

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

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

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

Die Art und Weise, wie Unternehmen auf solche Art mit Konsumenten in Verbindung treten, ist so verschieden wie die **technologischen Möglichkeiten** dieses mobilen Absatzkanals: Nachrichten können per SMS, per MMS per WAP-push oder auch auf sogenannte Pocket-PCs wie Blackberry und andere Fabrikate als ganz normale Email-Nachrichten gesendet werden. Auch die Einbeziehung von „lokations-basierenden“ Services (Dienste die in Abhängigkeit vom konkreten Aufenthaltsort des Nutzers die jeweils geografisch passende

Information zur Verfügung stellen) ist heutzutage nicht mehr Orwell'sche Fantasie, sondern technische Realität, der lediglich die rechtlichen Schranken oftmals noch Einhalt gebieten. So reizvoll es auch klingen mag, im Vorbeigehen bei einem Schaufenster das lang ersehnte und gesuchte Produkt plötzlich per SMS-Botschaft auf das Handy zum Kauf angeboten zu bekommen, so furchterregend scheint diese Technologie allerdings für manche und löst vielerorts beklemmende Gefühle und Bedenken hinsichtlich der Verletzung der Privatsphäre, und des Schutzes der persönlichen Daten aus.

Die zentrale Frage im Geschäftsleben ist jedoch: wem nützt eigentlich mobiles Marketing? Die direkte **persönliche und personalisierbare Kundenansprache** ist für Firmen aller Art ein schlichtes Werbe-Dorado. Während bei den klassischen und traditionellen Werbeformen wie TV-Werbung, Radiowerbung oder Print beim Kunden bei der Betrachtung zwar ein unmittelbares Verlangen nach dem Produkt geweckt wird, ist die direkte und spontane Verwirklichung dieses Kaufanreizes in den seltensten Fällen möglich. Das Geschäft, in dem das Produkt zu kaufen ist, kann schon geschlossen sein oder ein PC mit Internetanschluss zum Online-Bestellen ist nicht sofort verfügbar. Sprich: Es fehlt die sofortige, direkte Interaktionsmöglichkeit. Das Mobiltelefon eröffnet erstmalig jederzeit allorts und überall diesen lang ersehnten **sofort verfügbaren „Rückkanal“**, der den Werbern eine große Verringerung des sogenannten Streuverlustes bringen soll. Werbung verpufft nicht mehr, muss nicht mehr mit quantitativer Penetranz in die Köpfe der Kunden „eingebraunt“ werden, sondern erzielt unter Umständen schon mit einem einzigen SMS den gewünschten Effekt: einen Kauf! Mit dem Handy kann jedermann zu jeder Zeit sofort mit dem jeweiligen Anbieter von Leistungen und Produkten in Interaktion treten und bei Gefallen auch gleich zuschlagen und das Geschäft perfekt machen. Dieses Spontanshopping und Impulskaufen ist freilich für Kunden wie für Firmen der angenehmste und gewünschte Nebeneffekt des mobilen Marketing.

Welche konkreten Einsatzgebiete gibt es für mobiles Marketing?

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

Dies alles ist technisch schon lange möglich und wird auch zum Teil schon gemacht. Doch inwieweit ist es auch **rechtlich zulässig?**

Wenn man sich nun die Frage der **Zulässigkeit** dieser verschiedenen Werbeformen ansieht und näher betrachtet, so gibt § 107 TKG (in der Fassung der Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2003) darüber Auskunft. Im Gesetz wird unterschieden zwischen „Anrufen“ einschließlich das Senden von Faxen zu Werbezwecken und der Zustellung von „elektronischer Post“ (hierunter fallen SMS, MMS, Emails etc.). Weiters unterscheidet das Gesetz zwischen Werbeformen ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers und solcher, die aufgrund einer vorher erteilten Zustimmung erfolgen. Grundsätzlich ist jede Werbung ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Dies gilt allerdings nur für den Konsumentenbereich. Für den B2B-Bereich also den Bereich, in dem Geschäftskunden miteinander kommunizieren und kein Konsument in der Handlung eingeschlossen ist, hat man mit der neuen gesetzlichen Regelung auch eine Werbung ohne vorhergehende Einwilligung

des Beschickten erlaubt. Voraussetzung dafür ist nur, dass dem Empfänger bei jeder Werbung die Möglichkeit der Ablehnung weiterer Nachrichten gegeben wird.

Jedenfalls unzulässig sind Nachrichten, in denen die Identität des Absenders verheimlicht oder verschleiert wird oder bei denen keine existierende Adresse vorhanden ist, bei welcher der Empfänger die Möglichkeit hat, weitere Nachrichten zu untersagen.

Formen der direkten Werbung auf das mobile Endgerät sind bei vorheriger Zustimmung des Endkunden daher grundsätzlich erlaubt. Diese Zustimmung sollte vom Empfänger nach Möglichkeit **explizit und bewusst** erteilt werden. Inwieweit diese Zustimmung beispielsweise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), auf Gewinncoupons abgedruckten ausdrücklichen Hinweisen oder durch einen eigens dafür kreierten SMS-Dialog (etwa: „Sind Sie mit dem künftigen Erhalt von Werbebotschaften durch unser Unternehmen einverstanden? So antworten Sie bitte auf diese SMS mit „ja““) vom Endkunden eingeholt werden kann, ist nicht immer klar und einfach zu beantworten. Vernünftigerweise wird man eine rechtswirksame Zustimmung nur dann annehmen können, wenn dem Kunden auch bewusst ist, dass er eine solche abgibt. Bei in AGBs versteckten Klauseln wird diese Voraussetzung kaum vorliegen. Den Beweis für die erfolgte rechtswirksame Zustimmung trägt jedenfalls das werbende Unternehmen. Daher sollten Kundendatenbanken die Möglichkeit der Datenauswertung unter diesen Gesichtspunkten auf jeden Fall beinhalten. Von selbst gestrickten Applikationen sei an dieser Stelle daher abgeraten.

Zu differenzieren ist außerdem zwischen Direktwerbung und bloßer Information. Direktwerbung auch ohne die vorherige Zustimmung des Kunden ist beispielsweise dann zulässig, wenn die Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, von vorn herein und danach in Folge bei jeder Werbepostung die Teilnahme kostenfrei abzulehnen.

Reine Informationen ohne Werbe-Gehalt, in denen etwa vor der Gefährlichkeit eines bestimmten Produktes oder vor einem Computer-Virus gewarnt wird, sind nicht als Direktwerbung zu qualifizieren und somit auch zulässig.

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

Fall 1: Adressen-Marketing:

Eine Adressmarketingfirma schickt im Auftrag einer Handelskette die namentlich nicht genannt werden möchte, an 100.000 gespeicherte Handybenutzer eine SMS-Werbe-Botschaft für ein Produkt eines Konsumgüter-Konzerns. In der SMS ist der Absender nicht erkenntlich. *In diesem Fall handelt es sich um eine direkte Werbung von unbekanntem Absendern in Form einer Massenaussendung, die jedenfalls nach § 107 TKG Abs. 2 Z. 1 und 2 sowie Absatz 5 unzulässig ist.*

Fall 2: SMS-Gewinnspiel:

Ein international bekannter Getränkehersteller entschließt sich, auf der Innenseite seiner Getränkeflaschen Gewinn-Codes abzudrucken, die wenn sie per SMS an eine auf dem Etikett abgedruckte Nummer gesendet werden, die Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglichen. Auf dem Etikett ist auch ein Hinweis abgedruckt, der auf eine Internetseite verweist, unter der die allgemeinen Geschäftsbedingungen jederzeit für jedermann einzulesen sind sowie ein Passus, der darauf hinweist, dass durch die Teilnahme am Spiel eine Einwilligung (jederzeit widerrufbar) in den Erhalt von Werbebotschaften erfolgt. Die Teilnehmer erhalten in der Folge bis auf Widerruf Werbebotschaften des Unternehmens. *Dies ist wohl ein tolerierbares Verhalten im Sinne des § 107 TKG Abs. 3 Z. 1. Eine Zustimmung ist erfolgt. Auch besteht ein unmittelbares Kundenverhältnis und die Bewerbung erfolgt für eigene Produkte des Unternehmens.*

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

Ein Mobilfunkunternehmen entschließt sich, die Konzerttournee eines bestimmten Künstlers zu sponsern und bietet ihren Kunden per SMS die

Möglichkeit an, Konzerttickets des Künstlers zu erwerben. Diese Tickets werden den Kunden über die Mobiltelefonrechnung in Rechnung gestellt. Den auf solche Weise im Besitz des mobilen Tickets befindlichen Nutzern wird kurz nach Verlassen des Konzertstadions die neueste live-CD des Künstlers per SMS zum Kauf angeboten. Der Absender ist das Mobilfunkunternehmen und ist als solches auch erkenntlich. *Dies ist wohl ein ebenfalls zulässiger, gemäß § 107 TKG Abs. 3 Z. 2 erlaubter, Fall von direkter Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Werbung, wobei die Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt ist; sofern über den Ticketkauf bereits eine Zustimmung durch einen entsprechenden Passus erfolgte, kann die Zulässigkeit auch alleine dadurch begründet sein.*

Zusammenfassend kann man also davon ausgehen, dass unter gewissen, im Zweifel eher strengen rechtlichen Bedingungen direkte Werbung auf das Handy durchaus zulässig und sinnvoll ist. Darüber hinaus kann „mobile marketing“ wie oben beschrieben mit einem hohen Nutzen für die Endkunden und auch für die Werbetreibenden verbunden sein. Da es sich aber um einen sehr sensiblen Bereich handelt - das Handy und damit auch die SMS-Botschaften gehen sehr weit in die Intimsphäre der Kunden - sollte, wenn möglich zu den begrüßenswerten neuen rechtlichen Rahmenbedingungen auch eine Art **Ehrenkodex** von der werbetreibenden Wirtschaft erstellt werden, der dazu beitragen könnte, dass diese Art von Marketing nicht in das Schmutzdeckel gedrängt wird und man sich von schwarzen Schafen sofort öffentlich distanzieren kann. Es sollte nicht zugelassen werden, dass diese hoch moderne und innovative Werbeform durch mangelnde Rechtskonformität der Werber frühzeitig von den Konsumenten abgelehnt wird. Die heutige Wirtschaft braucht derartige Werbeformen und die Wünsche der Konsumenten rechtfertigen sie auch.

Rückfragehinweis:

Mag. Christof Pollak

Frimmel & Anetter Rechtsanwälte

Fleischmarkt 9/4 | A-9020 Klagenfurt

Tel: +43 (0) 463 500002 | Fax: +43 (0) 463 500002 4

email: pollak@rechtdirekt.at | web: www.rechtdirekt.at

Frimmel & Anetter,
Fleischmarkt 9/4, 9020 Klagenfurt

email: office@rechtdirekt.at
Tel.: 0436/500002 Fax: 0463/500002