz der Unternehmer (Abs 4) – sicherlich nicht herabsetzen, vor allem nicht gegenüber ausländischen Diensteanbietern, welche für die meisten spam-mails verantwortlich sind. Ein Umkehrschluss aus Abs 6 würde ausländische Diensteanbieter ja geradezu einladen, Österreich mit spam-mails bzw spam-SMS zu überfluten. Abs 6 kann daher nur so verstanden werden, dass er sich ausschließlich auf Werbeanrufe aus dem Ausland bezieht, dass diese jedenfalls strafbar sein sollen und dass man jede Diskussion vermeiden wollte, wo der Erfolg bei einem Anruf eintritt.

⁷⁴ Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl 1991/52

⁷⁵ Vgl RTR-GmbH, *Kronegger*, Informationen betreffend unerwünschte Werbung mittels elektronischer Post (Spam) August 2003, <http://www.rtr.at>

⁷⁶ Vgl *Laga*, ÖBl 2000, 243

⁷⁷ Vgl *Seidelberger* in *Brenn*, ECG 60; *Stomper* in *Stomper* (Hrsg), Praxishandbuch Internetrecht 190;

h) Strafbestimmung

Die Verwaltungsstrafe für Verstöße gegen § 107 TKG 2003 wurde auf einen runden Betrag erhöht und beträgt gemäß § 109 Abs 3 nun bis zu 37.000 Euro je Verstoß.

3. Missbräuchliche Verwendung von Telekommunikationsendeinrichtungen - § 78 TKG 2003

§ 78 TKG 2003 normiert ein Verbot der missbräuchlichen Verwendung von Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen. Hinsichtlich Spam-SMS sind zwei relevante Tatbestände zu unterscheiden. Einerseits ist jede Nachrichtenübermittlung, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit oder die Sittlichkeit gefährdet oder welche gegen die Gesetze verstößt (Abs 1 Z 1) als missbräuchliche Verwendung anzusehen. Darunter fallen Nachrichten mit rechtswidrigen Inhalten⁷⁸, beispielsweise pornographischen oder rechtsradikalen Inhalten, aber auch unerlaubten Glücksspielen.

Zweitens ist auch jede grobe Belästigung oder Verängstigung anderer Benutzer eine missbräuchliche Verwendung (Abs 1 Z 2). Auf gewöhnliche elektronische Nachrichten zu Werbezwecken findet die Bestimmung daher keine Anwendung⁷⁹, da die in § 107 TKG 2003 vorgesehene Ausnahme vom spam-Verbot hinsichtlich Direktwerbung an Verbraucher für eigene ähnliche Produkte sonst sinnlos wäre. Auch auf elektronische Nachrichten an Unternehmer, für welche nach § 107 TKG 2003 grundsätzlich eine opt-out-Regelung gilt, darf § 78 TKG nicht ersatzweise angewendet werden.

Eine grobe Belästigung bewirken SMS, die einen wesentlich höheren Unrechtsgehalt aufweisen als gewöhnliche Werbe-SMS. So ist eine Verständigung von einem angeblichen Gewinn per Massen-SMS, wobei der Empfänger dazu verleitet wird, eine Mehrwertnummer anzurufen, um seinen Gewinn anzufordern, eine grobe Belästigung. Eine solche liegt also dann vor, wenn der Inhalt der Nachricht zu einem Anruf verleitet bzw. nötigt.⁸⁰ In diesem Fall steht § 78 in Idealkonkurrenz mit § 107 TKG 2003. Somit ist eine kumulative Bestrafung möglich, wobei die Strafdrohung für die Übertretung des § 78 mit 4.000 Euro weit geringer ist als nach § 107 mit 37.000 Euro.

Während sich § 78 Abs 1 an den unmittelbaren Täter richtet, hat auch der Inhaber einer Funkanlage oder Telekommunikationsendeinrichtung, soweit ihm das zumutbar ist, geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine missbräuchliche Verwendung auszuschließen (Abs 2). Ausgenommen sind allerdings Diensteanbieter, die lediglich den Zugang zu Kommunikationsdiensten vermitteln. Damit wollte man jedenfalls Internet Access-Provider von der Haftung ausnehmen. Problematisch ist die Formulierung „lediglich“, da die meisten Provider nicht nur den Zugang

⁷⁸ Die Bestimmung erfasst aber auch „an sich“ rechtswidrige Nachrichtenübermittlungen zB durch Wanzen. Vgl § 120 StGB („Missbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten“)

⁷⁹ Vgl *Haberler/Kerschischinig*, wbl 2002, 533

⁸⁰ Vgl UVS Stmk 29.03.2002, 30.2-153/2001, MR 2002, 420

vermitteln, sondern darüber hinaus Dienste anbieten und zT auch Content liefern⁸¹. Daher ist auch nicht klar, inwieweit Betreiber von Mobilfunkdiensten als Access-Provider angesehen werden können.

Hintergrund der Ausnahme ist das Spannungsverhältnis mit dem Kommunikationsgeheimnis. Es erscheint unangemessen, einen Diensteanbieter einerseits zu verpflichten, alle geeigneten Maßnahmen zum Ausschluss missbräuchlicher Verwendung zu ergreifen, andererseits jedoch das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen von Nachrichten außerhalb der StPO zu untersagen (§ 93 TKG 2003).

Entschärft wird das Problem dadurch, dass geeignete Maßnahmen nur getroffen werden müssen, soweit dies zumutbar ist. Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit wird man zu dem Ergebnis kommen, dass kein Inhaber einer Funkanlage oder Telekommunikationsendeinrichtung zum Treffen einer Maßnahme verpflichtet sein kann, die ihn zu einer Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses zwingen würde.⁸² Eine generelle Überwachungspflicht von SMS bezüglich rechtswidriger Inhalte besteht – abgesehen von der schwierigen technischen Realisierung – daher jedenfalls nicht. Ein Mobilfunkbetreiber könnte nach § 78 aber dann haftbar werden, wenn ihm die Nachricht mit verbotenem Inhalt bekannt wird.⁸³

4. Kommunikationsgeheimnis und Datenschutz

Vom Kommunikationsgeheimnis sind gemäß § 93 TKG 2003 sowohl die Inhalte übertragener Nachrichten, ebenso wie Verkehrsdaten und Standortdaten umfasst. Unter Verkehrsdaten versteht man jene Informationen, die für die gesamte Weiterleitung einer Nachricht über das elektronische Kommunikationsnetz oder für die Fakturierung erforderlich sind. Dazu gehören unter anderem die aktive und passive Teilnehmernummer, die Art des Endgerätes, der Tarifcode, Datum, Zeitpunkt und Dauer der Verbindung, das Netz des Versenders oder Empfängers. Standortdaten sind idR ein Spezialfall der Verkehrsdaten und geben den geografischen Standort eines Handys oder einer sonstigen Telekommunikationsendeinrichtung an.

Die Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses trifft jeden Betreiber, aber auch sonst alle Personen, die an der Tätigkeit des Betreibers mitwirken.

Wie bereits erwähnt ist das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrs- und Standortdaten ohne Einwilligung aller beteiligten Benutzer unzulässig. Ausgenommen sind lediglich Notrufe und Fälle der Fangschaltung.

Eine allgemeine Überwachungspflicht für Mobilfunkbetreiber hinsichtlich missbräuchlicher Verwendung lässt sich damit nicht mit dem Kommunikationsgeheimnis vereinbaren und ist deshalb auch nicht vorgesehen. Es stellt sich aber die Frage, ob der SMS-Verkehr freiwillig zumindest mit der

⁸¹ Vgl Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz (2000) 428f

⁸² Vgl Glas/Vartian, Handbuch Telekommunikationsrecht, 184f

⁸³ siehe auch Haftungsprivilegien des ECG, unten III.B.5

Einwilligung des Empfängers der Nachricht überhaupt kontrolliert werden darf. Dies ist Voraussetzung für den Einsatz von Spam-Filtern.

a) Einsatz von Spam-Filtern

Von den meisten Internet-Providern werden Spam-Filter bereits eingesetzt⁸⁴. Die Filterung erfolgt dabei in mehreren Stufen. E-Mails werden nicht nur auf verdächtige oder ungültige Absenderadressen überprüft, sondern es werden auch Content Filter eingesetzt, die nach Spam-typischen Phrasen und Wörtern suchen. Eine inhaltliche Kontrolle der eingehenden Nachrichten ist aber wohl unter das „sonstige Überwachen von Nachrichten“ iS des § 93 Abs 3 zu subsumieren. Folglich wäre die Einwilligung aller beteiligten Benutzer erforderlich. Bei strenger Auslegung käme man zu dem seltsamen Ergebnis, dass auch die Einwilligung gerade der Person erforderlich wäre, die die unerwünschten Nachrichten verschickt. So kann es wohl nicht sein.

Dagegen lässt sich argumentieren, dass es allein Angelegenheit des Empfängers der Nachricht ist, ob er sie liest oder aber ungelesen löscht. Es kann auch keinen Unterschied machen, ob der Empfänger die E-Mails an seinem eigenen Computer auf seiner Festplatte löscht, oder dies auf dem Server z.B. per Webmail erledigt, oder aber nach bestimmten Kriterien bereits von jemand anderem, nämlich seinem Provider, machen lässt. Dementsprechend werden von den Providern Nachrichten erst gefiltert, wenn der Empfänger den Spam-Filter aktiviert hat. Nachrichten werden dann je nach Wahrscheinlichkeit, dass es sich dabei um spam handelt, in Kategorien eingeteilt und nach den Wünschen des Empfängers entweder gelöscht, zurückgeschickt, in bestimmte Ordner verschoben oder aber speziell markiert. Im Ergebnis werden die Nachrichten daher nicht vom Provider überwacht, sondern lediglich im Auftrag des Empfängers vollautomatisch gefiltert und nach seinen Vorgaben weiter behandelt.

Was im Bereich der Internet-Provider bereits gängige Praxis ist, wird von den Mobilfunkbetreibern erst getestet.⁸⁵ Der Einsatz von Spam-Filtern für elektronische Post⁸⁶ muss auch hier zulässig sein, sofern die Filterung im Auftrag des Empfängers und nach seinen Vorgaben erfolgt. In der Praxis problematisch könnte sein, dass SMS nicht wie E-Mails unterschiedlich behandelt wie z.B. in verschiedene Ordner verschoben werden können, und auch nicht speziell im Header markiert werden können, sodass sie der Empfänger leicht aussortieren kann. SMS können nur zugestellt werden, oder nicht. Deshalb wäre auch eine generelle Filterung von Massen-SMS⁸⁷ mit unbekanntem Absender sinnvoll.⁸⁸ Fraglich ist, ob auch das mit dem

⁸⁴ Vgl EUNET <http://www.eunet-ag.at/spam>, Spam-Filter der Universität Wien http://www.univie.ac.at/comment/03-1/031_40.html

⁸⁵ Vgl Vodafone Netherlands 10.06.2003 „Vodafone introduces anti-SMS SPAM filter“ <http://www.vodafone.com>

⁸⁶ also SMS, MMS etc.

⁸⁷ Es ist möglich, Massensendungen zu erkennen, indem für jede Nachricht eine Prüfsumme über ihren Inhalt gebildet wird und diese Prüfsummen dann verglichen werden. vgl <http://www.rhyolite.com/anti-spam/dcc/> (betreffend Massenmails)

⁸⁸ Darauf basiert offenbar auch der SMS Spam-Filter von Vodafone Netherlands

Kommunikationsgeheimnis vereinbar ist, da der Filter in diesem Fall wohl nicht von jedem einzelnen Empfänger aktiviert wird und der Mobilfunkbetreiber somit nicht mehr im Auftrag aller Empfänger tätig wird. Man kann argumentieren, dass das Kommunikationsgeheimnis die Vertraulichkeit der Kommunikation der beteiligten Benutzer schützen will. Der Absender einer massenweise versendeten Werbebotschaft ist jedoch nicht schutzwürdig. Er ist nicht an der Vertraulichkeit interessiert, sondern vielmehr daran, dass möglichst viele Personen seine Botschaft erfahren. Mit dieser Argumentation kommt man aber dennoch nicht um die Einwilligung der Empfänger herum, begnügt man sich nicht mit einer mutmaßlichen Einwilligung. Eine Einwilligung könnte über AGB erfolgen.

b) Datenschutz – location based advertising

Im Zusammenhang mit Standortdaten sei erwähnt, dass diese sicherlich hervorragend für den standortbezogenen Versand von Werbe-SMS („location based advertising“) genutzt werden könnten.⁸⁹ Der Kunde, der in den nächsten Minuten an einem Geschäft vorbeisclendern wird, könnte per SMS über aktuelle Sonderangebote informiert werden und einen Rabatt gegen Vorweis der SMS erhalten.⁹⁰ Abgesehen davon, dass der Empfänger schon grundsätzlich der Zusendung von Direktwerbung zugestimmt haben muss, sind dieser Werbemethode allerdings noch weitere Schranken gesetzt.

Während bisher für solche Dienste die vorherige schriftliche Zustimmung des Betroffenen, welche ausdrücklich als Antwort auf ein Ersuchen des Betreibers gegeben wurde, erforderlich war (§ 91 Abs 2 TKG), reicht nun bereits eine jederzeit widerrufbare Einwilligung des Handybesitzers aus (§102 TKG 2003). Der Begriff der Einwilligung entspricht § 4 Z 14 DSGVO 2000 und lässt auch eine solche über AGB zu.⁹¹ Wenn eine Einwilligung gegeben wurde, muss wie gesagt weiterhin die Möglichkeit bestehen, die Datenverarbeitung zeitweise einfach und kostenlos zu untersagen.

B. E-Commerce-Gesetz⁹²

1. Anwendbarkeit auf SMS-Werbung

Das ECG ist nur für Dienste der Informationsgesellschaft anzuwenden. Darunter ist nach der Legaldefinition in § 3 ECG, die in Anlehnung an die im

⁸⁹ Vgl *Fallenböck*, Der Einsatz von Location Based Services – eine erste Analyse rechtlicher Problemfelder, MR 2002, 182; *Fallenböck/Haberler*, Ortsbezogene Dienste für Handys: Droht der gläserne Benutzer? Rechtspanorama 10.06.02, Die Presse 2002/24/01

⁹⁰ Vgl *Krajewski*, Werbung über das Handy, Zur Zulässigkeit kommerzieller SMS-Nachrichten, MMR 2/2001, 86

⁹¹ siehe oben III.A.2.d)

⁹² Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) BGBl I 2001/152

Wesentlichen gleichlautende Legaldefinition des § 1 Notifikationsgesetz⁹³ formuliert wurde, „*ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst*“, insbesondere auch Online Werbung sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, zu verstehen. Der Begriff der Online-Werbung ist dabei weit zu fassen. Nach den ErläutRV zählt dazu auch SMS-Werbung.⁹⁴ Da aber zT bestritten wird, dass das ECG auf SMS-Dienste anwendbar ist⁹⁵, soll dies im Folgenden näher untersucht werden.

In der Regel gegen Entgelt bereitgestellte Dienste werden in Gewinnerzielungs- bzw in Erwerbsabsicht erbracht. Es ist aber nicht geboten, dass die Dienste von demjenigen vergütet werden, der sie empfängt. Sie können auch von einem Sponsor finanziert sein. Auch Eigenwerbung bzw den Unternehmenswert steigernde unentgeltliche Angebote fallen darunter.

Rein private Dienste ohne ökonomischen Hintergrund stellen ebenso wie die Verwendung der elektronischen Post als bloßes Kommunikationsmittel keinen Dienst der Informationsgesellschaft dar.⁹⁶

Ein elektronisch bereitgestellter Dienst liegt dann vor, wenn Daten sowohl beim Sender als auch beim Empfänger elektronisch verarbeitet und gespeichert werden. Dazu zählen nach den ErläutRV SMS-Dienste, WAP⁹⁷-Dienste und UMTS-Dienste. Keine elektronisch erbrachten Dienste seien hingegen Sprachtelefon-, und Telefaxdienste.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da Sprachtelefonie jedenfalls über Festnetz und GSM leitungsvermittelt übertragen wird. Das bedeutet, dass die Nachrichten-Verbindung zwischen Teilnehmer A und B durchgeschaltet wird und den beiden Teilnehmern exklusiv zur Verfügung steht. Es erfolgen daher keine Speichervorgänge und folglich kann es auch kein elektronisch erbrachter Dienst sein.

Daran ändert sich auch durch die neuen Techniken GPRS und UMTS nichts. Bei UMTS, welches dem Anwender aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsmöglichkeiten verschieden hohe Datenraten teils paketvermittelt teils leitungsvermittelt zur Verfügung stellt, wird Sprachtelefonie (zumindest derzeit) ebenso leitungsvermittelt übertragen.

⁹³ Bundesgesetz zur Durchführung eines Informationsverfahrens auf dem Gebiet der technischen Vorschriften, der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft und der Normen (Notifikationsgesetz 1999 – NotifG 1999) BGBl I 1999/183

⁹⁴ Vgl Seidelberger in Brenn, ECG 59

⁹⁵ Vgl Brenn, ECG 194, Brenn ist der Ansicht, SMS-Diensten mangle es an Interaktivität, folglich werden sie nicht individuell abgerufen; im Widerspruch dazu zählt er SMS-Dienste aber zu nicht elektronisch erbrachten Diensten (vgl S 195); Brenn ist allerdings insoweit zuzustimmen, als die Informationspflichten nach § 5 (dazu unten) bei SMS kaum erfüllt werden können.

⁹⁶ Vgl ErläutRV 817 BlgNR 21.GP

⁹⁷ Wireless Application Protocol: ermöglicht die drahtlose Übertragung von Internet-Inhalten zu WAP-fähigen Handys

GPRS⁹⁸ wird nur für Datendienste verwendet, beispielsweise WAP-Dienste, nicht hingegen für Sprachtelefonie.

SMS werden paketorientiert übertragen. Die Nachricht wird beim Versender in mehrere Pakete zerlegt, die dann unterschiedliche Wege über das Netz nehmen können, und beim Empfänger wieder zusammengestellt werden. Aufgrund unterschiedlicher Laufzeiten müssen die Pakete zwischengespeichert werden. Daher liegt hier ein elektronisch erbrachter Dienst vor.

Eine weitere Voraussetzung für Dienste der Informationsgesellschaft ist, dass diese individuell abrufbar sein müssen (Punkt-zu-Punkt-Übertragung). Nicht darunter fallen Dienste, die gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern bereitgestellt werden. Anhang 1 des Notifikationsgesetzes zählt beispielsweise Fernsehdienste, Hörfunkdienste und Teletext auf, welche als Punkt-zu-Multipunkt-Übertragung nicht individuell abgerufen werden. Als Hilfskriterium kann nach den ErläutRV die Interaktivität herangezogen werden. Die übermittelte Information soll überwiegend von den Eingaben des Empfängers abhängen. Aus der NotifikationsRL⁹⁹ lässt sich dies allerdings nicht ableiten.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das ECG auf SMS-Dienste anzuwenden ist.¹⁰⁰

2. Allgemeine Informationspflichten

Liegt ein Dienst der Informationsgesellschaft iSd § 3 ECG vor, treffen den Diensteanbieter umfassende Informationspflichten, wobei zwischen allgemeinen Informationspflichten und besonderen Informationspflichten beim Abschluss von Verträgen unterschieden werden kann. Nicht alle dieser Informationspflichten sind jedoch auf SMS-Dienste anwendbar.

Schwerlich mittels SMS umzusetzen sind die allgemeinen Informationen nach § 5, welche leicht und unmittelbar zugänglich zur Verfügung gestellt werden müssen. Dazu zählen Name bzw Firma, geografische Anschrift, Firmenbuchnummer, die zuständige Aufsichtsbehörde und ein Hinweis auf die anwendbaren gewerbe- und berufsrechtlichen Vorschriften. Aufgrund der beschränkten Länge einer SMS kann der Diensteanbieter seine Pflicht nur dadurch erfüllen, dass die SMS eine Internetadresse (URL) enthält, unter der die Informationen rasch aufgefunden werden können.

Zumindest müssen aber der Diensteanbieter und die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag das Werbe-SMS verschickt wurde,

⁹⁸ General Packet Radio Service: Standard für die paketvermittelte Datenübertragung über GSM auf mobile Endgeräte, wobei die Abrechnung per Datenaufkommen erfolgt. GPRS gilt als Übergang zu den schnelleren Übertragungsraten von UMTS.

⁹⁹ Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABI L 204/37 vom 21.07.1998

¹⁰⁰ so auch *Kresbach*, E-Commerce, Nationale und internationale Rechtsvorschriften zum Geschäftsverkehr über elektronische Medien (2002) 43; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, Kommentar und Handbuch (2002) Rz 75; nicht anwendbar ist das ECG auf SMS Cell Broadcast, da hier eine Punkt-zu-Mehrpunktverbindung vorliegt.

erkennbar sein. Letzteres ergibt sich aus § 6, der darüber hinaus fordert, dass die „kommerzielle Kommunikation“¹⁰¹ klar und eindeutig als solche erkennbar ist. Ist der Werbecharakter nicht von vornherein klar, müsste durch Hinweise wie „Werbung“ oder „Anzeige“ darauf aufmerksam gemacht werden. In den meisten Fällen wird der Werbezweck bei einer Werbe-SMS wie etwa auch bei der Bannerwerbung ohnehin klar erkennbar sein, sodass die Angabe des Diensteanbieters und Auftraggebers ausreichen wird. Die Informationspflichten wären also zB mit „Ein Service von Ö3 und A1, Infos unter www.a1.net“ (bereits 49 von 160 möglichen Zeichen!) erfüllt.

Ein Verstoß gegen die in § 5 Abs 1 und § 6 normierten Informationspflichten stellt eine Verwaltungsübertretung dar und wird mit einer Geldstrafe bis zu 3.000 Euro geahndet (§ 26). Allerdings sieht § 27 die Möglichkeit der „tätigen Reue“ vor, was bedeutet, dass die Behörde dem Diensteanbieter auftragen kann, den gesetzmäßigen Zustand innerhalb einer festgelegten Frist herzustellen. Entspricht der Diensteanbieter dem Auftrag, ist er nicht zu bestrafen.

3. Nicht angeforderte kommerzielle Kommunikation

Die Auslegung des § 7 ECG sorgt immer wieder für Diskussionen. Grund dafür ist, dass § 7 ECG, der E-Commerce-RL¹⁰² folgend, von einem Opt-out System ausgeht. Die E-Commerce-RL sieht dies allerdings nur als Mindeststandard vor. Dementsprechend normiert § 7 Abs 3 ECG, dass Rechtsvorschriften über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit der Übermittlung kommerzieller Kommunikation im Weg der elektronischen Post unberührt bleiben. Das im früheren § 101 TKG letzter Satz und nun in § 107 TKG 2003 festgelegte Opt-in System bleibt also voll aufrecht.

§ 7 Abs 1 ECG normiert eine Kennzeichnungspflicht für zulässigerweise ohne vorherige Zustimmung versandte Werbemails. Nach § 101 TKG letzter Satz war die Zusendung von Werbemails aber ohne vorherige Zustimmung des Empfängers jedenfalls rechtswidrig. Es stellte sich daher die Frage, welche Bedeutung der Formulierung „zulässigerweise ohne vorherige Zustimmung“ in § 7 Abs 1 in diesem Licht zukommen sollte und welchen Sinn die im Abs 2 vorgesehene Robinsonliste¹⁰³ hätte.

¹⁰¹ Kommerzielle Kommunikation ist sehr weit definiert und umfasst nicht nur Werbung, sondern auch andere Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren und mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens dienen (§ 3 Z 6 ECG), u.a. Direktmarketing, Sponsoring, Verkaufsförderung und Öffentlichkeitsarbeit.

¹⁰² Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehrs“), ABl 2000 L 178/1

¹⁰³ Dies ist eine von der RTR-GmbH geführte Liste, in die sich diejenigen Personen und Unternehmen kostenlos eintragen können, die für sich die Zusendung kommerzieller Kommunikation im Weg der elektronischen Post ausgeschlossen haben. Diensteanbieter haben diese Liste zu beachten.

In diesem Zusammenhang wurde argumentiert, ein Umkehrschluss aus § 12 Abs 3 WAG¹⁰⁴ eröffne die Möglichkeit der Werbung für bestimmte Finanzdienstleistungen mittels elektronischer Post im Verhältnis zu Unternehmern auch ohne vorherige Zustimmung. In diesem speziellen Bereich hätten Unternehmer, die keine unaufgeforderten Werbemails erhalten wollen, die Möglichkeit, sich in die von der RTR geführte Liste eintragen zu lassen. Diese Begründung überzeugt allerdings kaum.¹⁰⁵ Die Robinson-Liste könnte eher noch für ausländische Werbeunternehmen, und nur an solche wurde die Liste bisher weitergegeben¹⁰⁶, bezüglich der E-Mail-Adressen mit einer top-level-domain anders als „.at“ sinnvoll sein, wo der ausländische Absender nicht mit dem Vorsatz handelt, E-Mail-Werbung an österreichische Empfänger zu senden.

Bisher führte die Robinsonliste ein Schattendasein¹⁰⁷. Gerade einmal 412 E-Mail-Adressen wurde zwischen 01.01.2002 (In-Kraft-Treten des ECG) und 20.08.2003 (In-Kraft-Treten des TKG 2003) in die Liste eingetragen.¹⁰⁸ Sogar die RTR-GmbH warnt davor, dass Spammer, die sich nicht an die Gesetze halten, wohl auch nicht die Liste beachten würden und dass vielmehr die Gefahr bestünde, dass Diensteanbieter die Liste dazu missbrauchen, Spam an die angeführten Adressen auf der Liste zu senden.¹⁰⁹

Durch die Neuregelung des Spam-Verbotes durch § 107 TKG 2003 kommt dem § 7 ECG und der Robinsonliste ein größerer Anwendungsbereich zu, da das Opt-in System nur mehr für Verbraucher besteht.

Eine kommerzielle Kommunikation mittels elektronischer Post an Unternehmer, aber auch an Verbraucher hinsichtlich Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte muss nunmehr also nach § 7 Abs 1 ECG beim Eingang beim Nutzer klar und eindeutig als solche erkennbar sein. Das ergibt sich im Übrigen schon aus dem Offenkundigkeitsgrundsatz, wonach Werbenachrichten nicht als private oder amtliche Mitteilungen getarnt werden dürfen, weil

¹⁰⁴ Wertpapieraufsichtsgesetz BGBl. 1996/753 idF BGBl. I 2001/97; § 12 Abs 3 WAG enthält seit 01.04.2002 für Finanzdienstleister eine Sonderbestimmung, derzufolge die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für bestimmte Finanzdienstleistungen gegenüber Verbrauchern ohne ihre vorherige Zustimmung unzulässig und (gemäß § 27 Abs. 2 WAG) verwaltungsrechtlich strafbar ist.

¹⁰⁵ Auch die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 25) sprechen nur davon, dass aus § 12 Abs 3 WAG geschlossen werden könnte, dass bestimmte Unternehmen im Verhältnis zu Kunden, die nicht Verbraucher sind, auch ohne vorherige Zustimmung des Empfängers mittels der elektronischen Post werben können und insoweit für den geschäftlichen Verkehr ein Opt-Out-System gilt.

¹⁰⁶ Nach Auskunft der RTR-GmbH wurde die Robinsonliste regelmäßig an zwei ausländische Diensteanbieter übersandt, daneben an einen österreichischen Finanzdienstleister. 12 weiteren Diensteanbietern, großteils mit Sitz in Österreich, wurde die Übersendung der Liste unter Verweis auf § 101 TKG verweigert.

Aufgrund der Neuregelung durch § 107 TKG 2003 ist die Liste nun auch für Diensteanbieter im Inland zugänglich.

¹⁰⁷ Vgl *Stomper* in *Stomper* (Hrsg), Praxishandbuch Internetrecht, 191

¹⁰⁸ Laut Auskunft der RTR-GmbH; demnach haben auch viele Personen mehrere E-Mail-Adressen in die Liste eintragen lassen.

¹⁰⁹ Vgl *Kronegger* RTR-GmbH, Informationen betreffend unerwünschte Werbung mittels elektronischer Post (Spam) Juli 2002 <http://www.rtr.at>

dadurch ein höherer Aufmerksamkeitsgrad des Empfängers erschlichen wird.¹¹⁰

Die Kennzeichnungspflicht soll auch dann gelten, wenn ein Empfänger im Vorhinein der Zusendung von Werbenachrichten zugestimmt hat.¹¹¹ Damit soll es dem Adressaten der Werbenachrichten erleichtert werden, diese aus der Fülle elektronischer Nachrichten herauszusuchen und – wenn er daran nicht interessiert ist – zu löschen. Darüber hinaus soll diese Verpflichtung aber auch die Funktionsfähigkeit von Filtersystemen gewährleisten, die solche Werbenachrichten extrahieren.¹¹² Gedacht ist also an eine Kennzeichnung im Subject einer E-Mail.

Für SMS kommt eine derartige Kennzeichnung freilich nicht in Betracht, da mangels einer Betreffzeile keine Möglichkeit besteht, auf den Inhalt zu schließen, ohne die SMS gleich zu lesen. Für SMS ist in Österreich auch keine Robinsonliste vorgesehen.¹¹³ In die bestehende können nur E-Mail-Adressen eingetragen werden. Folglich ergibt sich aus § 7 ECG kein faktischer Anwendungsbereich hinsichtlich SMS. Nicht zuletzt deshalb wird auch die Meinung vertreten, SMS seien von § 7 überhaupt nicht erfasst.¹¹⁴ Das ECG unterscheidet nämlich in § 9 Abs 3 und § 10 Abs 3 zwischen elektronischer Post und vergleichbaren individuellen Kommunikationsmitteln. Darunter fallen auch SMS. Der Begriff der elektronischen Post im ECG ist also ein anderer als etwa im TKG 2003 oder in der E-Datenschutz-RL. Wollte der Gesetzgeber daher die Kennzeichnungspflicht auch auf SMS angewendet wissen, hätte er eine entsprechende Formulierung gewählt und vergleichbare individuelle Kommunikationsmittel auch in § 7 Abs 1 erwähnt. Dagegen könnte man einzig argumentieren, dass nach § 7 Abs 3 Rechtsvorschriften über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit der Übermittlung kommerzieller Kommunikation im Weg der elektronischen Post unberührt bleiben. Auch hier sind vergleichbare individuelle Kommunikationsmittel nicht erwähnt. Trotzdem kann man dem Gesetzgeber nicht unterstellen, dass er die Rechtslage (opt-in nach § 101 TKG) hinsichtlich SMS durch das ECG ändern wollte (opt-out). Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass nach § 7 ECG für SMS keine weiteren Informationspflichten (neben §§ 5 und 6) bestehen. Im Übrigen ist für einen Verstoß gegen § 7 ECG keine Verwaltungsstrafe vorgesehen (§ 26).

4. Besondere Informationspflichten

Beim Abschluss von Verträgen bestehen für einen Online-Anbieter besondere Informationspflichten, wonach der Anbieter zB den Nutzer zur Bestellung hinführen und Mittel zur Erkennung von Eingabefehlern

¹¹⁰ Vgl *Seidelberger* in *Brenn*, ECG 61; *Zib*, Aktuelle Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VR 2001, 35; OGH 14.3.2000, ÖJZ 2000/147 (Black-Jack-Ansichtskartenwerbung)

¹¹¹ Auch wenn der Wortlaut des § 7 Abs 1 anderes vermuten läßt.

¹¹² Vgl ErläutRV 817 BlgNR 21.GP 25; siehe auch Erwägungsgrund 44 der E-Datenschutz-RL

¹¹³ Im Gegensatz dazu gibt es in Deutschland eine eigene SMS-Robinsonliste, vgl <http://www.sms-robinsonlist.de/>

¹¹⁴ Vgl *Fallenböck*, MR 2002, 182

bereitstellen muss. Diese besonderen vertragsbezogenen Informationspflichten gelten aber nur für Verträge, die über Webseiten abgeschlossen werden. Sie gelten nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut in § 9 Abs 3 nicht für Verträge, die ausschließlich im Weg der elektronischen Post oder eines damit vergleichbaren individuellen Kommunikationsmittels - wie SMS - abgeschlossen werden.

5. Haftungsprivilegien für Diensteanbieter

Das ECG beinhaltet in seinem 5. Abschnitt ein System horizontaler Haftungsbeschränkung. Es werden entgegen der Überschrift „Verantwortlichkeit von Diensteanbietern“ keine Haftungsvoraussetzungen geregelt, sondern umgekehrt Haftungsbefreiungsvoraussetzungen statuiert. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Diensteanbieter von jeder Verantwortlichkeit – sowohl straf- als auch zivilrechtlich – befreit.¹¹⁵ Gemeint ist hier natürlich nur deliktische Verantwortlichkeit. Jene aus der Verletzung von vertraglichen Pflichten bleibt von den Haftungsbefreiungsbestimmungen unberührt.¹¹⁶

Allerdings geht nicht klar hervor, ob zivilrechtlich lediglich allfällige Schadenersatzansprüche gegenüber dem Diensteanbieter¹¹⁷, oder auch Unterlassungsansprüche ausgeschlossen sein sollen. Grund dafür ist die unklare Regelung in § 19, wonach gesetzliche Regelungen, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen könne, unberührt bleiben sollen. Dies setzt aber voraus, dass die jeweiligen materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für solche gerichtlichen bzw behördlichen Anordnungen erfüllt sind. Die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen sind aber ebenso materielle Anspruchsvoraussetzungen, sodass bei Vorliegen der Haftungsprivilegien kein Anspruch auf Unterlassung besteht.¹¹⁸ Dies entspricht auch dem Normzweck, die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter umfassend auszuschließen.

Die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen betreffen zum einen Provider, zum anderen Suchmaschinen und Hyperlinks. Bei der Providerhaftung wird zwischen Access-Providern (§ 13), die von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder den Zugang zu einem solchen vermitteln, und Host-Providern (§ 16), die fremde Informationen speichern, unterschieden. Die Verantwortlichkeit von Content-Providern ist nicht geregelt, da für eigene Inhalte jedenfalls gehaftet werden muss. Die Trennung zwischen den Providertypen in Hinblick auf die damit einhergehenden unterschiedlichen Haftungsbefreiungsvoraussetzungen ist rein funktional zu verstehen. Das bedeutet, dass ein Unternehmen wie üblich

¹¹⁵ Vgl *Zankl*, E-Commerce Gesetz Rz 187

¹¹⁶ Zu denken ist zB bei einem Vertrag zwischen Mobilfunkbetreiber und SMS-Dienstleister an Serverausfälle, wodurch zu übertragende Nachrichten gelöscht werden, oder ein SMS-Portal keine Nachrichten senden kann.

¹¹⁷ Nach *Zankl* kommt es bei Unterlassungsansprüchen nicht auf die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen an, vgl *Zankl*, E-Commerce Gesetz Rz 296

¹¹⁸ Vgl *Kresbach*, E-Commerce, 56

sowohl Access- als auch Hostprovider sein kann und die Verantwortlichkeit je nach der in Betracht kommenden Tätigkeit zu beurteilen ist.¹¹⁹

a) Access-Provider - § 13

Der Access-Provider ist weitgehend haftungsfrei. Voraussetzung ist allerdings, dass er die Übermittlung nicht veranlasst (Z 1), den Empfänger der übermittelten Information nicht auswählt (Z 2) und die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert (Z 3). Privilegiert ist also die reine Durchleitung der Information, wobei eine automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung der Information zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz nicht schadet. Die Information darf aber nicht länger zwischengespeichert werden, als es für die Übermittlung erforderlich ist.

Der Access-Provider haftet daher für die inhaltlich unveränderte Weitergabe der Information auch dann nicht, wenn er von der Rechtswidrigkeit einer Information Kenntnis hat.

b) Host-Provider - § 16

Die Haftung des Host-Providers, der Speicherplatz für fremde Inhalte zur Verfügung stellt, geht weiter als jene des Access-Providers. Er ist nur dann privilegiert, wenn er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat – dies bedeutet Wissenlichkeit – und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird (§ 16 Abs 1 Z 1). Die Auslegung dieser Bestimmung ist nicht gerade einfach. Grundsätzlich muss sich die Kenntnis nicht nur auf die Sachlage, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen. Sobald ein Host-Provider jedoch über bestimmte Tatsachen oder Umstände Bescheid weiß, und die Rechtswidrigkeit auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist, verliert der Host-Provider für Schadenersatzansprüche sein Haftungsprivileg.¹²⁰

Weiters soll dem Host Provider nach § 16 Abs 1 Z 2 die Freistellung von der Verantwortlichkeit dann zugute kommen, wenn er unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, tätig wird, sobald er tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information erlangt. In einem solchen Fall ist er verpflichtet, entweder die von ihm gespeicherte Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.

c) Haftung der Mobilfunkbetreiber und anderer SMS-Diensteanbieter

Um die Frage der Haftung – genauer gesagt das Vorliegen der Haftungsbefreiungsvoraussetzungen – eines SMS-Diensteanbieters zu klären, muss zunächst geprüft werden, welche Tätigkeit der Diensteanbieter genau ausübt und welche Funktionen er den Nutzern zur Verfügung stellt.

¹¹⁹ Vgl Zankl, E-Commerce Gesetz Rz 184

¹²⁰ Vgl Kresbach, E-Commerce 59

Entscheidend ist vor allem, ob der Diensteanbieter Speichermöglichkeiten anbietet.

Stellt ein SMS-Diensteanbieter seinen Kunden Speicherplatz für gesendete und empfangene SMS zur Verfügung, wie dies bei den meisten Web-SMS Portalen der Fall ist, liegt Host-Providing vor und gelten die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen des § 16. Gibt es bei einem Web-SMS Portal aber keine Speichermöglichkeiten, wie zumeist bei nicht registrierten Nutzern, ist der Diensteanbieter bloß Access-Provider und genießt das Haftungsprivileg des § 13.

Über Web-SMS oder anderweitig versendete SMS werden im SMSC eines Mobilfunkbetreibers idR solange gespeichert, bis sie erfolgreich zugestellt werden können. Hierbei handelt es sich um eine technisch bedingte Zwischenspeicherung zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz, und daher kommt auch dem Mobilfunkbetreiber das Haftungsprivileg des § 13 zugute.

Anders ist es möglicherweise bei MMS zu beurteilen. Hier besteht die Möglichkeit im MMS-Center für jeden Teilnehmer ein Profil abzulegen, welche Art von Nachrichten (Text, Musik, Bilder, MMS-Streaming) er wie zugestellt bekommen möchte. So kann man zB festlegen, dass man bestimmte MMS-Dienste, die nicht am Handy dargestellt werden sollen bzw können, nicht auf das Handy bekommen, sondern per Internet abrufen möchte. Da MMS diesfalls nicht nur technisch bedingt, sondern auf Wunsch des Teilnehmers gespeichert werden, wird der Mobilfunkbetreiber zum Host-Provider.

Versendet ein SMS-Dienstleister Werbe-SMS für seine Werbekunden, ist er nur dann Access-Provider, wenn er die Empfänger nicht auswählt, was etwa dann der Fall wäre, wenn er dem Werbekunden Telefonnummern von Handynutzern zur Verfügung stellt, bei denen er die Zustimmung zum Erhalt von Werbe-SMS im Gegenzug zu bestimmten Vergünstigungen eingeholt hat. Das gleiche gilt, wenn der Mobilfunkbetreiber die Stammdaten seiner Kunden zur Auswahl interessanter Werbeempfänger nützt und an diese SMS für Werbekunden sendet. Auch hier geht die Tätigkeit des Mobilfunkbetreibers über die reine Durchleitung hinaus.

Problematisch könnte die Tatbestandsvoraussetzung des nicht Veranlassens der Übermittlung sein (Z 1). Bewirbt ein Mobilfunkbetreiber seinen Massen-SMS Account für Marketingaktivitäten, könnte man darin durchaus ein Veranlassen sehen.¹²¹

Um Access-Provider zu sein, dürfen die Nachrichten weiters auch nicht verändert werden. Wird ein E-Mail zu SMS Gateway benützt, bleibt die Access-Provider-Eigenschaft wohl erhalten, solange die Nachrichten automatisch umgewandelt werden und es sich also um einen rein technischen Eingriff handelt.

Verschickt ein SMS-Dienstleister eigene SMS, ist er dafür als Content-Provider voll verantwortlich.

¹²¹ siehe auch unten IV.C.7.c)

d) Keine Überwachungspflicht

Im ECG ist ausdrücklich in § 18 geregelt, dass Diensteanbieter keine allgemeine Pflicht trifft, von ihnen gespeicherte, übermittelte oder zugänglich gemachte Informationen zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, welche auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen. Wie schon aus dem TKG lässt sich also auch aus dem ECG nicht ableiten, Filterprogramme einsetzen zu müssen. Im Gegenteil werden Diensteanbieter eher dazu animiert, keine Filter einzusetzen, um nicht Kenntnis von rechtswidrigen Tätigkeiten zu erlangen und Gefahr zu laufen, das Haftungsprivileg für Host-Provider nach § 16 ECG zu verlieren.

C. Rechtsdurchsetzung gegen Versender von Spam-SMS

Zwar gibt es noch keine höchstgerichtliche Entscheidung zu unverlangter elektronischer Post und scheinbar überhaupt keine gerichtliche Entscheidung zu SMS-Werbung, allerdings hat die Rechtsprechung des OGH bereits vor dem verwaltungsrechtlichen Verbot in § 101 TKG unerbetene Telefon- und Telefaxwerbung als unzulässig eingestuft. Die darin vorgebrachten Argumente können größtenteils auch auf SMS-Werbung übertragen werden. Damit steht dem Empfänger von Spam-SMS ein breites Instrumentarium zur Bekämpfung solcher zur Verfügung.

Der Mitbewerber kann sich auf das UWG stützen und mittels Unterlassungsklage, grundsätzlich auch mittels Schadenersatzklage, gegen den Versender vorgehen. Für alle anderen Empfänger kommt das Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB und das Eigentumsrecht nach § 354 ABGB in Betracht. Daneben hat die Rsp auch einen Unterlassungsanspruch aus § 101 TKG – nunmehr § 107 TKG 2003 – bejaht.

Angesichts der Neuregelung des Spam-Verbotes in § 107 TKG 2003 und der weitgehenden Herausnahme der Unternehmer aus dem Schutz vor unerbetenen Werbenachrichten sowie des verringerten Schutzes der Verbraucher, stellt sich die Frage, ob die Grenzen der Sittenwidrigkeit elektronischer Post zu Werbezwecken nach UWG nicht neu festgelegt werden müssen. Zu hinterfragen ist also, inwieweit sich die Rechtslage außerhalb des Verwaltungsstrafrechts geändert hat.

1. Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG?

a) Kundenfang / Rechtsbruch nach § 1 UWG

Nach der Generalklausel des § 1 UWG sind Wettbewerbshandlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen rechtswidrig und besteht ein Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch. § 1 kann in unterschiedliche Fälle, die sog Hefermehl'schen Fallgruppen, eingeteilt werden: Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung und Rechtsbruch. Für die SMS-Werbung kommt Kundenfang und Rechtsbruch in Frage.

Einen Rechtsbruch begeht, wer sich subjektiv vorwerfbar über ein Gesetz hinwegsetzt, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Die verletzte Norm muss dabei geeignet sein, gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern einen Vorsprung zu erlangen. Eine Verletzung des § 107 TKG 2003, wie auch der Kennzeichnungspflicht von Werbung nach ECG stellt damit einen Rechtsbruch nach § 1 UWG dar.

Von Kundenfang spricht man generell, wenn die freie Willensentschließung des Kunden in Hinblick auf seine Kaufentscheidung beeinträchtigt oder sogar ausgeschlossen wird. Dazu zählt ua ein Verstoß gegen den wettbewerbsrechtlichen Offenkundigkeitsgrundsatz, Überrumpelung und ein „Anreißen“ der Kunden, dh eine übertriebene Aufdringlichkeit, sodass der Kunde kauft, um nicht mehr belästigt zu werden.

In die Fallgruppe des Kundenfangs gehört auch die OGH Judikatur zur Telefon- und Telefaxwerbung.

b) Rechtsprechung zu Telefon- und Telefaxwerbung

Der OGH hat sich bereits mit der Frage der Sittenwidrigkeit der Telefonwerbung und der Telefaxwerbung auseinandergesetzt.

In seiner ersten Entscheidung zur Telefonwerbung¹²² hat sich der OGH der Rechtsprechung des BGH angeschlossen und jene als „*unerwünschtes Eindringen in die Privatsphäre der Umworbenen*“ bezeichnet. Diese Werbemethode verstoße nicht nur wegen der Gefahr der Überrumpelung, „*sondern schon wegen der Belästigung an sich, welcher der Umworbene ausgesetzt werde, gegen die guten Sitten*“. Der Angerufene hat keine Möglichkeit festzustellen, ob es sich um ein wichtiges Telefonat handelt oder nicht und kann sich daher im Vorfeld auch nicht gegen das Gespräch wehren. Er müsse die Werbung also zur Kenntnis nehmen, bevor er sich überhaupt entscheiden könne, ob er das Gespräch fortsetzen soll oder nicht.

Weiters wird argumentiert dass diese Werbemethode „*den Keim zu einem immer weiterem Umsichgreifen*“ in sich trage und damit zu einer „*Verwilderung*“ der Werbung führe, da auch die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen zur Nachahmung gezwungen seien.

In der Entscheidung „*Telefax-Werbung II*“¹²³ erklärt der OGH die Werbung mittels unerbetener Telefaxe für sittenwidrig iSd § 1 UWG, da das Faxgerät durch den Empfang der Werbung für andere Sendungen blockiert sei. Außerdem würden zusätzliche Arbeit und Kosten für Papier, Toner und sonstige Betriebsmittel entstehen, womit die Kosten der Werbemaßnahme zwangsläufig zum Teil auf den Empfänger überwältzt werden. Die Werbemaßnahme verstoße daher nicht nur gegen die guten Sitten, sondern auch gegen § 354 ABGB und rechtfertigt einen Unterlassungsanspruch nach dieser Bestimmung.

¹²² OGH 08.11.1983, 4 Ob 388/83, SZ 56/156

¹²³ OGH 28.10.1997, 4 Ob 320/97f, JBl 1998, 324

c) SMS analog sittenwidrig?

Eine Analogie zur Sittenwidrigkeit der Telefaxwerbung ist schwer möglich. Hauptargument ist dort, dass durch den Empfang des Werbefaxes Ressourcen des Empfängers verbraucht werden. Im Fall der SMS-Werbung fallen aber keine Kosten beim Empfang einer SMS an. Somit werden die Kosten auch nicht vom Werbenden auf den Empfänger übergewälzt.

Zweites Argument bei der Telefaxwerbung ist die Blockade des Gerätes. Anders als beim Fax ist die Leitung durch das Senden einer SMS nicht besetzt, sondern werden mehrere SMS einfach nacheinander zugestellt. Zu einer Blockade kann es nur insofern kommen, als die Speicherkapazität eines Handys je nach Endgerät häufig auf 20 SMS beschränkt ist. Ist der Speicher voll, können keine weiteren SMS empfangen werden. Das Blockadeargument ist also auch für SMS durchaus von Bedeutung. Dabei darf man freilich nicht auf das einzelne Werbe-SMS abstellen, entscheidend ist vielmehr der Mengeneffekt. Ist diese Werbemethode erlaubt und sind, wie bei der Telefonwerbung argumentiert, Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen zur Nachahmung gezwungen, besteht die Gefahr der Überschwemmung mit SMS und folglich eines ständig vollen Speichers.

Der Empfänger hat auch keine Möglichkeit, den Empfang von Werbe-SMS im Vorhinein auszuschließen. Er erkennt auch nicht sofort den Absender der SMS, wenn die Absendernummer nicht im Telefonbuch des Handys gespeichert ist. Regelmäßig steht der Absendername erst am Ende der SMS. Wie bei der Telefax- und der Telefonwerbung weiß der Empfänger vorweg auch nichts über den Inhalt der SMS. Eine Betreffzeile wie bei E-Mails gibt es nicht. Somit muss der Empfänger die Werbung unwillkürlich zur Kenntnis nehmen, bevor er überhaupt weiß, dass es Werbung ist.

Die Gefahr der Überrumpelung ist verglichen mit der Telefonwerbung eher gering, da bei SMS eben kein Gespräch geführt wird. Andererseits wird das Belästigungspotential wieder dadurch erhöht, dass der Handybesitzer sein Telefon meist bei sich trägt. Das Push-Konzept¹²⁴ wird bei der SMS-Werbung also auf die Spitze getrieben. Wenn man weiter bedenkt, dass bei jeder eingehenden SMS idR ein Signalton ertönt, und der Empfänger die Nachricht allein aus Neugier sofort liest, wird man zum Ergebnis kommen, dass ein Eingriff in die Privatsphäre vorliegt. Ist der Eingriff nicht durch die

¹²⁴ Nach dem Push-Konzept wird die Werbebotschaft direkt zum Empfänger gebracht im Gegensatz zu traditioneller Werbung über Plakate, wo der Adressat der Werbung diese erst im öffentlichen Raum wahrnehmen muss.

Einwilligung¹²⁵ des Empfängers gerechtfertigt, ist Werbung per SMS unzulässig.¹²⁶

d) Keine Sittenwidrigkeit von SMS an Unternehmer?

Auch wenn – wie erläutert – bei SMS-Werbung ein Eingriff in die Privatsphäre anzunehmen ist, kann man dennoch nicht von einer generellen Sittenwidrigkeit unverlangter SMS-Werbung ausgehen.

Aus § 107 Abs 4 TKG 2003 geht hervor, dass die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS - an Unternehmer explizit erlaubt sein soll, sofern bei jeder Nachricht eine opt-out Möglichkeit eingeräumt wird.¹²⁷ Damit entfällt aber (weitgehend) nicht nur der verwaltungsrechtliche Schutz der Unternehmer vor unerbetenen Nachrichten. Vielmehr hat dies auch Auswirkungen auf die Rechtslage außerhalb des TKG. Aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Zulässigkeit kann die Zusendung einer Werbenachricht an Unternehmer nicht sittenwidrig iSd § 1 UWG sein, solange der Unternehmer nicht dem Absender gegenüber oder aber generell durch die Eintragung in die Robinsonliste der Zusendung widersprochen hat.

2. Ansprüche der Empfänger gg Versender von Spam-SMS

a) Unterlassungs- / Schadenersatzanspruch

Der wichtigste Rechtsbehelf ist der Unterlassungsanspruch. Er kann auf § 1 UWG, § 16 ABGB, § 354 ABGB oder § 107 TKG 2003 gestützt werden. Der Unterlassungsanspruch ist verschuldensunabhängig und setzt Wiederholungsgefahr voraus, die jedoch bereits bei Vorliegen eines einmaligen Wettbewerbsverstoßes vermutet wird. Den Beklagten trifft die

¹²⁵ Durch die Benützung eines Handys willigt man grundsätzlich in das Eindringen in die Privatsphäre ein, sonst wäre eine telefonische Kommunikation nicht möglich. Diese generelle Einwilligung, die nicht mit jener nach § 4 DSGVO und § 107 TKG verwechselt werden darf, bezieht sich aber nicht auf Telefon- oder SMS-Werbung. Vgl OGH, 4 Ob 388/83, wonach der Zweck eines Teilnehmeranschlusses nicht sei, dass der Inhaber sich und sein Heim uneingeschränkt der großen Welt öffne, sondern nur jenen Personen, die ein begründetes Interesse an der Kontaktaufnahme mit ihm haben.

¹²⁶ Vgl *Krajewski*, MMR 2/2001, 86ff; LG Berlin, 14.01.2003, 15 O 420/02 (nicht rechtskräftig) CR 5/2003, 339ff; *Handig*, Ist unerbetene E-Mail-Werbung sittenwidrig? *ecolex* 2003, 425; *Kerschischnig*, Spamming, Unerwünschte Elektronische Kommunikation, (DiplArb, Graz 2002) 70ff, <http://www.e-xam.at/update/literatur/pdf/Spamming.pdf>

¹²⁷ Diese Bestimmung war in der RV nicht vorgesehen. Über einen Abänderungsantrag wollte man Unternehmern eigentlich einen Minimalschutz bieten, indem sie Werbenachrichten problemlos ablehnen können. Dabei hat man aber scheinbar nicht bedacht, dass die Zusendung von Werbenachrichten bisher auch außerhalb des TKG keineswegs zulässig war. Mit der Einfügung des Abs 4 und der ausdrücklichen Regelung der Zulässigkeit der Zusendung hat man im Ergebnis wohl das Gegenteil erreicht, nämlich dass die Zusendung auch nach UWG nicht sittenwidrig sein kann, zumindest solange, bis ein opt-out des Unternehmers erfolgt.

Beweislast, dass keine Wiederholungsgefahr besteht. Die bloße Zusicherung, künftig von Störungen, in diesem Fall von Werbe-SMS, abzusehen, ist nicht ausreichend. Vielmehr müssen Umstände dargelegt werden, die eine Wiederholungsgefahr ausschließen oder als äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. Zu denken ist an den Abschluss eines Submissionsvergleiches, sodass bei einem neuerlichen Verstoß Exekution geführt werden kann.

Grundsätzlich besteht auch die Möglichkeit, einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Allerdings wird es meist schwierig sein, einen Schaden nachzuweisen. Durch den Empfang einer SMS entstehen keine Kosten, das Mobiltelefon wird in keiner Weise abgenützt, der Zeitaufwand für das Lesen und Löschen einer Nachricht ist gering. Ein Schaden kann nur dadurch entstehen, dass die Speicherkapazität des Mobiltelefons durch Werbe-SMS erschöpft ist und keine weiteren Nachrichten empfangen werden können. Kann ein SMSC die Nachricht nicht innerhalb (vom Versender) bestimmter Frist zustellen, wird die Nachricht automatisch gelöscht. Der Eintritt eines Schadens ist also denkbar, meistens aber sehr schwer nachweisbar.

b) Aus § 107 TKG 2003

Wie schon § 101 TKG stellt § 107 TKG 2003 eine Schutzbestimmung zugunsten des Teilnehmers bzw Empfängers einer elektronischen Post dar. Es wird ein subjektives Recht begründet, unerwünschte Nachrichten zu untersagen. Dass die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe bedroht ist, kann nichts daran ändern, dass der in seinen Rechten Verletzte Unterlassung des widerrechtlichen Eingriffs und gegebenenfalls Schadenersatz begehren kann.¹²⁸

Ein Verbraucher kann also dann Unterlassung begehren, wenn er eine Werbe-SMS oder Massen-SMS¹²⁹ erhält, ohne vorher ausdrücklich - etwa über AGB - oder stillschweigend zugestimmt zu haben, oder wenn er eine Zustimmung widerrufen hat bzw eine weitere Nutzung seiner Kontaktinformation abgelehnt hat. Das gleiche gilt, wenn der Verbraucher unverlangte Werbung von einem Unternehmen bekommt, bei dem er noch nie etwas gekauft hat oder wenn er beim Kauf eine Nutzung seiner Kontaktinformation ausgeschlossen hat. Natürlich besteht der Unterlassungsanspruch auch dann, wenn der Verbraucher auf geplante Werbe-SMS und die Möglichkeit, diese abzulehnen, nicht hingewiesen wurde.

Erleichtert wird der Unterlassungsanspruch dadurch, dass der Absender die Beweislast dafür trägt, dass der Empfänger zugestimmt hat.¹³⁰

Ein Unternehmer kann nach § 107 nur mehr dann Unterlassung begehren, wenn ihm in der SMS nicht ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wurde, den Empfang weiterer Nachrichten abzulehnen.¹³¹

c) Aus § 16 ABGB

Nach § 16 ABGB hat jeder Mensch angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten. Die Bestimmung wird als Zentralnorm unserer Rechtsordnung angesehen.¹³² Im Gegensatz zum deutschen Recht ist in Österreich das Vorliegen eines „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ nicht anerkannt, sondern werden stattdessen einzelne Persönlichkeitsrechte konstruiert. So wird aus § 16 und einer Reihe von aus der gesamten Rechtsordnung sich ergebenden Grundwertungen (vgl Art 8 MRK, § 7 MedienG, § 1 DSGVO, § 77 UrhG, §§ 118ff StGB und den verschiedenen ausdrücklich normierten Verschwiegenheitspflichten) das jedermann angeborene Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereiches und seiner Geheimsphäre abgeleitet.¹³³

Die Persönlichkeitsrechte sind absolute Rechte und genießen als solche Schutz gegen Eingriffe Dritter.

Nicht schon jede Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts kann rechtswidrig sein. Eine Überspannung des Schutzes des einzelnen würde zu einer unerträglichen Einschränkung der Interessen anderer und jener der Allgemeinheit führen, sodass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.¹³⁴

Wie oben erläutert hat die Rsp Telefonwerbung und Telefaxwerbung wiederholt als Eindringen in die Privatsphäre und als unzumutbare Belästigung eingestuft. Diese Wertung kann, wie ebenfalls ausgeführt, auf SMS-Werbung übertragen werden.

Jedenfalls der Verbraucher kann daher nach § 16 ABGB Unterlassung und gegebenenfalls Schadenersatz verlangen, wenn er ohne seine Zustimmung Werbe-SMS erhält.

Ein Verstoß gegen § 16 ist auch dann gegeben, wenn eine SMS als private Nachricht getarnt ist: „Ich habe mich in Dich verliebt...“. Die dadurch bewirkte Täuschung ist rechtswidrig und führt zu einer mit dem Schutz des Privatbereichs unvereinbaren Belästigung.¹³⁵

d) Aus § 354 ABGB

Problematisch scheint die Geltendmachung eines auf dem Eigentumsrecht beruhenden Unterlassungsanspruches insofern, als die Zusendung von

¹²⁸ Vgl OGH 27.04.1999, 1 Ob 82/99m, JBl 1999, 809

¹²⁹ Die SMS an mehr als 50 Empfänger wird weniger Bedeutung zukommen, da sie meist ohnedies zu Werbezwecken versendet wird und für den Empfänger auch nicht erkennbar ist, wie viele SMS insgesamt versendet wurden.

¹³⁰ Vgl KG 20.06.2002, 10 U 54/02, CR 4/2003

¹³¹ Auch im Fall anonymer SMS bestünde für Verbraucher und Unternehmer ein Unterlassungsanspruch, der aber mangels Absenderinformation praktisch nicht durchgesetzt werden kann.

¹³² Vgl OGH 18.10.1994, 4 Ob 99/94, JBl 1995, 166 mwN;

¹³³ Vgl OGH 23.05.1984, 1Ob550/84, SZ 57/98 mwN; SZ 51/146, SZ 59/182

¹³⁴ Vgl OGH 31.08.1983, 1 Ob 658/83, SZ 56/124

¹³⁵ Vgl OGH 14.03.2000, 4 Ob 64/00s, EvBl 2000/147 (Black Jack-Ansichtskartenwerbung)

Werbe-SMS zu keiner materiellen Beeinträchtigung von Wirtschaftsgütern führt. Die Argumentation des substanziellen Eigentumseingriffes durch Werbefaxe¹³⁶ kann für SMS nicht übernommen werden. Beim Empfang einer SMS entstehen keinerlei Kosten, auch die Arbeitszeit zum Lesen und Löschen der Nachricht ist zu vernachlässigen.¹³⁷

Andererseits hat der Eigentümer einer Sache Anspruch darauf, jeden anderen von der Nutzung seiner Sache auszuschließen. Hier kommt das Blockadeargument der Telefaxwerbung zum Tragen. Der Eigentümer hat ein Interesse daran, das Endgerät von jeder Inanspruchnahme freizuhalten, die die bestimmungsgemäße Funktion beeinträchtigt. Niemand wird ein Mobiltelefon deshalb bei sich tragen, um Werbe-SMS empfangen zu können, sondern um erreichbar zu sein oder aktiv Gespräche zu führen. Ein Mobiltelefon ist daher gerade nicht zum Empfang von Werbe-SMS bestimmt, sofern man der Zusendung nicht zugestimmt hat. Erhält man ein Werbe-SMS, so kann dieses den Speicher des Gerätes füllen, sodass keine weiteren SMS mehr empfangen werden können.

Aus diesem Grund ist ein Unterlassungsanspruch aus § 354 ABGB wohl zu bejahen, dieser steht aber verglichen mit der Schutzbestimmung des § 107 TKG auf einer eher schwachen Grundlage.

e) Aus § 1 UWG

Der OGH hat im Zusammenhang mit irreführender Gewinnspielwerbung entschieden, dass auch dem Verbraucher eine Klagebefugnis für Schadenersatzansprüche aus wettbewerbswidrigen Handlungen zustehe. Das UWG bezwecke auch den Schutz des einzelnen Verbrauchers vor rechtswidrigem Wettbewerb und es sei nur konsequent, ihm als Opfer unlauteren Wettbewerbs auch Individualansprüche nach diesem Gesetz einzuräumen.¹³⁸

Praktisch käme der Zuerkennung einer Aktivlegitimation an Verbraucher im Falle unerwünschter SMS-Werbung keine große Bedeutung zu, da die Geltendmachung der Individualklage wohl am schwierigen Nachweis des Schadens scheitern würde.

3. Ansprüche der Mitbewerber gg Versender von Spam-SMS

Mitbewerber – also Unternehmer, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder anbieten – sowie bestimmte Interessenvertretungen können gegen den Versender von Spam-SMS nach § 1 UWG vorgehen.

Einerseits können sie eine Unterlassungsklage wegen eines Verstoßes gegen § 107 TKG 2003 oder gegen die Kennzeichnungspflicht nach ECG auf Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch stützen.

¹³⁶ Vgl OGH 28.10.1997, 4 Ob 320/97f, JBl 1998, 324, siehe oben III.C.1.b)

¹³⁷ Vgl Thiele, E-Mail-Werbung zulässig? RdW 1999, 386

¹³⁸ OGH 24.02.1998, 4 Ob 53/98t

Andererseits stellt SMS-Werbung analog zu den OGH-Entscheidungen betreffend Telefon- und Telefaxwerbung – wie schon oben erläutert – eine Belästigung dar und fällt in die Fallgruppe des Kundenfangs.

Neben dem Unterlassungsanspruch können Mitbewerber auch Schadenersatz geltend machen. Dieser umfasst stets auch den entgangenen Gewinn.

IV. Werbung zur Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten

A. Mehrwertdienste

1. Definition

Unter Mehrwertdiensten versteht man laut Website der Rundfunk und Telekom Regulierungsbehörde¹³⁹ „*Dienste und Leistungen, die über die gewöhnlichen Dienste und Leistungen eines Telekommunikationsnetzes hinausgehen bzw. vorhandene Dienste verändern. Beispiele sind Voice Mail, Wetterdienste, Erotik-Hotlines, etc.*“

Demgegenüber versteht § 3 Z 9 TKG 2003¹⁴⁰ unter einem „gewöhnlichen“ (Tele)kommunikationsdienst eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht.

Die rechtliche Grundlage für Mehrwertdienste bilden neben dem TKG vor allem die Numerierungsverordnung (NVO)¹⁴¹ sowie die Entgeltverordnung (EVO)¹⁴².

Für frei kalkulierbare Mehrwertdienste¹⁴³ („premium rate services“), wie die Sprachmehrwertdienste und auch SMS-Dienste, ist der Nummernbereich (0)90x, (0)91x, (0)92x und (0)93x vorgesehen¹⁴⁴.

Für „Erotik-Dienste“ darf nach den Zuteilungskriterien der RTR ausschließlich der Rufnummernbereich hinter der Bereichskennzahl (0)930 genützt werden. *Solche Dienste sind alle Dienste sexuellen Inhalts, unabhängig davon, ob die Inhalte durch Tonband, sonstige Aufzeichnungen*

¹³⁹ Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) fungiert sowohl als Geschäftsstelle der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) als auch der Telekom-Control-Kommission (TKK). Die RTR GmbH steht zu 100% im Eigentum des Bundes. Nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) hat sie sämtliche Aufgaben auf Grund des Gesetzes und der dazu erlassenen Verordnungen wahrzunehmen, sofern hierfür nicht die Telekom-Control-Kommission zuständig ist. (§ 109 TKG alt, § 115 TKG 2003)

¹⁴⁰ Telekommunikationsgesetz, BGBl I 2003/70

¹⁴¹ Numerierungsverordnung (NVO), BGBl II 1997/416 (dort nach alter Rechtschreibung noch mit einem „m“ geschrieben)

Gemäß § 133 Abs 10 TKG 2003 wird festgelegt, dass die bisher in Geltung befindliche EVO bzw. NVO sowie die Verordnung zur Festlegung von Notrufnummern solange in Kraft bleiben, bis entsprechende auf das TKG 2003 gestützte Verordnungen durch die Regulierungsbehörde erlassen werden.

¹⁴² Entgeltverordnung (EVO), BGBl II 1999/158

¹⁴³ Aufgrund vordefinierter Tarifstufen der Telekom Austria ergibt sich eine Obergrenze von Euro 3,63/min.

¹⁴⁴ Anlage 2 zur Numerierungsverordnung; Von der Regulierungsbehörde werden derzeit nur Nummern aus dem Bereich (0)90x und (0)93x vergeben.

oder unmittelbar vermittelt werden sowie alle jene Dienste, die zwischen Dienstnutzern die Herstellung sexueller Kontakte ermöglichen¹⁴⁵.

Der Rufnummernbereich (0)901 steht für „eventtarifizierte“ Dienste zu Verfügung. "Eventtarifizierte" bedeutet, dass für die einmalige Konsumation des Dienstes („Events“) ein bestimmtes fixes Entgelt verrechnet wird. Im Gegensatz dazu ist das Entgelt bei den zeittarifizierten Diensten abhängig von der Dauer der Inanspruchnahme des Dienstes.

2. Zuteilung der Nummern

Gemäß der Anlage 2 zur NVO werden auf Antrag eines Inhabers einer Konzession für den Sprachtelefondienst in festen Netzen sowie eines Anbieters von frei kalkulierbaren Mehrwertdiensten von der RTR Rufnummerblöcke¹⁴⁶ und Einzelrufnummern zugeteilt. Die Nutzung einer Mehrwertnummer ist nur in Verbindung mit einer geographischen Teilnehmernummer, also nicht mit einer Mobilnummer, möglich.

Zugeteilte Rufnummern müssen innerhalb von 6 Monaten nach der Zuteilung genutzt werden, da andernfalls die Zuteilung als widerrufen gilt. Dasselbe gilt, wenn die zugeteilte Rufnummer länger als 2 Monate nicht genutzt wird, ferner bei widmungswidriger Verwendung und bei Verzicht.

Die Weitergabe einer zugeteilten Teilnehmernummer für frei kalkulierbare Mehrwertdienste ist grundsätzlich nicht gestattet. Allerdings kann die Regulierungsbehörde gemäß § 57 TKG das Recht gewähren, untergeordnete Adressierungselemente selbstständig zu verwalten. Die Regulierungsbehörde gewährt daher, um die Verwaltung bei bestimmten Rufnummernbereiche zu vereinfachen, bestimmten Zuteilungsinhabern und zwar derzeit konzessionierten Netzbetreibern das Recht, Rufnummern ihren Endkunden zur Nutzung zu überlassen.¹⁴⁷ Da alle österreichischen Mobilfunkbetreiber gleichzeitig über eine Konzession für den Sprachtelefondienst mittels eines selbst betriebenen festen Telekommunikationsnetzes verfügen, können sie Mehrwertnummern daher aus ihrem Pool an eigene Kunden vergeben.

Die NVO bleibt gemäß § 133 Abs. 10 TKG 2003 zwar solange in Kraft, bis entsprechende auf das TKG 2003 gestützte Verordnungen durch die Regulierungsbehörde erlassen werden, und dies ist laut RTR erst für 2004 zu erwarten, allerdings besteht in Hinblick auf einige durch das TKG 2003 festgelegte Bestimmungen (ua. Entfall der Konzessionen, Unterscheidung von Kommunikationsdienstbetreibern und Kommunikationsnetzbetreibern) kurzfristiger Anpassungsbedarf, weil sonst ab Inkrafttreten des TKG 2003 eine

¹⁴⁵ Vgl <http://www.rtr.at> Merkblatt für die Zuteilung von Teilnehmernummern im Bereich für frei kalkulierbare Mehrwertdienste "(0)900" bzw. "(0)930" (03.04.2002)

¹⁴⁶ Ein Rufnummernblock (Bereich für frei kalkulierbare Mehrwertdienste) ist ein geschlossener Rufnummernbereich mit 100 Rufnummern beginnend mit einer Rufnummer mit den Endziffern "00", laufend bis zu den Endziffern "99" ("dekadischer Rufnummernblock") siehe dazu <http://www.rtr.at>

¹⁴⁷ Vgl <http://www.rtr.at> Merkblatt für die Zuteilung von Teilnehmernummern im Bereich für frei kalkulierbare Mehrwertdienste "(0)900" bzw. "(0)930" (03.04.2002)

Nummernzuteilung nicht möglich wäre.¹⁴⁸ Diese kurzfristigen Anpassungen werden - so wie schon bisher wesentliche Aspekte der Verwaltungspraxis durch Merkblätter der RTR geregelt wurden – durch geänderte Merkblätter¹⁴⁹ zu den einzelnen Nummerierungsbereichen festgelegt.

Antragsberechtigt sind nun Kommunikationsdienstbetreiber¹⁵⁰, die gleichzeitig auch Kommunikationsnetzbetreiber sind bzw. einen entsprechenden Kooperationsvertrag mit einem Kommunikationsnetzbetreiber vorweisen können sowie Informationsdiensteanbieter¹⁵¹.

Eine Weitergabe des Nutzungsrechtes an Dritte ist gemäß TKG 2003 weiterhin nicht zulässig, allerdings werden Kommunikationsdienstbetreibern auf Antrag maximal 5000 Rufnummern in Rufnummernblöcken ohne Bedarfsprüfung zur selbstständigen effizienten Verwaltung zugeteilt. Das bedeutet, dass künftig auch EDV-Dienstleister, die auf den Versand von Massen-SMS spezialisiert sind¹⁵², Mehrwertnummern beantragen könnten, um ihren Kunden eine Lösung aus einer Hand z.B. für Gewinnspiele zu bieten, nämlich, den Versand von Werbe-SMS, als auch den Empfang von SMS bzw. Anrufen über eine Mehrwert-Nummer.

Anstelle des "automatischen Erlöschens" eines Nutzungsrechtes im Falle der Nichtnutzung oder der widmungswidrigen Verwendung tritt ein entsprechendes Verwaltungsverfahren, in dem die Behörde den Widerruf auszusprechen hat¹⁵³

3. Entgeltinformation

Gemäß § 6 EVO hat beim Anruf einer Mehrwertnummer unmittelbar nach Herstellen der Verbindung eine Information über die tatsächliche Höhe des pro Minute für den Anrufer anfallenden Entgeltes zu erfolgen. Diese Information darf höchstens 10 Sekunden dauern und für die Information darf kein Entgelt in Rechnung gestellt werden.

Für den Bereich der eventtarifierten Dienste (0)901 TT xxxx gilt, dass die Entgeltinformation auch in der Mehrwertnummer enthalten ist. Die Angabe

¹⁴⁸ Vgl http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Portfolio_Konsultationen_bisherige_bisherigeKonsultationen_Nummernzuteilung

¹⁴⁹ Diese geänderten Merkblätter sind derzeit noch im Konsultationsprozess; Vgl http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Portfolio_Konsultationen_bisherige_bisherigeKonsultationen_Nummernzuteilung

¹⁵⁰ Kommunikationsdienstbetreiber erbringen gemäß § 3 Z 9 TKG 2003 eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht. Diese Unternehmen sind entweder selbst Betreiber eines entsprechenden Kommunikationsnetzes oder haben einen entsprechenden Vertrag mit dem Betreiber eines solchen Netzes abgeschlossen. Vom Begriff ist also auch der Wiederverkauf umfasst.

¹⁵¹ Entspricht dem bisherigen (Mehrwert)diensteanbieter.

¹⁵² Die Tätigkeit des Unternehmens müsste aber überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen, da sie als Nebenleistung etwa eines Marketingdienstes laut ErläutRV zu § 3 Z 9 zwar als Wiederverkauf eines Kommunikationsdienstes anzusehen wäre, aber dennoch inhaltlich nicht unter den Begriff des Kommunikationsdienstes fallen würde.

¹⁵³ Vgl § 68 iVm § 91 TKG 2003

der (Event-)Tarifstufe erfolgt in der Nummer TT="01" bis T="90" an den beiden ersten Stellen nach der Bereichskennzahl (0)901.

nat. Präfix	Kennzahl	Teilnehmernummer		Entgelt
Tarifstufe				
0	901	T T	c d e f (g h i)	
0	901	0 1	c d e f (g h i)	0,10 Euro
0	901	0 2	c d e f (g h i)	0,20 Euro
0	901	1 0	c d e f (g h i)	1,00 Euro
0	901	9 0	c d e f (g h i)	9,00 Euro

Das bedeutet, ein SMS an die Nummer 090110xxxx bzw. ein Anruf bei dieser Nummer kostet insgesamt 1 Euro.

Diese in der Nummer enthaltene Tariffinformation alleine erfüllt die Auflagen der EVO aber nicht. Bei Sprachdiensten hat daher auch in diesem Bereich eine Sprachansage mit Entgeltinformationen zu erfolgen. Für SMS-Dienste im Bereich (0)901 ist ebenso eine zusätzliche Information z.B. in Form einer „Anbots-SMS“ erforderlich.

Eine solche Anbots-SMS ist für SMS-Dienste in den Bereichen (0)900 und (0)930 vorgesehen. Sobald der Kunde ein SMS an die Mehrwertnummern sendet, hat der Diensteanbieter den Kunden nach Ansicht der RTR analog zu § 6 EVO¹⁵⁴ per SMS (Anbots-SMS) über das anfallende Entgelt zu informieren. Dieses Anbots-SMS kann dann in weiterer Folge vom Endkunden bestätigt werden („Quittungs-SMS“), womit der Dienst tatsächlich bestellt wird.¹⁵⁵ Lehnt der Kunde dieses Anbots-SMS ab bzw. bestätigt er dieses Anbots-SMS nicht, darf keine Tarifierung für diesen Dienst erfolgen. Auch das erste vom Kunden an die SMS-Diensternummer gesendete SMS darf diesem nicht in Rechnung gestellt werden.¹⁵⁶

¹⁵⁴ § 6 EVO spricht von „nach Herstellen der Verbindung“. Nach dem genauen Wortlaut reicht daher eine Information an der Stelle, an der für die Mehrwertnummer geworben wird, nicht aus, sondern muss bei jedem Anruf und jeder SMS eine Entgeltinformation geliefert werden. Praktisch ist diese Lösung in Hinblick auf SMS-Dienste wohl nicht.

¹⁵⁵ Entgegen dieser Ansicht ist das Wissen um die Höhe des Entgelts grundsätzlich nicht Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages. Es reicht bereits aus, wenn das Entgelt bestimmbar ist. Bei den eventtarifierten Diensten ist das Entgelt bereits durch die Nummer bestimmbar. Die Preisbestimmung kann auch einem Vertragsteil überlassen werden. Vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹¹ II (2000)145f mwN

¹⁵⁶ Vgl. <http://www.rtr.at> Anhang betreffend Teilnehmernummern für frei kalkulierbare Mehrwertdienste im Bereich (0)900 und (0)930 (10.07.2003)

4. Verrechnung des Entgelts

a) Zielnetzscenario

Laut § 5 EVO wird das Entgelt für Rufe in den Nummerierungsbereich für nationale Rufnummern mit den Bereichskennzahlen (0)90, (0)91, (0)92 und (0)93 vom Betreiber des Netzes, von dem aus der Dienst angeboten wird (Dienstenetzbetreiber), in Abstimmung mit dem Anbieter des Dienstes festgelegt. Die Abrechnung erfolgt also nach dem so genannten Zielnetzscenario.¹⁵⁷ Das festgelegte Endkundenentgelt, welches sich aus den gesamten Verbindungsentgelten und einem von der Anrufdauer (ausgenommen eventtarifizierte Dienste) und der Tarifstufe abhängigen zusätzlichen Betrag für die Informationsdienstleistung zusammensetzt, wird vom Quellnetzbetreiber (dem Telekomunternehmen des Anrufers) eingehoben und abzüglich Billingkosten und Inkassoaufwand einschließlich Inkassorisiko an den Dienstenetzbetreiber weitergereicht. Als Abgeltung für die Zustellung der Verbindung vom Endkunden zum Dienstenetz (reine Netzleistung) erhält der Quellnetzbetreiber darüber hinaus ein Originierungsentgelt, das auf den Zusammenschaltungsvereinbarungen basiert.¹⁵⁸

b) Abrechnung zwischen Dienstenetz und Diensteanbieter

Dem Diensteanbieter wird für erfolgreiche Verbindungen ein festgesetzter Anteil der vom Anrufer (Nutzer) bezahlten Entgelte ausgezahlt (Auszahlungsbetrag). Maßgeblich für die Errechnung des Auszahlungsbetrages ist die Tarifstufe und die Summe der angefallenen Anrufsekunden. Die Telekom Austria hat 18 vordefinierte Tarifstufen (EUR 0,18 bis zu EUR 3,63 pro Minute) bereitzustellen.¹⁵⁹

Die AGB Telebusiness Line und Erotik Line¹⁶⁰ der Telekom Austria legen in dem Zusammenhang in § 14 Abs 1 fest, dass die dem Nutzer bei Inanspruchnahme des Premium Rate Services von der Telekom Austria im eigenen Namen in Rechnung gestellten Verbindungsentgelte auch den anteiligen Auszahlungsbetrag umfassen. Der anteilige Auszahlungsbetrag ist den Entgeltbestimmungen zu entnehmen. Er wird auf ein inländisches Bankkonto des Diensteanbieters überwiesen.

B. Vertragsverhältnisse bei Mehrwertdiensten

Gleich vorweg sei darauf hingewiesen, dass die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen allen an der Erbringung von

¹⁵⁷ Vgl Bescheid der TKK vom 27.10.1999, Z 10/99

¹⁵⁸ Vgl auch *Parschalk, Zuser, Otto*, Telekommunikationsrecht (2002) 112

¹⁵⁹ Vgl Bescheid der TKK vom 27.10.1999, Z 10/99

¹⁶⁰ Vgl Allgemeine Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telebusiness Line und der Erotik Line und damit im Zusammenhang stehender Leistungen (AGB Telebusiness Line und Erotik Line) gültig ab 1.Sept.2001; http://www.telekom.at/Content.Node2/dateien/agn_telbusi_erotikh.pdf

Mehrwertdiensten Beteiligten nicht abschließend zu klären ist. Auch wenn man sich allein auf die Vertragsverhältnisse beschränkt, an denen der Kunde beteiligt ist, hängen die Verträge zum einen von der konkreten Ausgestaltung der AGB ab, zum anderen gibt es schon vom Ansatz her verschiedene Sichtweisen.

Einigkeit besteht darüber, dass zwischen dem Kunden und seinem Netzbetreiber (Quellnetzbetreiber) ein bereits zuvor geschlossener Telekommunikationsdienstleitungsvertrag besteht, nach dem sich der Kunde den AGB, Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen seines TK-Dienstleisters unterwirft.

Klar ist auch, dass zwischen dem Mehrwertdienstleister¹⁶¹ und dem Telekommunikationsnetzbetreiber (Dienstnetzbetreiber), bei dem die Mehrwertnummer eingerichtet ist bzw aus dessen Pool die Mehrwertnummer stammt, eine vertragliche Beziehung besteht, welche bspw auch die Aufteilung der Einnahmen aus dem Mehrwertdienst regelt.

Unterschiedliche Ansichten gibt es darüber, ob zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdienstleister ein eigener Vertrag zustande kommt und darüber, wie Entgeltansprüche für die Nutzung von Mehrwertdienstnummern hergeleitet werden. Im Folgenden werden die verschiedenen Varianten kurz dargestellt.

1. Kein eigener Vertrag zwischen Kunde und Mehrwertdienstleister

Argumentiert wird, dass aus der Sicht des Kunden eine einheitliche Leistung erbracht wird. Diese scheint auf der Telefonrechnung als ein Posten auf. Der Kunde weiß weder, welcher Teil des Entgelts auf die „normale“, technische Telekommunikationsdienstleistung und welcher auf den Mehrwertdienst entfällt, er weiß nicht einmal, wer die Mehrwertdienstleistung erbracht hat.¹⁶² Dafür spricht auch, dass die Mehrwertdienstleistung nicht klar von der Telekommunikationsdienstleistung des Quellnetzbetreibers und Dienstnetzbetreibers (welche auch identisch sein können) abgrenzbar ist, vielmehr ohne diese gar nicht bezogen werden könnte. Die Mehrwertdienstleistung ist daher immer als Dienstleistung des jeweiligen Netzbetreibers gegenüber seinen Kunden zu verstehen. Dieser hebt das einheitliche Entgelt dementsprechend im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ein.

Konsequenterweise wird beim Anruf einer Mehrwertnummer oder bei einer SMS an diese kein weiterer Vertrag abgeschlossen. Es gelten die schon zuvor mit dem Vertrag über Telekommunikationsdienstleistungen vereinbarten Entgeltbestimmungen. Der Anruf bzw die SMS ist also eine bloße Benützungshandlung im Rahmen des bestehenden Vertrages.

¹⁶¹ Dieser wird nun auch Informationsdiensteanbieter genannt.

¹⁶² Vgl *Wessely/Eugen*, Ich war es nicht! Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige, MR 1/03, 3

2. Eigener Vertrag zwischen Kunde und Mehrwertdienstleister

Demnach ist die Telekommunikationsdienstleistung, dh die Übertragung der Signale über das Kommunikationsnetz, von der rein inhaltlichen Dienstleistung des Mehrwertdiensteanbieters zu unterscheiden.

Mit dem Anruf bei einer Mehrwertnummer bzw einer SMS an eine solche wird also ein eigener Informationsdienstleistungsvertrag zwischen dem Anrufer und dem Mehrwertdienstleister (Informationsdienstleister) begründet. Der Vertrag kommt dabei gemäß § 864 ABGB konkludent zustande.

a) Anruf

Das Offert liegt in der telefonischen Ankündigung der Mehrkosten des Anrufs. Durch die folgende Inanspruchnahme der Dienstleistung wird der Vertrag stillschweigend angenommen.¹⁶³

Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anrufer überhaupt nicht damit rechnet, dass es sich bei der angerufenen Nummer um einen Mehrwertdienst handelt. Dazu kann es in jenen Fällen kommen, wo der Anrufer über eine als private Nachricht getarnte SMS zum Rückruf aufgefordert wird. Die gängigen Mobiltelefone bieten die Möglichkeit, eine in der SMS aufscheinende Nummer bzw jene des Absenders einfach durch Drücken der Anruftaste bei geöffneter SMS zu wählen. Die Nummer muss also nicht erst händisch eingegeben werden, sodass es durchaus sein kann, dass man die markante Nummer 0900 übersieht.

Wird hingegen mit einer SMS für einen Mehrwertdienst geworben und geht dies bspw durch Angabe der Kosten klar hervor, ist schon darin das Angebot zu sehen, und wird schon mit dem Wählen der Mehrwertnummer und der aufgebauten Verbindung eine konkludente Einwilligung vorliegen.

Zivilrechtlich wäre es diesfalls nicht erforderlich, den Anrufer am Beginn des Telefonats auf die anfallenden Kosten hinzuweisen. Überhaupt ist das Wissen um die Höhe des Entgelts grundsätzlich nicht Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages. Das Entgelt muss lediglich bestimmbar sein. Es ist jedenfalls im Vertrag zwischen Dienstenetzbetreiber und Mehrwertdienstleister festgelegt.

Im gegebenen Zusammenhang ist auch auf § 5c Abs 3 KSchG zu verweisen. Demnach ist ein Unternehmer im Fernabsatz verpflichtet, ein Ferngespräch mit einem Verbraucher mit der Nennung seines Namens bzw der Firma und der Angabe des Gesprächszweckes zu beginnen. Der Verbraucher soll damit vor aggressiven Vertriebsmethoden und Überrumpelungen geschützt werden. Nach den Materialien¹⁶⁴ soll dies auch dann gelten, wenn der Verbraucher angerufen hat, es sei denn, dass der geschäftliche Zweck des Gespräches feststeht, was bei einem Anruf einer Mehrwertnummer meistens der Fall sein wird, sofern der Anrufer nicht getäuscht wurde. Die Identität muss aber jedenfalls offen gelegt werden. Die Missachtung der Bestimmung

¹⁶³ Vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 73

¹⁶⁴ Vgl ErläutRV 1998 BlgNR 20.GP 23, *Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), *ecolex* 2000, 416

zieht verwaltungsrechtliche Folgen nach sich. Sie ist mit einer Geldstrafe bis 1.450 Euro zu bestrafen (§ 32 KSchG).

Auch wenn die Identität des Mehrwertdienstleisters beim Anruf nicht offengelegt wird, ist dies für die Wirksamkeit des Vertrages unbeachtlich, wenn der Anrufer den Vertrag auch in Unkenntnis des konkreten Vertragspartners schließen will.

b) SMS

Wird eine SMS an eine Mehrwertnummer gesendet, schreibt die RTR-GmbH vor, dass diese nicht in Rechnung gestellt werden darf,¹⁶⁵ solange der Kunde für die Inanspruchnahme des Dienstes nicht ausdrücklich seine Zustimmung erteilt hat. Dies geschieht dadurch, dass der Anbieter als Reaktion auf die erste SMS des Kunden diesen per SMS über die Kosten informiert („Anbots“-SMS). Erst wenn der Kunde mittels eines zweiten „Quittungs“-SMS erklärt, mit dem Tarif einverstanden zu sein, gilt die Dienstleistung als bestellt und erfolgt die Tarifierung.

Zivilrechtlich wäre diese Konstruktion wohl nicht geboten. Wie auch beim Anruf könnte die SMS des Kunden an die Mehrwertnummer bereits eine konkludente Annahme darstellen, sofern er zuvor ein entsprechendes Angebot erhalten hat, aus dem nicht einmal notwendigerweise die Kosten hervorgehen müssen.

Möglich wäre es auch, die SMS an die Mehrwertnummer als Angebot zu deuten. Der Mehrwertdienstleister würde das Angebot mit tatsächlichem Entsprechen annehmen, indem er seinerseits die vorgesehene Leistung erbringt. Das Problem dabei ist, dass die SMS dann ein reines Kommunikationsmittel zur Übermittlung des Angebotes wäre. Die SMS an eine Mehrwertnummer löst aber gerade selbst die Tarifierung aus, dh die SMS selbst ist kostenpflichtig und nicht erst die erbrachte Gegenleistung. Aus diesem Grund kann die SMS nicht das Angebot sein, da es sonst an der Annahme mangelt.

In diesem Sinn schreibt die RTR-GmbH vor, dass nicht die Möglichkeit bestehen darf, ein Quittungs-SMS direkt, also ohne vorangehende Angebots-SMS, an die SMS-Diensterufnummer bzw an eine allfällig zusätzlich verwendete Nummer als gültige Bestellung, die dann die Tarifierung auslöst, zu senden.

Nachdem der RTR-GmbH durch § 24 TKG 2003¹⁶⁶ eine Verordnungsermächtigung erteilt wurde, die näheren Bestimmungen über eine transparente und den erforderlichen Schutz der Nutzer beachtende Erbringung von Mehrwertdiensten festzulegen (ua Regelungen über

¹⁶⁵ RTR-GmbH, Anhang betreffend Teilnehmernummern für frei kalkulierbare Mehrwertdienste im Bereich (0)900 und (0)930 zu den Allgemeinen Vergaberichtlinien betreffend die Zuteilung von Rufnummern für öffentliche Dienste und Kommunikationsnetze, 20.08.2003, <http://www.rtr.at>

¹⁶⁶ Die Allgemeinen Vergaberichtlinien betreffend die Zuteilung von Rufnummern für öffentliche Dienste und Kommunikationsnetze und der Anhang betreffend Teilnehmernummern für frei kalkulierbare Mehrwertdienste im Bereich (0)900 und (0)930 sind auf die §§63 und 65 TKG 2003 gestützt.

Entgeltinformationen), bzw sie nach § 63 TKG 2003 Verhaltensvorschriften für die Nutzung von Kommunikationsparametern festlegen darf, wird eine ohne vorangehende Angebots- und Quittungs-SMS erfolgte Tarifierung rechtswidrig sein. Aus dem Zweck der verletzten Vorschrift, nämlich dem Schutz der Nutzer eines Mehrwertdienstes, ist die Ungültigkeit eines anderweitig geschlossenen Vertrages über die Informationsdienstleistung zu folgern.

c) Entgeltansprüche

Wie oben gesagt, ist die Informationsdienstleistung von der Telekommunikationsdienstleistung zu unterscheiden. Strittig ist, wem nun Entgeltansprüche zustehen.

Nach der deutschen hL¹⁶⁷ besteht sowohl ein Vergütungsanspruch des TK- Dienstleister, als auch des Mehrwertdienstleisters. Dem steht nicht entgegen, dass die Entgelte für Mehrwertdienste auf der vom TK-Dienstleister erstellten Telefonrechnung aufgeführt werden, da es dabei um Modalitäten auf der Erfüllungsebene, nicht aber um den zugrunde liegenden Vertrag geht. In den meisten Fällen, vor allem wenn es um Erotikangebote geht, wird dem Anrufer auch bewusst sein, dass die inhaltliche Dienstleistung nicht vom TK-Dienstleister erbracht wird.

Kommt der Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister aus irgendwelchen Gründen nicht zustande, und entfällt deshalb die Zahlungsverpflichtung hinsichtlich der Informationsdienstleistung, bleibt der Entgeltanspruch des TK-Dienstleisters hinsichtlich der technischen Dienstleistung konsequenterweise bestehen. Fraglich ist, in welcher Höhe dieser Anspruch des TK-Dienstleisters bestehen soll.

Tatsache ist, dass der TK-Dienstleister, aus dessen Pool die Mehrwertnummer stammt bzw in dessen Netz sie eingerichtet ist (Dienstenetzbetreiber), nicht nur jenen Teil des Gesamtentgelts erhält, der ihm für seine rein technische Dienstleistung, also die Übertragung der Signale etc, zustehen würde, sondern dass sein Anteil erheblich über dem liegt, was gewöhnlich für ein Telefonat bzw ein SMS berechnet wird. Er hat also an der Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes ein eigenständiges wirtschaftliches Interesse, das über das Verbindungsentgelt hinausgeht.¹⁶⁸

Ein eigener Vergütungsanspruch des TK-Dienstleisters in Höhe der Differenz zwischen Gesamtentgelt und Auszahlungsbetrag wäre daher nicht sachgerecht. Vielmehr müsste sich der Vergütungsanspruch in Höhe des Originierungsentgelts, welches dem Quellnetzbetreiber für die Zustellung der Verbindung an das Dienstenetz – also für die reine Transportleistung – zusteht, bewegen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Großteil des dem Anrufer in Rechnung gestellten Gesamtentgelts zumindest ursprünglich eine Forderung des Mehrwertdienstleisters darstellt.

¹⁶⁷ Vgl. Klees, Vertragsverhältnisse bei der Nutzung von Mehrwertdienstnummern, CR 5/2003, 331ff mwN

¹⁶⁸ Dies gilt auch dann, wenn man die Kosten für Billing und Inkasso abzieht.

3. Adressat von Einwendungen

Nach dem Zielnetzscenario wird das Gesamtentgelt vom Quellnetzbetreiber, der mit dem Dienstenetzbetreiber identisch sein kann, eingehoben. In Bezug auf mögliche Einwendungen kommt es darauf an, ob - wie oben dargestellt - ein eigener Vertrag zwischen dem Kunden und dem Mehrwertdienstleister angenommen wird.

Das Problem der Einwendungen stellt sich dann nicht, wenn man davon ausgeht, dass die Telekommunikationsdienstleistung und die Mehrwertdienstleistung eine einheitliche Leistung darstellen, welche dem Kunden von seinem Netzbetreiber als eigene Leistung verkauft wird. In diesem Fall kann der Kunde daher alle Einwendungen und Ansprüche unmittelbar seinem Telekommunikationsdienstleister entgegenhalten.

In dem Zusammenhang legen bspw die AGB der Telekom Austria in § 16 Abs 3 fest, dass sie berechtigt sei, „gegenüber den üblichen Verbindungsentgelten erhöhte Entgelte vorzusehen (Mehrwertdienste), die neben ihren technischen und betrieblichen Leistungen weitere Dienstleistungen - auch anderer Anbieter - insgesamt abgelten.“ Weiters heißt es, „Einwendungen und Ansprüche des Kunden, die die Leistung eines anderen Anbieters betreffen, sind nicht der Telekom Austria, sondern dem anderen Anbieter entgegenzuhalten.“¹⁶⁹ Im Klartext bedeutet das, dass der Anrufer einer Mehrwertnummer gegenüber der TA nicht behaupten kann, der Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister sei nicht zustande gekommen. Offenbar geht man hier davon aus, dass grundsätzlich ein eigener Vertrag zwischen dem Anrufer und dem Mehrwertdienstleister besteht.

Ob der Anrufer Einwendungen aus dem Vertrag betreffend die Mehrwertdienstleistung dem Quellnetzbetreiber tatsächlich nicht entgegenhalten kann, ist fraglich. Dafür spricht zwar, dass der TK-Dienstleister idR keinen Einfluss auf den Inhalt des Mehrwertdienstes hat und Mängel an einer nicht von ihm erbrachten Leistung auch nicht beurteilen wird können. Kommt der Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister aber überhaupt nicht zustande oder ist er mit Mängeln behaftet, und zieht der TK-Dienstleister das Entgelt für die Mehrwertdienstleistung im Wege des Inkassos für den Mehrwertdienstleister ein, ist nicht einzusehen, warum der Anrufer Einwendungen gegenüber dem Mehrwertdienstleister nicht auch dem die Rechnung ausstellenden TK-Dienstleister entgegenhalten können sollte, sofern die Rechnung noch nicht bezahlt wurde.¹⁷⁰

Dies gilt sowohl dann, wenn man eine Inkassoession annimmt, als auch dann, wenn eine fremde Forderung – nämlich die des Mehrwertdienstleisters – mit dessen Befugnis im eigenen Namen geltend gemacht wird.¹⁷¹

¹⁶⁹ Vgl Allgemeine Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehende Leistungen (AGB Telefon) 01.12.2002, <http://www.telekom.at>

¹⁷⁰ Vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 73

¹⁷¹ Die Figur der Einziehungsermächtigung ist aber umstritten; vgl *Grillberger*, *Zur Einziehung fremder Forderungen im eigenen Namen*, *ÖJZ* 1978, 141

Ist die Rechnung hingegen schon bezahlt, weil etwa der Betrag automatisch vom Konto abgebucht wurde, wird man differenzieren müssen.

Bei der Inkassoession handelt es sich um die Übertragung eines Vollrechtes unter obligatorischer Beschränkung. Die Forderung bleibt wirtschaftlich beim Zedenten. Nachdem das Forderungsrecht inhaltlich nicht verändert wird, können dem Quellnetzbetreiber als Erwerber alle Einwendungen, die schon gegen den Mehrwertdienstleister entstanden sind, entgegen gehalten werden. An den Quellnetzbetreiber als Inhaber des Vollrechtes wird man sich zu wenden haben, um das bereits bezahlte Mehrwertentgelt zurückzuverlangen.¹⁷²

Wurde die Forderung nicht abgetreten, sondern vom Gläubiger lediglich die Befugnis eingeräumt, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, und wurde die Forderung schon beglichen, ist es tatsächlich so, dass Einwendungen und Ansprüche nicht dem Quellnetzbetreiber entgegengehalten werden können, sondern dem Mehrwertdienstleister.

Ob eine Inkassoession anzunehmen ist, geht zumindest aus den AGB der TA nicht klar hervor. Dort heißt es nur, „*dass die dem Nutzer bei Inanspruchnahme des Premium Rate Services von der Telekom Austria im eigenen Namen in Rechnung gestellten Verbindungsentgelte auch den anteiligen Auszahlungsbetrag umfassen*“.¹⁷³

In der Praxis wird sich die Frage der Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen bei Mehrwertdiensten und damit zusammenhängend etwa die Frage, ob eine Inkassoession anzunehmen ist oder nicht, für den Kunden eher selten stellen.

Für den Fall, dass ein Kunde Einwendungen gegen in Rechnung gestellte Entgeltforderungen für Verbindungen zu Diensten eines frei kalkulierbaren Mehrwertdienstes erhebt, ist der Quellnetzbetreiber nach § 71 TKG 2003 verpflichtet, alle der Rechnung zugrunde gelegten Faktoren zu überprüfen, insbesondere auch, ob die bestrittenen Verbindungen hergestellt worden sind. Häufig wird die RTR-GmbH als Streitschlichter eingeschaltet werden (§ 122 TKG 2003).

Wurden die Verbindungen zu Mehrwertdiensten tatsächlich hergestellt und bringt der Kunde inhaltliche Einwendungen gegen das Diensteentgelt vor, hat der Quellnetzbetreiber den Dienstenetzbetreiber aufzufordern, in der Sache Stellung zu nehmen. Der Dienstenetzbetreiber hat an einer einvernehmlichen Lösung mitzuwirken.

Ergibt sich im Zuge des Verfahrens über die Einwendungen oder bei der Streitschlichtung, dass ein begründeter Verdacht wegen nicht gesetzeskonformen Verhaltens des Diensteanbieters besteht, wird der

¹⁷² Vgl BGHS Wien 14.08.2001, 9 C 1992/00g (rechtskräftig)

¹⁷³ Vgl § 14 Abs 1 der Allgemeine Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für die Inanspruchnahme der Telebusiness Line und der Erotik Line und damit im Zusammenhang stehender Leistungen (AGB Telebusiness Line und Erotik Line) vom 01.09.2001, http://www.telekom.at/Content.Node2/dateien/agb_telbusi_erotikh.pdf

bestrittene Betrag vom Quellnetzbetreiber bis zur Klärung der Angelegenheit gegenüber dem Teilnehmer gestundet.¹⁷⁴

In der Praxis sind die Telekommunikationsnetzbetreiber also schon in ihrem eigenen Interesse zu dieser gemeinsamen Vorgehensweise im Falle von Einwendungen angehalten. Die RTR-GmbH hat als Streitschlichter eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen.

C. Haftungsfragen und praktische Probleme

An dieser Stelle sollen Haftungsfragen sowie bei der Rechtsverfolgung auftretende praktische Probleme im Zusammenhang mit SMS, welche den Handy Besitzer mit einer besonderen Masche zum Anruf einer Mehrwertnummer animieren, erläutert werden. Mit Liebesbotschaften wie „*Ich hab mich wirklich in Dich verliebt u. muss es Dir endlich sagen! Weißt Du wer ich bin?*“¹⁷⁵ oder Gewinnzusagen, Hotelgutscheinen, Gratisreisen etc wird der Empfänger der SMS unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Anruf einer Mehrwertnummer bewegt. In vielen Fällen, erkennt der Anrufer (zunächst) nicht einmal, dass es sich dabei um eine Mehrwertnummer handelt, etwa weil der Entgelthinweis durch Einfügen einiger Leerzeilen - und somit vom übrigen Text getrennt – am Display zunächst nicht sichtbar ist.

1. Anzeige Fernmeldebüro

Selbstverständlich bleibt es dem Empfänger der SMS unbenommen, den Versender der SMS nach § 107 TKG 2003 bei dem zuständigen Fernmeldebüro anzuzeigen. Es kann aber gut sein, dass das Verwaltungsverfahren „im Sand verläuft“, da die SMS aus exotischen Ländern versendet wurde und der Versender nicht festgestellt werden kann oder die Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint. Aber auch wenn die SMS aus dem Inland versendet wurde, gab es in der Vergangenheit Probleme, den Absender zu finden. Scheint etwa als Absender eine Mehrwertnummer auf, dann reicht es nicht aus, zu wissen, wem diese Mehrwertnummer von der RTR-GmbH zugeteilt wurde. Die Nummern dürfen von den Telekombetreibern an ihre Kunden weitergegeben werden. Daher ist man auf die Auskunft der Telekombetreiber angewiesen. Diese beriefen sich aber in vielen Fällen (zu Recht) auf das Fernmeldegeheimnis.

Abhilfe wurde mit dem TKG 2003 insofern geschaffen, als Betreiber von Kommunikationsdiensten nun nach § 90 Abs 6 dazu verpflichtet sind, Verwaltungsbehörden auf deren schriftliches und begründetes Verlangen Auskunft über Stammdaten von Teilnehmern zu geben, die verdächtigt werden, „*durch eine über ein öffentliches Telekommunikationsnetz gesetzte Handlung eine Verwaltungsübertretung begangen zu haben.*“ In Frage kommt daher etwa eine Verwaltungsübertretung nach TKG und ECG.

¹⁷⁴ Vgl TKG 18.03.2002, Z 20/01-38

¹⁷⁵ Vgl <http://www.ad.or.at/news/pw20021123.html>

2. Unterlassungsklage

Natürlich steht dem Empfänger der SMS auch ein Unterlassungsanspruch nach § 107 TKG oder § 16 ABGB zu. Auch hier kann der Empfänger aber vor dem Problem stehen, den Namen des Absenders nicht zu kennen und folglich nicht klagen zu können. Auch eine Anzeige beim Fernmeldebüro hilft ihm diesbezüglich nicht weiter, denn im Verwaltungsstrafverfahren hat der Anzeiger keine Parteistellung und daher auch kein Recht auf Akteneinsicht.

3. Arglistige Täuschung

Lässt sich der Empfänger einer „Liebes“-SMS nun tatsächlich dazu verführen, eine Mehrwertnummer, von der er nicht weiß, dass es eine ist, anzurufen, kommt eine Anfechtung des mit dem Mehrwertdienstleister geschlossenen Vertrages nach § 870 ABGB in Betracht. Voraussetzung ist allerdings, dass die täuschende SMS auch von dem Mehrwertdienstleister stammt, oder dass er offenbar davon wissen musste (§ 875 ABGB).

In der täuschenden SMS ist noch kein Offert zu sehen. Dieses liegt in der telefonischen Ankündigung der Mehrkosten des Anrufs nach der EVO. Durch die Entgeltansage und durch die Namensnennung am Beginn des Gespräches nach § 5c Abs 3 KSchG wird der Irrtum aufgeklärt. Legt der Anrufer jetzt nicht auf, stimmt er damit dem Vertrag stillschweigend zu. Damit scheidet aber eine Anfechtung nach § 870 ABGB wohl aus, da der Anrufer zum Zeitpunkt der Willenserklärung eben in keinem Irrtum befangen war.

Klärt der Mehrwertdienstleister den Irrtum aber nicht auf und unterbleibt eine Entgeltansage, dann mangelt es schon an einem Angebot, sodass der Vertrag nicht zustande kommt.

Eine arglistige Täuschung könnte vorliegen, wenn der Empfänger eine SMS erhält: „Wir gratulieren herzlich, Sie haben gewonnen. Melden Sie sich unter...“. Wenn der Empfänger daraufhin eine Mehrwertnummer anruft und den Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister im Glauben, gewonnen zu haben, abschließt, sich dann aber herausstellt, dass er nur an einem Gewinnspiel teilnehmen kann, so wurde er bewusst unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Vertragsabschluss bestimmt, auch wenn der Irrtum nur das Motiv des Anrufs betraf. Der Vertrag wird daher anfechtbar sein.

4. Irrtum

Ein unbeachtlicher Motivirrtum wäre es, wenn sich jemand während eines Anrufs bei einem Mehrwertdienst etwas Besseres, zB aktuellere oder ausführlichere Informationen, erwartet hätte.

Zu beachten ist, dass gem § 871 Abs 2 ABGB ein Irrtum über Umstände, über die nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären ist, immer Geschäftsirrtum (und nicht bloß Motivirrtum) ist. Bspw ist nach § 5c Abs 3 KSchG über den Zweck des Gespräches aufzuklären, sofern dieser nicht feststeht. Ist dies nicht der Fall und wird darauf zu Beginn des Mehrwertgespräches nicht hingewiesen, so ist eine Anfechtung möglich, da

der Irrtum vom Mehrwertdienstleister veranlasst wurde. Voraussetzung ist, dass der Irrtum wesentlich ist, er also für den Vertragsschluss entscheidend war.

5. Herbeiführung eines Willensmangels durch Dritten

Wurde der Anrufer einer Mehrwertnummer von einem außenstehenden Dritten durch List oder Drohung zum Vertragsabschluss bewogen, so ist der Vertrag grundsätzlich gültig (§ 875 ABGB). Der Irreführende oder Drohende hat aber volle Genugtuung zu leisten.

Anderes gilt, wenn der Vertragspartner, also der Mehrwertdienstleister, an der Handlung des Dritten teilnahm oder von derselben offenbar wissen musste. In diesem Fall ist der Vertrag anfechtbar.

6. Eintritt eines Schadens?

Wird jemand durch eine SMS zum Anruf einer Mehrwertnummer animiert, ist fraglich, ob hierdurch überhaupt ein Schaden eintritt, der geltend gemacht werden könnte.

Legt der Mehrwertdienstleister zu Beginn des Gespräches seine Identität offen und weist auf die Kosten des Telefonats hin, so tritt zumindest bis zu der erfolgten Information kein Schaden ein, da der Anruf erst anschließend tarifiert werden darf.

Kommt der Vertrag dann durch Fortsetzung des Gespräches stillschweigend zustande, kann sich der Anrufer nicht mehr darauf berufen, nicht gewusst zu haben, dass er eine Mehrwertnummer anruft. Meint der Anrufer, er hätte die Ansage nicht verstanden oder zu spät aufgelegt, wird er den eingetretenen Schaden - nämlich in Höhe des Dienstentgelts - mitzuverantworten haben.

7. Haftung der Mobilfunkbetreiber

Es stellt sich die Frage, ob erstens jener Mobilfunkbetreiber, der eine Mehrwertnummer aus seinem Pool zur Verfügung stellt sowie die massenweise Versendung von SMS anbietet oder zweitens jener Mobilfunkbetreiber, der diese SMS dann letztendlich zustellt, in irgendeiner Form zur (Mit)Verantwortung herangezogen werden kann, weil er etwa an der Täuschung fahrlässig mitgewirkt hat.¹⁷⁶

a) Regelung in Deutschland

Das deutsche TKG enthält im Unterschied zum österreichischen eine ausdrückliche Regelung zum Anspruch auf Schadenersatz und Unterlassung gegenüber dem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen. Verstößt dieser vorsätzlich oder fahrlässig gegen das TKG, eine aufgrund dessen erlassene Verordnung oder gegen eine Anordnung der Regulierungsbehörde,

¹⁷⁶ Vgl. *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 73

ist er dem Nutzer zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet (§ 40 TKG).

Ein solcher Verstoß kann sich bspw aus der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) ergeben. Nach der TKV¹⁷⁷ ist jeder, der einem Kunden eine Mehrwertdienstrufnummer zur Nutzung überlassen hat und über gesicherte Kenntnis betreffend die rechtswidrige Zusendung von Werbung für die Nutzung dieser Rufnummer verfügt, verpflichtet, unverzüglich geeignete Maßnahmen zur Unterbindung des Rechtsverstößes zu ergreifen. Dazu gehört nach erfolgloser Mahnung auch die Sperre der missbräuchlich verwendeten Mehrwertnummer, sofern er von wiederholten und schwerwiegenden Rechtsverstößen weiß.¹⁷⁸

Damit wurde das auch in Österreich oftmals auftretende Problem beseitigt, dass der Empfänger der Werbe-SMS mangels Kenntnis des Versenders oder des Inhabers der beworbenen Mehrwertnummer keinerlei Schritte zur Unterbindung der unzulässigen Werbung unternehmen kann. Nach obiger Regelung kann er sich nun direkt an den jeweiligen Telekommunikationsnetzbetreiber wenden, der dem Diensteanbieter die Nummer überlassen hat.

b) Keine Überwachungsmöglichkeit

Die anfangs gestellte Frage nach der Haftung des terminierenden, also die SMS zustellenden, Mobilfunkbetreibers ist relativ schnell zu beantworten. Der Mobilfunkbetreiber, der SMS an seine Kunden zustellt, leitet diese lediglich durch. Ihm kann kein Vorwurf gemacht werden, da er auch aufgrund des Kommunikationsgeheimnisses keine Möglichkeit besitzt, die weitergeleiteten SMS auf Missbräuche zu kontrollieren. Rein theoretisch könnte er ein (ausländisches) SMSC, von dem wiederholt eine missbräuchliche Verwendung ausgeht bzw rechtswidrige Nachrichten versendet werden, als solches sperren und keine Nachrichten mehr von diesem weiterleiten. Damit würde er aber genauso SMS einer großen Masse von Kunden sperren, die rechtmäßig versendet wurden.¹⁷⁹ Es zeigt sich also, der Mobilfunkbetreiber hat rechtlich und faktisch keine Überwachungsmöglichkeit. Daher ist es auch gerechtfertigt, dass ihm das Haftungsprivileg eines Access-Providers nach § 13 ECG zukommt.

c) „SMS Large Account“¹⁸⁰

Ähnliches gilt aber auch für den Mobilfunkbetreiber, über dessen SMSC oder Gateway die Nachricht versendet wurde. Leitet er die Nachricht nur durch, ohne auf die Empfänger oder den Inhalt Einfluss zu nehmen, und

¹⁷⁷ Vgl § 13a TKV, eingefügt durch BGBl 2002/62; Die TKV wurde auf Grundlage des § 41 Abs 1 TKG erlassen.

¹⁷⁸ Vgl *Manssen* (Hrsg), Telekommunikations- und Multimediarecht, 9.ErgLfg. 3/03

¹⁷⁹ Vgl *Kronegger* RTR-GmbH, Informationen betreffend unerwünschte Werbung mittels elektronischer Post (Spam), August 2003, <http://www.rtr.at>

¹⁸⁰ Vgl *mobikom Austria*, <http://www.a1.net>

werden die Nachrichten nicht verändert oder gespeichert, kommt auch ihm das Haftungsprivileg des § 13 ECG zugute.¹⁸¹ Problematisch könnte in diesem Zusammenhang aber die Tatbestandsvoraussetzung des nicht Veranlassens der Übermittlung sein (Z 1). Bewirbt ein Mobilfunkbetreiber seinen Massen-SMS Account für Marketingaktivitäten, könnte man darin durchaus ein Veranlassen sehen. Dies gilt umso mehr, wenn eine Lösung aus einer Hand geboten wird: die Versendung von Massen-SMS und die Einrichtung einer Mehrwertnummer als Antwortadresse. Verliert der Mobilfunkbetreiber sein Haftungsprivileg, heißt das aber noch nicht, dass er automatisch haftet, denn es handelt sich eben nur um Haftungsbefreiungsvoraussetzungen.

Großteils wird der Anbieter eines Massen-SMS Accounts keine Überwachungsmöglichkeiten haben. Er weiß ja nicht, ob für die Zusendung der SMS eine Zustimmung von Seiten der Empfänger vorliegt oder nicht. Er kann seine Werbekunden lediglich anhalten, keine SMS ohne Zustimmung zu versenden.

Sehr wohl könnte der Mobilfunkbetreiber aber überwachen, ob die zu versendenden SMS eine gültige Absenderkennung enthalten¹⁸². Über diese muss der Empfänger mit dem Absender in Kontakt treten können. Ohne eine solche authentische Adresse versendete SMS sind jedenfalls nach § 107 TKG 2003 rechtswidrig. Diesbezüglich käme also eine Haftung des Mobilfunkbetreibers in Frage. Jedenfalls dann, wenn er vom Missbrauch Kenntnis erlangt, also weiß, dass anonyme Nachrichten verschickt werden.

d) Mehrwertnummer

Im Kapitel Vertragsverhältnisse¹⁸³ wurde erläutert, dass der Dienstenetzbetreiber ein über das bloße Verbindungsentgelt hinausgehendes eigenständiges wirtschaftliches Interesse an Anrufen bei einer von ihm zur Verfügung gestellten Mehrwertnummer hat.

Wird nun mit dieser Mehrwertnummer als Absender eine SMS über das SMSC des Mobilfunkbetreibers versendet, welches den Empfänger bspw durch eine Gewinnmeldung „Wir gratulieren herzlich, Sie haben gewonnen. Melden Sie sich unter...“ arglistig täuscht, könnte nicht nur der Täuschende, sondern auch der Mobilfunkbetreiber dafür haftbar sein. Da der Mobilfunkbetreiber an der Entgeltleistung des Getäuschten ein eigenes Vermögensinteresse hat, ist die Ersatzpflicht aus culpa in contrahendo abzuleiten. Voraussetzung wäre, dass der Mobilfunkbetreiber fahrlässig an der Täuschungshandlung mitgewirkt hat.¹⁸⁴

Mitgewirkt hat er zum einen durch die Versendung der SMS. Dies allein wird aber noch nicht ausreichen, da er den Inhalt der Nachricht ja nicht kennt und ihn auch keine allgemeine Überwachungspflicht trifft. Wenn aber darüber hinaus die gültige Absenderkennung fehlt, an die der Empfänger der SMS eine

¹⁸¹ Siehe oben III.B.5.a) und c)

¹⁸² Wenn nicht ohnedies der Mobilfunkbetreiber für die Absenderkennung zu sorgen hat.

¹⁸³ Siehe oben IV.B.2.c)

¹⁸⁴ Vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 73

Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten schicken kann, und enthält die Nachricht eben nur die Mehrwertnummer, dann wird schon eher eine Fahrlässigkeit des Mobilfunkbetreibers anzunehmen sein. Ihm hätte auffallen müssen, dass die Nachricht keine gültige Adresse, sondern nur seine Mehrwertnummer enthält. Hat er aber damit bereits an einer Täuschung fahrlässig mitgewirkt? Die Täuschung besteht ja darin, dass ein Gewinn versprochen wird. Den Inhalt der Nachricht kennt der Mobilfunkbetreiber aber nicht. Eine Haftung ist daher im Ergebnis eher abzulehnen.

e) Mittäterhaftung im Wettbewerbsrecht

Nach stRsp hat derjenige, der einen Wettbewerbsverstoß eines anderen durch eigenes Verhalten ermöglicht hat, für das wettbewerbswidrige Verhalten des unmittelbaren Täters einzustehen. Der Unterlassungsanspruch richtet sich auch gegen den Gehilfen, der den Täter bewusst gefördert hat.

Zu einem Wettbewerbsverstoß kann es im Bereich der SMS-Werbung sehr schnell kommen. Eine ohne Zustimmung an einen Verbraucher versendete SMS ist nach § 1 UWG rechtswidrig¹⁸⁵. Ebenso ist eine ohne gültige Absenderkennung versendete SMS sittenwidrig.

Kann der Mobilfunkbetreiber dabei als Gehilfe angesehen werden? Die bewusste Förderung fehlt, wenn der Mobilfunkbetreiber die wettbewerbswidrige Handlung nicht einmal gekannt hat und auch keine Prüfpflicht besteht. Wie schon mehrmals erwähnt, gibt es keine allgemeine Überwachungspflicht für den Mobilfunkbetreiber. Wegen des Kommunikationsgeheimnisses darf er in den meisten Fällen auch nicht überwachen.

Zu einer Unterlassungsklage gegen den Mobilfunkbetreiber kann es daher nur dann kommen, wenn der Mobilfunkbetreiber von einem Wettbewerbsverstoß weiß. Nach der OGH-Entscheidung „fpo.at“¹⁸⁶ sind Maßnahmen zur Verhinderung einer Fortsetzung der Rechtsverletzung vorzunehmen, „wenn der Verletzte unter Darlegung des entsprechenden Sachverhalts ein Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist.“

Dieser Entscheidung folgend kommt man hinsichtlich einer bei einem Mobilfunkbetreiber eingerichteten Mehrwertnummer zu einem ähnlichen Ergebnis, wie in der deutschen TKV festgelegt: der Mobilfunkbetreiber ist auf Ersuchen des Verletzten bei offenkundiger Rechtsverletzung verpflichtet geeignete Maßnahmen zur Unterbindung des Rechtsverstoßes zu ergreifen; sperrt er eine missbräuchlich verwendete Mehrwertnummer nicht, kann er auf Unterlassung bzw Beseitigung in Anspruch genommen werden.

¹⁸⁵ siehe oben III.C.1 und III.C.3

¹⁸⁶ Vgl OGH 13.09.2000, 4Ob166/00s

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
AB	=	Ausschussbericht
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 1811/946
abl	=	ablehnend
ABl	=	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AnwBl	=	Österreichisches Anwaltsblatt
arg	=	argumento
AVG	=	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 51
BG	=	Bundesgesetz
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BMJ	=	Bundesministerium für Justiz
BlgNR	=	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BR	=	Bundesrat
bspw	=	beispielsweise
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1
bzw	=	beziehungsweise
dh	=	das heißt
div	=	diverse
ca	=	circa
CR	=	Fachzeitschrift Computer und Recht
DSG	=	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000), BGBl I 1999/165
E	=	Entscheidung
ECG	=	Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz), BGBl I 2001/152
EC-RL	=	Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt E-Commerce-Richtlinie), ABl Nr L 178 vom 17. Juli 2000, 1
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
E-Datenschutz-RL	=	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 201 vom 31.7.2002, 37
Entw	=	Entwurf
ErgLfg	=	Ergänzungslieferung
ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	=	Erwägungsgrund
ETSI	=	European Telecom Standard Institute
etc	=	et cetera
EuGH	=	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EvBl	=	Evidenzblatt für Rechtsmittelentscheidungen (ÖJZ)

EVO	= Entgeltverordnung, BGBl II 1999/158
f, ff	= folgende
FAQ	= frequently asked questions
FN	= Fußnote
G	= Gesetz
gem	= gemäß
GewO	= Gewerbeordnung 1994, BGBl 194
GP	= Gesetzgebungsperiode
GPRS	= General Packet Radio Service
hL	= herrschende Lehre
Hrsg	= Herausgeber
idF	= in der Fassung
idR	= in der Regel
idS	= in diesem Sinne
ieS	= im engeren Sinn
insbes	= insbesondere
IP	= Internet Protokoll
IPR	= Internationales Privatrecht
iS	= im Sinne
iSd	= im Sinne des, - der
ISP	= Internet Service Provider
ISPA	= Internet Service Provider Austria
iSv	= im Sinne von
iVm	= in Verbindung mit
iwS	= im weiteren Sinn
JA	= Justizausschuss
JAP	= Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB1	= Juristische Blätter
Jud	= Judikatur
JurPC	= JurPC, Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik
KG	= Kammergericht (OLG Berlin)
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz, BGBl 1979/140
leg cit	= legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lit	= Literatur
lit	= litera
maW	= mit anderen Worten
mA	= meiner Ansicht
MMR	= Zeitschrift Multimedia und Recht
MMS	= Multimedia Messaging Service
MR	= Zeitschrift für Medien und Recht
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NR	= Nationalrat
NVO	= Verordnung des Bundesministers für Wissenschaft und Verkehr über die Nummerierung (Nummerierungsverordnung, BGBl II 1997/416)
NZ	= Notariatszeitung
OGH	= Oberster Gerichtshof
OLG	= Oberlandesgericht

ÖBl	= Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung
RdW	= Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	= Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften
Rsp	= Rechtsprechung
RTR (GmbH)	= Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH.
Rz	= Randzahl
RV	= Regierungsvorlage
S	= Satz, Seite
s	= siehe
Slg	= Sammlung
SMS	= Short Message Service
SMSC	= Short Message Service Center
sog	= sogenannt, -e, -er, -es
StGB	= Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60
StPO	= Strafprozessordnung 1975, BGBl 1975/631
StProt	= stenographische(s) Protokoll(e)
stRsp	= ständige Rechtsprechung
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TA	= Telekom Austria
TK	= Telekommunikations-
TKG	= Telekommunikationsgesetz, BGBl 1997/100
TKG 2003	= Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70
TKK	= Telekom-Control-Kommission
TKV	= Telekommunikations-Kundenschutzverordnung
ua	= und andere
udgl	= und dergleichen
UMTS	= Universal Mobile Telecommunications System
UrhG	= Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl 1936/111
URL	= Uniform Resource Locator
uU	= unter Umständen
UVS	= Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	= Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl 448/1984
v	= vom, von
va	= vor allem
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
VR	= Zeitschrift Versicherungsrundschau
VStG	= Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl 52
VVG	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, BGBl 53
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
WAP	= Wireless Application Protocol
wbl	= Wirtschaftsrechtliche Blätter
Web-Dok	= Web (Internet) Dokument
WLAN	= Wireless Local Area Network

Z	=	Ziffer
zB	=	zum Beispiel
ZPO	=	Zivilprozessordnung, RGBI 1895/113
zT	=	zum Teil

Literaturverzeichnis

Handbücher und Kommentare

- Brenn (Hrsg), ECG (2002)*
- Drobesh/Grosinger, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000)*
- Duque-Antón, Mobilfunknetze, Grundlagen Dienste und Protokolle (2002)*
- Glas/Vartian, Handbuch Telekommunikationsrecht (1998)*
- Gruber/Mader (Hrsg), Internet und e-commerce (2000)*
- Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹¹ II (2000)*
- Kresbach, E-Commerce, Nationale und internationale Rechtsvorschriften zum Geschäftsverkehr über elektronische Medien (2002)*
- Manssen (Hrsg), Telekommunikations- und Multimediarecht, 9.ErgLfg. 3/03*
- Parschalk, Zuser, Otto, Telekommunikationsrecht (2002) 137*
- Stomper (Hrsg), Praxishandbuch Internetrecht (2002)*
- Walke, Mobilfunknetze und ihre Protokolle 1 (2001)*
- Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz (2000)*
- Zankl, E-Commerce-Gesetz, Kommentar und Handbuch (2002)*

Beiträge aus Zeitschriften und Online-Quellen

- Fallenböck, Der Einsatz von Location Based Services – eine erste Analyse rechtlicher Problemfelder, MR 2002, 182*
- Fallenböck/Haberler, Ortsbezogene Dienste für Handys: Droht der gläserne Benutzer? Rechtspanorama 10.06.02, Die Presse 2002/24/01*
- Fraiss, Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Spam in der EU und in Österreich (DiplArb, Graz 2002)
http://www.it-law.at/papers/Fraiss_Thomas_Spam_EU_Oesterreich.pdf*
- Grillberger, Zur Einziehung fremder Forderungen im eigenen Namen, ÖJZ 1978, 141*
- Haberler / Kerschischnig, Werbe- und Massenmails: (K)eine Änderung der Rechtslage, wbl 2002, 533*
- Handig, Ist unerbetene E-Mail-Werbung sittenwidrig? ecolex 2003, 425*
- Horak, Neues zur E-Mail-Werbung, RdW 2002/585*

- Jahnel*, Spamming, Cookies, Web-Logs, LBS und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, wbl 2003, 108
- Kerschischnig*, Spamming, Unerwünschte Elektronische Kommunikation, (DiplArb, Graz 2002) <http://www.e-xam.at/update/literatur/pdf/Spamming.pdf>
- Klees*, Vertragsverhältnisse bei der Nutzung von Mehrwertdiensternummern, CR 5/2003, 331
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz (Jänner 2001)
http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/studies/spam_de.htm
- Krajewski, Werbung über das Handy, Zur Zulässigkeit kommerzieller SMS-Nachrichten, MMR 2/2001, 86
- Kurier, Vorsicht Falle, 7.Juli 2003, S 7
- Lachmair*, Die neue Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, RdW 2003/3
- Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: Ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, ÖBl 2000, 243
- Mosing*, Gedanken zum Entwurf des § 106 Kommunikationsgesetz,
<http://www.it-law.at>
- RTR-GmbH *Kronegger*, Informationen betreffend unerwünschte Werbung mittels elektronischer Post (Spam) August 2003, <http://www.rtr.at>
- RTR-GmbH, Allgemeine Vergaberichtlinien betreffend die Zuteilung von Rufnummern für öffentliche Dienste und Kommunikationsnetze, 20.08.2003,
<http://www.rtr.at>
- RTR-GmbH, Anhang betreffend Teilnehmernummern für frei kalkulierbare Mehrwertdienste im Bereich (0)900 und (0)930 (20.08.2003) <http://www.rtr.at>
- RTR-GmbH, Merkblatt für die Zuteilung von Teilnehmernummern im Bereich für frei kalkulierbare Mehrwertdienste "(0)900" bzw. "(0)930" (03.04.2002)
<http://www.rtr.at>
- Seidelberger* in *Brenn*, E-Commerce und Werberecht, ECG 55
- Stomper*, Das neue Spam-Verbot, Neuregelung eines Spam-Verbots in Europa und Österreich, SWK 2002, W 91
- Templeton*, Reflections on the 25th Anniversary of Spam,
<http://www.templetons.com/brad/spam/spam25.html>
- Thiele*, E-Mail-Werbung zulässig? RdW 1999, 386
- Vodafone Netherlands, Vodafone introduces anti-SMS SPAM filter, 10.06.2003
<http://www.vodafone.com>
- Wessely/Eugen*, Ich war es nicht! Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige, MR 1/03, 3
- Wilhelm*, Ich habe mich in dich verliebt – bitte ruf 0900 87654- ..., ecolex 2003, 73
- Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz (insb Internet), ecolex 2000, 416

Zentraler Informatikdienst der Universität Wien, 101 - Der Spam-Filter der Uni Wien, http://www.univie.ac.at/comment/03-1/031_40.html

Zib, Aktuelle Rechtsfragen bei Internet-Werbung und Internet Domain-Namen, VR 2001, 35

Ziem, Spamming, Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, MMR 2000, 129

Übersicht der Entscheidungen

OGH 31.08.1983, 1 Ob 658/83, SZ 56/124

OGH 08.11.1983, 4 Ob 388/83, SZ 56/156 (Telefonwerbung)

OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84, SZ 57/98

OGH 11.07.1990, 3 Ob 578/90, SZ 63/134

OGH 18.10.1994, 4 Ob 99/94, JBl 1995, 166

OGH 28.10.1997, 4 Ob 320/97f, JBl 1998, 324 (Telefaxwerbung II)

OGH 24.02.1998, 4 Ob 53/98t

OGH 27.04.1999, 1 Ob 82/99m, JBl 1999, 809

OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t

OGH 14.03.2000, 4 Ob 64/00s, EvBl 2000/147 (Black-Jack-Ansichtskartenwerbung)

OGH 13.09.2000, 4 Ob 166/00s

BGHS Wien, 14.08.2001, 9 C 1992/00g

TKK 27.10.1999, Z 10/99

TKK 18.03.2002, Z 20/01-38

UVS Stmk 29.03.2002, 30.2-153/2001, MR 2002, 420

KG 20.06.2002, 10 U 54/02, CR 4/2003

LG Berlin 14.1.2003, 15 O 420/02, CR 5/2003, 339