



LEITFADEN zum Recht im M-Commerce und M-Advertising

von Bühlmann Rechtsanwälte
und HÄRTING Rechtsanwälte

Zürich/Berlin, 28. Februar 2011

Bühlmann Rechtsanwälte
Neustadtgasse 7
CH-8001 Zürich
T +41 43 500 62 90
F +41 43 500 62 99
contact@br-legal.ch
www.br-legal.ch

HÄRTING Rechtsanwälte
Chausseestraße 13
D-10115 Berlin
T +49 30 28 30 57 40
F +49 30 28 30 57 44
mail@haerting.de
www.haerting.de

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Anwendbares Recht und zuständige Gerichte	04
1.	Vor welchen Gerichten kann geklagt werden?	04
2.	Welches Recht kommt beim Vertrag mit dem Kunden zur Anwendung (M-Commerce).....	04
3.	Welches Recht muss bei der Werbung im Internet beachtet werden?.....	05
a.	Konkret: Wann ist deutsches Recht zu beachten?.....	05
b.	Konkret: Wann ist Schweizer Recht anwendbar?.....	05
4.	Wann richtet sich eine Website „bestimmungsgemäß“ an ausländische Kunden – Kriterien?	06
II.	Wo finden sich die wesentlichen Regelungen zum M-Advertising und zum Vertragsschluss im mobilen Internet?.....	08
III.	Rechtliche Aspekte des M-Advertising	09
1.	Welche Informationspflichten bestehen bei der mobilen Werbung.....	09
2.	Sonstige Beschränkungen bei der mobilen Werbung?.....	09
3.	Preiswerbung.....	10
4.	Spam – Wann ist M-Advertising Massenwerbung?.....	11
a.	Gilt die Werbung auf mobilen Kommunikationsgeräten als Spam?.....	11
b.	Welche Mobile-Werbeformen unterfallen der Anti-Spam-Gesetzgebung?.....	12
c.	Unter welchen Voraussetzungen ist die Versendung von Massenwerbung zulässig?.....	13
5.	Location based Advertising (standortbasierte Werbung)	14
a.	Welche Vorschriften und Grundsätze sind bei standortbasierten Diensten zu beachten?..	15
b.	Welche Voraussetzungen sind im Einzelnen zu erfüllen?	16
c.	Folgerungen für die einzelnen Nutzungsformen	17
IV.	Rechtliche Aspekte beim Vertragsschluss im M-Commerce.....	19
1.	Welche Informationspflichten bestehen im M-Commerce?.....	19
2.	Antrag und Annahme.....	21
3.	besondere Bestimmungen bei AGB.....	22
4.	Widerrufsrecht.....	23
5.	M-Payment und Datenschutz	23
V.	Mit welchen Konsequenzen muss bei einem Verstoß gegen die Werbevorschriften im M-Commerce gerechnet werden?	26
1.	Schweiz.....	26
2.	Deutschland.....	27
VI.	Folgen und Checklisten	28

MOBILE COMMERCE UND MOBILE ADVERTISING IM DEUTSCHEN UND SCHWEIZER RECHT SOWIE GRENZÜBERSCHREITEND

Die mobile Nutzung des Internets wird dank der inzwischen zahlreich am Markt angebotenen Smartphones und Tablet-PC (iPad) immer beliebter. Daher spielen auch immer mehr Unternehmen mit dem Gedanken, die sich dadurch ergebenden Chancen des Mobile Commerce für den Vertrieb ihrer Waren und Dienstleistungen zu nutzen. In Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung des mobilen Dienstes sind verschiedene rechtliche Fragen zu beachten.

Der vorliegende Leitfaden soll dabei helfen, Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem mobilen Marketing und Absatz zu beseitigen. Die sich stellenden Fragen werden sowohl aus Sicht des Schweizer als auch des deutschen Rechts (mit Blick auf die relevanten europäischen Vorgaben) beantwortet.

Dabei ist unser Blick auch auf die grenzüberschreitende Werbung und den Handel gerichtet. Was muss ein Unternehmen aus der Schweiz beachten, wenn es Waren und/oder Dienstleistungen auch nach Deutschland verkauft und entsprechend bewirbt und sich dazu mobiler Werbe- und Absatzmethoden bedient? Wann muss ein deutscher Werbetreibender sich auch um die Werbevorgaben und -einschränkungen in der Schweiz kümmern? Welche Unterschiede gibt es? Wie kann vermieden werden, dass ungewollt fremde Rechtsordnungen beachtet werden müssen?

Rechtliche Vorgaben existieren im M-Commerce sowohl für die mobile Werbung (M-Advertising) als auch für den M-Commerce im engeren Sinne, wenn also unter Nutzung mobiler Endgeräte Verträge geschlossen werden.

DIE VERFASSER:

Bühlmann Rechtsanwälte und HÄRTING Rechtsanwälte beraten gemeinsam grenzüberschreitend tätige Online-Portale bei der Ausgestaltung ihrer Internetpräsentationen, prüfen Online-Geschäfts- und Werbekonzepte und zeigen Wege zu deren rechtssicherer Ausgestaltung auf. Hierzu gehört regelmäßig auch die Beratung in Bezug auf die Ausgestaltung internationaler Vertriebskonzepte und grenzüberschreitender Online-Marketingmaßnahmen.

ÜBER DEN BUNDESVERBAND DES VERSANDHANDELS (bvh)

Dank eCommerce und Internet ist der Versandhandel so vital wie nie. Der Bundesverband des Deutschen Versandhandels (bvh) ist die Branchenvereinigung der Online- und Versand Händler. Derzeit sind über 300 Unternehmen im Verband organisiert, die ihre Waren per Internet, Katalog oder TV anbieten. Darunter sind Versender mit gemeinsamem Katalog- und Internet-Angebot, reine Internet-Händler, TV-Versender, Apothekenversender und Ebay- Powerseller. Die Versandhandelsbranche erwirtschaftet jährlich rund 30 Mrd. Euro Umsatz allein im Privatkundengeschäft.

Der Online-Handel mit Waren hat daran einen Anteil von knapp 60 Prozent.

I. ANWENDBARES RECHT UND ZUSTÄNDIGE GERICHTE

Es ist ein (weit verbreiteter) Irrglaube, dass sich ein Online-Unternehmer oder Online-Werbetreibender nur um das Recht des Staates sorgen muss, in dem er seinen Sitz hat. Deutlich schneller als dies landläufig angenommen wird, kann auf einen Online-Shop oder eine Online-Werbemaßnahme ausländisches Recht angewendet werden. Dies ist bei der Nutzung von mobilen Endgeräten sowohl für den Absatz von Produkten (M-Commerce) als auch in der Werbung (M-Advertising) nicht anders.

1. VOR WELCHEN GERICHTEN KANN GEKLAGT WERDEN?

Die Zuständigkeit der Gerichte im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz richtet sich nach dem Lugano Übereinkommen (LugÜ).

M-Commerce: Bildet ein im Rahmen einer Transaktion im M-Commerce zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher geschlossener Vertrag Gegenstand eines Streites, hat der Verbraucher gemäß Art. 14 LugÜ die Wahl, den Anbieter an dessen Sitz oder aber an seinem eigenen Wohnsitz zu verklagen. Der Anbieter seinerseits ist verpflichtet, den Verbraucher an dessen Wohnsitz einzuklagen. Von dieser Regel kann im Rahmen einer Gerichtsstandsvereinbarung nur abgewichen werden, nachdem der Streit bereits entstanden ist. Für Vertragsstreitigkeiten zwischen Unternehmen sieht Art. 5 Nr. 1 LugÜ vor, dass Streitigkeiten grundsätzlich vor dem Gericht am Erfüllungsort zu klären sind. Eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung ist hier schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses möglich.

M-Advertising: Art. 5 LugÜ legt fest, dass die Gerichte des Erfolgsortes zuständig sein sollen. Der Erfolg einer Werbung tritt aber überall dort ein, wo sie sich auswirkt, bei der Werbung im mobilen Internet also im Zweifel überall dort, wo die Website „bestimmungsgemäß“ abgerufen werden oder die App sinnvoll genutzt werden kann.

Die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorgaben – etwa die Grenzen der zulässigen Werbung - kann sodann in jedem Land, in dem das mobile Angebot oder die mobile Werbung empfangen werden kann, durch die jeweils zuständigen lokalen Behörden und Gerichte durchgesetzt werden.

2. WELCHES RECHT KOMMT BEIM VERTRAG MIT DEM KUNDEN ZUR ANWENDUNG (M-COMMERCE)

Zu unterscheiden ist dabei zunächst die vertragliche Komponente von der außervertraglichen Situation. Schließt man mit Kunden einen Vertrag – etwa über die Nutzung einer Dienstleistung oder den Verkauf eines Produktes – hat man es grundsätzlich in der Hand, durch Rechtswahlklauseln etwa in den AGB, die Geltung des eigenen Rechts festzuschreiben, unabhängig davon, wo der Wohnsitz des Kunden ist. Dies kann verhindern, dass ausländische Vertragspartner Ansprüche auf Grundlage ausländischer Rechtsordnungen geltend machen können. Soll der Vertragsschluss

über ein mobiles Endgerät zustande kommen, ergeben sich regelmäßig Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der rechtssicheren Einigung auf ein einheitliches anwendbares Recht (siehe dazu weiter unten bei IV.3).

Verbraucher, insbesondere europäische Verbraucher, können sich allerdings häufig ungeachtet einer vorher getroffenen Rechtswahl auf das Recht des Landes berufen, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, wenn der Vertragsschluss durch ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Lande des Verbrauchers zustande kommt (zu Kriterien der Ausrichtung siehe auch bei I.4). Also ist schon auf vertraglicher Ebene die Beschränkung auf das vertraute Recht des Heimatstaates des Anbieters nicht grenzenlos möglich.

3. WELCHES RECHT MUSS BEIM M-ADVERTISING BEACHTET WERDEN?

In der Vertragsanbahnungsphase, also insbesondere bei der Werbung, existiert keine vertragliche Regelung mit dem Kunden, eine Rechtswahl ist also noch nicht möglich.

Werden mobile Endgeräte mit Online-Werbung beliefert, muss zudem regelmäßig eine Reihe rechtlicher Vorgaben rund um die Zulässigkeit von Werbung am Standort des Gerätes oder im Wohnsitzland des jeweiligen Nutzers beachtet werden. Gleiches gilt für die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften im Umgang mit den über das mobile Endgerät gesammelten Nutzer-Informationen. Die Einhaltung dieser Regeln kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

a. Konkret: Wann ist deutsches Recht zu beachten?

Generell haben Gerichte eine gewisse Neigung, eigenes Sachrecht anzuwenden. Zwingend ist das aber nicht. Vor deutschen Gerichten bestimmt sich die Frage, ob überhaupt deutsches Recht, insbesondere Wettbewerbsrecht, anzuwenden ist, nach Art. 40 EGBGB. Nach dieser Vorschrift ist letztlich das Recht des Markortes entscheidend. Da aufgrund der Globalität des Internets als Markort grundsätzlich jeder Ort der Welt, an dem die Website mobil abgerufen werden kann, resp. an dem eine Werbenachricht auf ein mobiles Endgerät ausgeliefert wird, als Markort in Betracht kommt, bedarf das Markortprinzip einer zurückhaltenden Anwendung.

Angebote und Werbung auf Schweizer Websites oder von Schweizer Werbetreibenden sind daher nur dann nach deutschem Recht zu beurteilen, wenn sich das mobil zugängliche Angebot oder die mobile Werbung bestimmungsgemäß auch in Deutschland ausgewirkt hat oder gezielt mögliche Kunden in Deutschland angesprochen werden. Ist dies der Fall, kann ein Kunde die Beurteilung nach deutschem Recht verlangen.

b. Konkret: Wann ist Schweizer Recht anwendbar?

In der Schweiz bestimmt sich die Anwendung des Schweizer Rechts nach Art. 136 Abs. 1 IPRG. Danach hat die zivilrechtliche Beurteilung von UWG-Verstößen mit grenzüberschreitendem Charakter nach dem Recht des Staates zu erfolgen, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre

Wirkung entfaltet (Auswirkungsprinzip). Grenzüberschreitende Werbe- und Absatztätigkeiten sind daher auch dann nach Schweizer UWG-CH zu beurteilen, wenn sie im Ausland veranlasst und begangen werden, jedoch spürbare Wirkungen in der Schweiz entfalten.

Wird mobile Werbung gezielt an Schweizer Nutzer oder an Geräte unter einem Vertrag mit einem Schweizer Mobilfunkanbieter gesendet, ist davon auszugehen, dass diese ihre Wirkung in der Schweiz entfalten und deshalb auch die zwingenden lokalen Vorschriften zu beachten haben. In der Folge können Kunden die Beurteilung nach Schweizer Recht verlangen.

4. WANN RICHTET SICH EIN MOBILER DIENST „BESTIMMUNGSGEMÄSS“ AN AUSLÄNDISCHE KUNDEN – KRITERIEN?

Stets kommt es also darauf an, ob sich die mobil zugängliche Website oder die mobile Werbebotschaft in ausreichender Weise auf den aus Sicht des Anbieters ausländischen Markt richtet. Hierfür hat die Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien entwickelt.

Evident ist die Ausrichtung auch auf das Nachbarland, wenn:

- die Werbebotschaft bzw. das Angebot gezielt an Nutzer mobiler Endgeräte im jeweils anderen Land gesendet oder ausgeliefert wird;
- besondere Rubriken oder Buchungsmöglichkeiten bestehen, die etwa durch Fähnchen etc. kenntlich gemacht sind;
- ausdrückliche Hinweise gegeben werden, dass auch in die Schweiz bzw. Deutschland geliefert werde;
- explizit Versandkosten in das jeweilige Nachbarland angegeben werden;
- Preise in der jeweils anderen Währung genannt werden, wobei die Angabe von Euro-Preisen auf Schweizer Websites wohl lediglich ein Indiz bildet;

Daneben können folgende Kriterien für eine Ausrichtung auf das Nachbarland sprechen:

- die verwendete Sprache (Dieses Element bringt jedoch im Verkehr zwischen der Schweiz und Deutschland keine sinnvollen Ergebnisse. Außerdem ist bei der Verwendung der englischen Sprache nicht schon per se von einer nicht gewollten Ausrichtung auf Deutschland bzw. die Schweiz auszugehen);
- die Angabe internationaler Vorwahlen bei Telefonnummern (so jedenfalls die Ansicht des EuGH);
- die Verwendung von Bankverbindungen in dem jeweiligen Land;
- die Verwendung von länderspezifischen Top-Level-Domains;
- der Zuschnitt des Anbieters (lokaler Händler vs. internationales Unternehmen);
- das Angebot von After-Sales-Leistungen im jeweiligen Ausland;
- die Platzierung von Werbung auf ausländischen Websites oder in Print-Publikationen (Auch wer Werbung auf google.de bzw. google.ch bucht, gibt seine Ausrichtung klar zu erkennen);
- die Zahl der Nutzer der Websites aus dem betreffenden Land, die allerdings dem Gegner nur bekannt sein dürfte, wenn der Betreiber dies vorher öffentlich gemacht hat;

- › der Verweis auf Rechtsvorschriften des jeweiligen Landes;
- › eine Auflistung in Verzeichnissen von Diensteanbietern im Ausland;

Gegen eine Ausrichtung auf den Nachbarstaat spricht es demgegenüber, wenn

- › eine klare lokale Ausrichtung eines Dienstleistungsangebotes besteht, deren Nutzung im Ausland nicht möglich ist, auch wenn die Werbung mobil auf ein Gerät eines Ausländers ausgeliefert wird (etwa aufgrund dessen momentanem Standort im Inland, wie beispielsweise lokale Restaurant-Führer);
- › Werbung ausschließlich im Lokalteil eines ausländischen Internetangebotes geschaltet wird;
- › Werbebotschaften und mobile ausgelieferte Angebote nur lokal im jeweiligen Inland zugänglich sind und nur aufgrund des momentanen Standortes an ein „ausländisches“ mobiles Endgerät ausgeliefert werden;
- › die Website für das Inland ungewöhnlich ausgestaltet ist;
- › ein ernst zu nehmender Disclaimer verwendet wird, der eine Lieferung ins Ausland ausschließt und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass das betreffende Unternehmen entgegen des Ausschlusses dennoch ins Ausland liefert.

Die einzelnen Kriterien müssen im jeweiligen Kontext betrachtet und in einer Gesamtabwägung gewürdigt werden.

Die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf Schweizer Websites und umgekehrt insbesondere im Bereich der mobilen Werbung ist sehr schnell gegeben. Wer mobil wirbt oder Produkte verkauft, kann auch schnell in einen Gerichtsprozess vor einem ausländischen Gericht verwickelt werden. M-Commerce-Unternehmer sind daher gut beraten, sich auch mit den Vorgaben des jeweils ausländischen Recht zu beschäftigen. Wann eine Ausrichtung auf den ausländischen Markt gegeben ist, richtet sich nach einer Vielzahl von Kriterien, die im Einzelfall insgesamt betrachtet werden müssen.

II. WO FINDEN SICH DIE WESENTLICHEN REGELUNGEN ZUM M-ADVERTISING UND ZUM VERTRAGSSCHLUSS IM MOBILEN INTERNET?

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz gilt grundsätzlich die verfassungsrechtlich garantierte Werbefreiheit. Sie kann allerdings durch gesetzliche Regelungen zum Schutz öffentlicher Interessen eingeschränkt werden. Zu beachten sind dabei insbesondere die Spezialgesetze zu bestimmten Produkten oder Dienstleistungen und berufsbezogene Werbebeschränkungen (z. B. für Anwälte, Ärzte, Banken, Versicherungen). Unabhängig von der zu bewerbenden Ware oder Dienstleistung sind die Vorschriften aus dem deutschen und dem Schweizer Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten.

Besonders interessant aus rechtlicher Sicht ist die immer häufigere Verwendung von Standortdaten in der zielgerichteten Auslieferung von mobilen Werbebotschaften und Angeboten. Bei diesen sog. Location Based Services stellen sich insbesondere Fragen der Anwendbarkeit der lokalen datenschutzrechtlichen Vorschriften. Im deutschen Recht stehen hier das Telemediengesetz (TMG) und das Telekommunikationsgesetz (TKG) im Vordergrund. Ähnliche Anforderungen ergeben sich im Schweizer Recht aus dem Datenschutzgesetz (DSG) und dem Fernmeldegesetz (FMG).

Anders als in der Europäischen Union besteht in der Schweiz keine spezifische branchenübergreifende Gesetzgebung und nur wenige ausdrückliche Regelungen für den Fernabsatz, d.h. für den Vertrieb von Waren und Dienstleistungen an Verbraucher mit Hilfe von Fernkommunikationsmitteln ohne physische Anwesenheit der Vertragsparteien. Die umfassenden Regelungen des europäischen und deutschen Fernabsatzrechts, die Online-Shopbetreibern das Leben schwer machen, gelten – weitgehend unterschiedslos – auch für den mobilen Vertragsschluss. Auch im M-Commerce gelten Informationspflichten und ist dem Verbraucher ein Widerrufsrecht einzuräumen.

Die in der Schweiz geltenden Grundsätze müssen aus den allgemeinen Vorschriften abgeleitet und im spezifischen Kontext ausgelegt werden. Dabei wird vielfach auf die im europäischen Ausland, insb. auch im EU- bzw. deutschen Recht vorgesehenen Vorschriften zurückgegriffen.

Sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland bestehen Besonderheiten bei der Verwendung und Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Besonderheiten gelten jeweils auch für das M-Payment.

Für das M-Advertising wesentlich sind neben einer Reihe von Spezialgesetzen vor allem das UWG und die datenschutzrechtlichen Vorschriften. Im M-Commerce muss man vor allem die zivilrechtlichen Regelungen für den Vertragsschluss und zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen und - in Deutschland - die besonderen Anforderungen des Fernabsatzrechts im Auge haben.

III. RECHTLICHE ASPEKTE DES M-ADVERTISING

1. WELCHE INFORMATIONSPFLICHTEN BESTEHEN BEI DER MOBILEN WERBUNG

Eine explizite Pflicht zu bestimmten Information besteht bei der bloßen Bewerbung eines Produktes weder in Deutschland noch in der Schweiz. Allerdings gelten die allgemeinen Regelungen des lautereren Wettbewerbs. Nach § 5a UWG-D ist es irreführende Werbung, wenn in der Werbung Tatsachen verschwiegen werden, die für die geschäftliche Entscheidung eines typischen Adressaten der Werbung maßgeblich sind. So kann es beispielsweise geboten sein, darauf hinzuweisen, wenn es sich bei der angebotenen Ware um ein Auslaufmodell handelt.

Spezialgesetzliche Aufklärungspflichten gelten unter anderem für die Werbung für Batterien, Elektronikgeräte, Kraftfahrzeuge und Textilien. Hier bedarf es jeweils bestimmter aufklärender Hinweise. Besondere Informationspflichten bestehen bei der Werbung für Finanzdienstleistungen, wozu insbesondere auch die Werbung für M-Payment-Dienstleistungen zählt (siehe dazu unter IV.5.).

Diverse Bestimmungen verlangen explizit die Angabe und Verwendung korrekter und nicht irreführender Informationen im Geschäftsverkehr. Insbesondere ist vorgeschrieben, dass Werbung und kommerzielle Kommunikation als solche zu erkennen ist. Dabei muss sich der Anbieter eines Angebots bzw. der Absender einer Werbung zu erkennen geben. Insbesondere muss der Auftraggeber einer Werbung erkennbar sein. Allerdings dürfte es bei mobilen Werbeformen genügen, wenn sich das beworbene Unternehmen aus der Zielseite der Werbung (z.B. dort aus dem Impressum) ergibt. Detaillierte Vorschriften bestehen insbesondere in Bezug auf die Preiswerbung (vgl. dazu unter 3. sowie unseren Leitfaden zur Preiswerbung).

2. SONSTIGE BESCHRÄNKUNGEN BEI DER MOBILEN WERBUNG?

Neben den Informationspflichten und den allgemeinen Vorschriften rund um die Lauterkeit der Werbung (insbesondere Preiswerbung) existiert eine ganze Reihe von Beschränkungen bei der mobilen Werbung. Diese können je nach Land sehr unterschiedlich sein, müssen jedoch beachtet werden, sobald eine Werbung ihre Wirkung bestimmungsgemäß in diesem Land entfalten soll.

Je nach beworbenem, resp. vertriebenen Produkt oder Dienstleistung müssen Werbetreibende oder Online-Händler eine Vielzahl von Gesetzen beachten. Dies gilt selbstverständlich auch beim M-Advertising. Dabei handelt es sich oft um Spezialvorschriften, die ohnehin kennen sollte, wer entsprechende Waren oder Dienstleistungen bewirbt oder verkauft.

Solche Spezialregeln, die das Recht zur Werbung beschränken, betreffen unter anderem die Werbung für:

- Arznei- und Heilmittel;
- Geräte- und Produktsicherheitsvorschriften;
- Tabakprodukte;

- › alkoholische Getränke;
- › Jugendschutz;
- › Kosmetik;
- › Finanzprodukte und –dienstleistungen;
- › Lebensmittel und
- › Glücksspiele und Wetten.

Bei Nichteinhaltung dieser Regeln muss mit verwaltungs- oder gar strafrechtlichen Sanktionen gerechnet werden. Es ist deshalb in jedem Fall zu empfehlen, sich die notwendigen Informationen über den jeweiligen Branchenverband oder einen Rechtsanwalt zu beschaffen.

3. PREISWERBUNG

Wird mit Preisen geworben, hat der Werbende sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz eine Vielzahl von Vorschriften zu beachten. In Deutschland sind diese vor allem in der Preisangabenverordnung (PAngV) und dem Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG-D) geregelt. In der Schweiz finden sich die wichtigsten Vorschriften im UWG-CH und der Preisbekanntgabeverordnung (PBV). Während die PAngV für alle Angebote eines Unternehmers gegenüber Letztverbrauchern gilt und grundsätzlich auch Unternehmer mit einschließen kann, gelten die Schweizer Preisbekanntgabevorschriften ausschließlich im Verhältnis B2C.

Die Regelungen zur Preisangabe sehen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland eine Pflicht zur Angabe von Preisen nur vor, wenn der Unternehmer Waren oder Leistungen direkt zum Kauf anbietet, nicht aber, wenn er nur allgemein für ein Produkt oder Produktgruppen wirbt. „Leistungen anbieten“ ist dabei weiter zu fassen als ein konkretes Angebot im Rechtssinne. Ausreichend ist demnach, wenn der Kunde rechtlich zwar noch unverbindlich, tatsächlich aber schon gezielt im Hinblick auf den Kauf einer Ware angesprochen wird.

Für M-Advertising und M-Commerce bedeutet dies, dass Warenpräsentationen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit auf einem mobilen Endgerät sowohl nach Schweizer als auch nach deutschem Recht stets einer Preisangabe bedürfen. Bei einer Werbung, die lediglich eine Marke bewirbt, müssen dagegen keine Preise angegeben werden. Beschreibt ein Banner dagegen ein konkretes Produkt schon so klar und eindeutig, dass keine Fragen offen bleiben, und führt der Link unmittelbar in den Shop des Werbenden oder in einen virtuellen Warenkorb, kann darin durchaus ein Angebot gesehen werden.

Werden also innerhalb der iPhone App eines Online-Shops Sonderangebote besonders herausgestellt, bedingt dies regelmäßig die Nennung des (End-)Preises inklusiver aller Gebühren und Steuern. Wird dagegen lediglich mobil für das Angebot einer Internet-Plattform geworben, müssen Preise nicht zwingend genannt werden.

Soll auf die Nennung des Preises in der Werbung verzichtet werden können, empfiehlt es sich, mobil ausgelieferte Werbebotschaften so zu gestalten, dass die beworbene Ware oder Dienstleistung

noch nicht endgültig beschrieben wird. Der Kunde sollte im eigentlichen Shop noch eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Varianten der Bestellung haben.

Im M-Commerce besonders zu beachten sind die spezifischen Regeln rund um die Preisbekanntgabe und Werbung für so genannte telefonische Mehrwertdienste. Das sind Unterhaltungs-, Informations-, Beratungs-, Vermarktungs- und Gebührenteilungsdienste. Dabei ist irrelevant, ob diese auch von einer Anbieterin von Fernmeldediensten verrechnet werden.

Sind Preisangaben Pflicht, sind diese stets in der korrekten Währung zu machen. In der EU bedeutet dies, dass Preise jeweils in der Währung anzugeben sind, in denen sie bei Vertragsschluss bezahlt werden müssen. Zu beachten ist, dass Preise immer in Schweizer Franken anzugeben sind, wenn Schweizer Kunden mit der Werbung oder dem Angebot angesprochen werden.

Eine ausführliche Darstellung der Vorschriften rund um die Werbung mit und die Angabe von Preisen kann unserem gesonderten [Leitfaden zur Preiswerbung](#) entnommen werden.

4. SPAM – WANN IST M-ADVERTISING MASSENWERBUNG?

a. Gilt die Werbung auf mobilen Kommunikationsgeräten als Spam?

Im europäischen und im Schweizer Recht gilt die unaufgeforderte Zustellung von Werbung per E-Mail als „Spam“ und ist nach der einschlägigen Gesetzgebung nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt. Im Unterschied zum europäischen und insbesondere deutschen Recht, kann nach Schweizer Recht nur von Spam gesprochen werden, wenn die Zustellung automatisiert und massenhaft erfolgt.

Nach den Vorgaben des europäischen Rechts ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung des Adressaten gestattet. Im deutschen Recht ergibt sich das aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG-D. Unter elektronischer Post ist alles zu verstehen, was auf elektronischem Wege in ein Postfach des Empfängers gesendet werden kann. Damit fallen in erster Linie E-Mails, aber auch SMS-Kurznachrichten unter die Vorschrift. Nicht ganz so eindeutig ist dies für Push-Nachrichten, die direkt im Display des mobilen Endgeräts angezeigt werden, ohne dass die Nachrichten zwischengespeichert werden. Hier wird man nicht von elektronischer Post sprechen können. Das gleiche gilt für per Bluetooth übermittelte Nachrichten, die nicht im Endgerät gespeichert werden. Auch Werbung, die in Abhängigkeit vom Standort in andere Apps oder mobile Websites eingebunden wird, ist nicht als elektronische Post anzusehen.

Greift die Spezialvorschrift über elektronische Post nicht, ist die allgemeine Vorschrift des § 7 Abs. 1 UWG-D zu beachten. Danach ist jede geschäftliche Handlung verboten, die einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Das soll insbesondere der Fall sein, wenn der Nutzer mit einer Werbung konfrontiert wird, die er erkennbar nicht wünscht. Im Internet ist das etwa bei der Umgehung von PopUp-Blockern durch PopUp-Fenster der Fall. Auch Exit-PopUps sind schon für belästigend gehalten worden. Es lässt sich kaum vorhersagen, ob deutsche Gerichte Direktnachrichten auf

Mobiltelefone als belästigend einstufen werden. Es spricht einiges dafür.

Im Schweizer Recht verbietet Artikel 3 lit. o UWG-CH die unaufgeforderte, fernmeldetechnische und automatisierte Versendung von Massenwerbung. Als Massenwerbung wird dabei jede Werbung verstanden, die nicht nur an einige ausgewählte Adressaten gerichtet ist. Die Übertragung von Werbung via Mobiltelefon gilt unbestritten als fernmeldetechnische Versendung. Das Verbot findet jedoch beispielsweise keine Anwendung auf die Versendung an einen zufällig bestimmten Adressatenkreis, durch eine Person, die jede Nachricht einzeln, d.h. nicht automatisiert, zustellt.

Selbstverständlich gilt die Versendung von Werbung auf Abruf durch den Nutzer des mobilen Endgerätes nicht als Spam. Ebenfalls kein Spam im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn die Werbung in einem direkten Zusammenhang zu einem angeforderten Inhalt besteht, bspw. bei der Werbung auf einer Website, die mit dem mobilen Gerät abgerufen wird.

Sind die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, kann Werbung via Mobiltelefon nicht als Spam bezeichnet werden. Zu beachten ist jedoch, dass eine Werbemaßnahme (z. B. bei Einzelversand von SMS) als aggressive Werbemethode angesehen und damit unlauter nach Art. 2 UWG-CH sein kann. Analog zum deutschen Recht ist dies dann der Fall, wenn Nutzer mobiler Geräte in unzumutbarer Weise mit Werbung belästigt werden. Ist erkennbar, dass Werbung nicht gewollt ist, darf sie dem betreffenden Nutzer nicht zugestellt werden.

b. Welche Mobile-Werbeformen unterliegen der Anti-Spam-Gesetzgebung?

Eindeutig nur bei Vorliegen einer vorherigen Einwilligung des Adressaten zulässig sind die Werbung per:

- SMS und
- MMS.

Demgegenüber sollten folgende Formen des M-Advertising nicht der Anti-Spam-Gesetzgebung unterliegen:

- Mobile Web Banner
- Pop Ups und Interstitials
- Werbung in Mobile-Spielen, Videos or Mobile-TV
- Location based online sponsoring
- Pull-Nachrichten

Allerdings ist auch in diesen Fällen denkbar, dass die Werbung als unzumutbare Belästigung eingestuft wird.

Die folgenden Werbeformen stellen Grenzfälle dar, bei welchen das Risiko der Unzulässigkeit besteht, wenn die gesetzlichen Anforderungen der Anti-Spam-Gesetzgebung nicht eingehalten werden:

- Push-Nachrichten (ohne opt-in, etwa aufgrund von automatisch übermittelten Standortdaten, Geotargeting)

▸ Bluetooth Nachrichten

Für werbende Bluetooth-Nachrichten fordert das Europäische Parlament wegen der unsicheren Rechtslage ein striktes Opt-In. Auch solche Nachrichten sollen nur gestattet sein, wenn der Empfänger zuvor ausdrücklich eingewilligt hat.

c. Unter welchen Voraussetzungen ist die Versendung von Massenwerbung zulässig?

Die Direktwerbung auf mobile Endgeräte ist sowohl nach Schweizer als auch nach EU-Recht zulässig bei Erfüllung folgender kumulativer Voraussetzungen:

(1) Einwilligung des Nutzers (opt-in)

Liegt eine Einwilligung des Empfängers vor, ist die Direktwerbung stets zulässig. Die Einwilligung kann in irgendeiner Form erfolgen, d.h. auch per (Touch-Screen-) Tastendruck. Die Einwilligung muss allerdings freiwillig sein und sich auf konkrete Umstände beziehen.

In Deutschland muss die Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG-D „ausdrücklich“ erklärt werden. Abweichend davon kann in der Schweiz auf eine Einwilligung auch aus den konkreten Umständen geschlossen werden. Allerdings ist auch hier Vorsicht geboten, denn das bloße Stillschweigen auf eine unaufgeforderte Werbung genügt nicht. Es ist besonders darauf zu achten, dass die Erteilung der Einwilligung nachgewiesen werden kann. Die Einwilligung muss jederzeit widerrufen werden können.

Eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis besteht allerdings für den Fall, dass der Kunde seine Kontaktinformationen im Rahmen eines Rechtsgeschäfts (Kauf, Erbringung einer Dienstleistung) angegeben hat. Die Teilnahme an einem Wettbewerb oder einem Gewinnspiel genügt nicht. Erforderlich ist, dass der Kunde bei der Erstbestellung darauf aufmerksam gemacht wurde, dass er die Zustellung von Massenwerbung ablehnen kann. Die Ausnahme gilt schließlich nur, wenn die Massenwerbung einerseits Produkte bzw. Dienstleistungen des Empfängers der Kontaktinformationen betrifft und die Massenwerbung ein ähnliches Angebot wie bei dem Initialgeschäft zum Gegenstand hat. Diese Einschränkungen führen dazu, dass der mobilen Werbung selbst innerhalb bestehender Kundenbeziehungen enge Grenzen gesetzt sind. Nur wenn die Werbung für Produkte erfolgt, die den bei der Erstbestellung erworbenen Produkten ähnlich sind, greift die Ausnahme. Das OLG Thüringen hat etwa eine E-Mail-Werbung für Baumarkt-Artikel an einen Kunden untersagt, der bei der Erstbestellung Holzkitt gekauft hatte. Dagegen könnte etwa ein Hotel frühere Gäste über Neuigkeiten aus dem Hotel per E-Mail informieren, wenn die sonstigen Voraussetzungen eingehalten sind.

(2) Angabe des korrekten Absenders

Bei der Versendung von automatisierter Massenwerbung muss zudem der korrekte Absender angegeben sein, sodass eine Identifizierung möglich ist. Nach Schweizer Recht muss der Kunde die Möglichkeit haben, mit dem Absender ohne Medienbruch, d.h. mit dem Gerät, auf dem er die

Werbung empfangen hat – im M-Advertising also unter Verwendung des mobilen Endgerätes – in Kontakt zu treten. Die Angabe einer Telefonnummer ist deshalb nach Schweizer Recht jedenfalls bei SMS-Werbung notwendig.

Eine Entsprechung findet sich im deutschen Recht nicht. Hier genügt es, wenn der Impressums-pflicht des § 5 TMG Rechnung getragen und eine Kontaktmöglichkeit angegeben wird.

(3) Hinweis auf (kosten- und problemlose) Ablehnungsmöglichkeit

Bei jeder Zustellung von Werbung muss klar und deutlich darauf hingewiesen werden, dass zukünftige Werbung abgelehnt werden kann. Diese Ablehnung muss kostenlos, problemlos und frei von Bedingungen möglich sein.

Das Europäische Parlament fordert nun die Einführung einer Regelung, wonach E-Mail-Werbemnachrichten einen Link enthalten müssen, über den weitere Werbung automatisch abgestellt werden kann. Ob dies umgesetzt wird, ist offen. Derzeit genügt die Angabe einer Kontaktmöglichkeit zum abbestellen.

Art. 83 des Schweizer FMG verpflichtet Mobilfunkanbieter, ihre Kunden vor dem Erhalt von Spam zu schützen. Hat ein Mobilfunkanbieter Kenntnis vom unerlaubten Versand von Massenwerbung über sein Netz, ist er verpflichtet, dem für die Versendung verantwortlichen Kunden ohne Weiteres den Zugang zu sperren. Jeder Netzbetreiber hat eine Meldestelle für Spam-Nachrichten anzugeben. Schlussendlich besteht bei Zuwiderhandlungen gegen die Spam-Gesetzgebung eine Auskunftspflicht der Netzbetreiber gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Der unerlaubte Versand von Spam ist strafrechtlich sanktioniert.

Die strengen Vorgaben für die Werbung per E-Mail lassen sich auf verschiedene mobile Direktwerbeformen übertragen. Jedenfalls für SMS und womöglich auch für Bluetooth-Nachrichten muss eine Einwilligung des Nutzers vorliegen, bevor die Werbung versandt werden darf. Nur in wenigen Ausnahmefällen, kann innerhalb bestehender Kundenbeziehungen auf die Einwilligung verzichtet werden.

5. LOCATION BASED ADVERTISING (STANDORTBASIERTE WERBUNG)

Neben der unmittelbaren und direkten Ansprachemöglichkeit des Nutzers liegt der wesentliche Vorteil der mobilen Werbung gegenüber der herkömmlichen Internetwerbung in der Möglichkeit, den Standort des Nutzers bei der Auslieferung von Werbung zu berücksichtigen. Durch GSM- und GPS-Ortung gegebenenfalls kombiniert mit der Auswertung von WLAN-Referenzpunkten ist inzwischen eine sehr genaue Positionierung von mobilen Endgeräten möglich. Es liegt auf der Hand, dass Werbende versucht sind, diese Informationen zu nutzen. Dabei kann dies einerseits durch direkte Nachrichten („Im Starbucks um die Ecke erhalten Sie 25 % Rabatt“), andererseits durch längerfristige Auswertung des Bewegungsverhaltens des Nutzers geschehen. Ohne Weiteres denkbar ist darüber hinaus die Verknüpfung der Standortinformation mit sonstigen Erkenntnissen über den Nutzer,

etwa sein Telefonie- oder Surfverhalten und die Art der verwendeten Apps.

Entsprechend äußern Datenschützer Bedenken, dass aufgrund der dauerhaften Inanspruchnahme derartiger Dienste und der damit verbundenen Speicherung und Auswertung von Standortdaten, Bewegungs- und Persönlichkeitsprofile über einzelne Kunden erstellt werden können.

a. Welche Vorschriften und Grundsätze sind bei standortbasierten Diensten zu beachten?

(1) Telekommunikationsrecht für Netzbetreiber

Die schweizerische Bundesverfassung (Art. 13 Abs. 1) sowie das deutsche Grundgesetz (Art. 10) gewähren jeder Person den Schutz des Fernmeldeverkehrs vor unerlaubter Kenntnisnahme oder ungewollter Bekanntgabe an Dritte. Im Schweizer Fernmeldegesetz (Art. 43 bis 46 FMG) bzw. im deutschen Telekommunikationsgesetz (§ 96, 98 TKG) wurde dieser Grundsatz konkretisiert. Diese Gesetze sehen das sog. Fernmeldegeheimnis (auch Telekommunikationsgeheimnis) vor. Davon erfasst ist auch die Übermittlung über Mobilfunknetze. Unter das Fernmeldegeheimnis fallen sämtliche Informationen, die durch ein Fernmeldeunternehmen übermittelt werden. Dazu gehören nicht nur Inhalte, die Identität der Teilnehmer, der Zeitpunkt, die Dauer sowie der Standort der Teilnehmer, sondern auch die Tatsache, dass Informationen überhaupt fernmeldetechnisch ausgetauscht wurden.

Die Anbieter von Fernmeldediensten (Netzbetreiber) dürfen diese Daten grundsätzlich nur anonym bearbeiten. Eine Verwendung für Marketingzwecke oder die Weitergabe an Dritte ist sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz grundsätzlich verboten und strafrechtlich sanktioniert. Jedoch kann ein Teilnehmer auf den Schutz durch das Fernmeldegeheimnis verzichten bzw. in die Verwendung oder Weitergabe von geschützten (Standort-) Daten einwilligen. Eine solche Einwilligung darf aber nicht versteckt in den AGB der Netzbetreiber erfolgen. Vielmehr setzt eine Einwilligung eine informierte und freiwillige Entscheidung der Kunden voraus. Dieser Weg setzt also eine gesonderte Erklärung der Kunden des Netzbetreibers voraus.

(2) Datenschutzrecht für Content Anbieter

Für Diensteanbieter (Content Provider) und Werbetreibende sind allerdings die datenschutzrechtlichen Vorgaben von größerer Bedeutung. Im deutschen Recht ergeben sich die entsprechenden Regeln mehrheitlich aus dem Telemediengesetz (TMG), im Schweizer Recht direkt aus dem Datenschutzgesetz. Die in den beiden Gesetzen enthaltenen Bestimmungen gelten für die Bearbeitung von personenbezogenen Daten. Dazu zählen alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Während sich dies nach deutschem Datenschutzrecht nur auf natürliche Personen bezieht, schützen die Schweizer Vorschriften auch Daten juristischer Personen.

Standortdaten sind jedenfalls dann personenbezogene Daten, wenn der Diensteanbieter weiß oder wissen kann, mit wem er es zu tun hat. Bei kostenpflichtigen Diensten dürfte dies stets der Fall sein, weil der Diensteanbieter seine Leistungen abrechnen und damit den Kunden kennen muss. Doch auch bei Diensten, bei denen lediglich eine Registrierung erforderlich ist, kann ein

Bezug zu einer natürlichen Person hergestellt werden. Hierbei liegen in der Regel bereits Personendaten vor, wenn der Kunde seine E-Mail-Adresse angeben muss, die häufig personenbezogen ist. Schließlich kann der Personenbezug auch aufgrund von Informationen bestehen, die ein auf dem mobilen Endgerät gespeichertes Cookie dem Diensteanbieter übermittelt.

Abschließend kann konstatiert werden, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob personenbezogene Daten erhoben werden und damit die im Folgenden dargestellten Voraussetzungen zu erfüllen sind.

b. Welche Voraussetzungen sind bei der Nutzung von Standortdaten im Einzelnen zu erfüllen?

Standortdaten spielen bei verschiedenen mobilen Anwendungen eine Rolle. Zum einen kann ein Content Anbieter (zum Beispiel der Anbieter einer App), Leistungen unter Nutzung der Position des Nutzers anbieten. Doch auch ohne Kundenbeziehung können Werbetreibende unter Nutzung von Standortdaten gezielt Werbung ausliefern – sei es als Direktnachricht, sei es über Werbeeinblendungen in mobilen Browsern oder werbefinanzierten Apps.

Stets muss sich das Unternehmen fragen, ob eine Einwilligung in die Nutzung der Standortdaten erforderlich ist und inwiefern die Datenschutzerklärung angepasst werden muss.

(1) Einwilligung

Grundsätzlich setzt die Nutzung von Standortdaten durch einen Content Anbieter eine Einwilligung des Nutzers voraus, wenn der Content Anbieter die Daten einer konkreten Person zuordnen kann. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn dem Anbieter weitere personenbezogene Daten über den Nutzer bekannt sind und so eine Zuordnung – wenn auch nur indirekt – möglich ist. Denkbar ist zwar, dass der Kunde bereits in dem Vertrag mit seinem Mobilfunkanbieter der Weitergabe seiner Standortdaten an Dritte zu Marketingzwecken zugestimmt hat. Jedoch bedürfte dies einer gesonderten Einwilligung außerhalb der AGB.

Eine Ausnahme bildet aber die Verwendung von Standortdaten, wenn dies für die Erbringung der Leistung des Anbieters unerlässlich und das für den Kunden auch erkennbar ist. Bietet eine App etwa die Ortung des Handynutzers und die Darstellung in einer Straßenkarte an, muss der aktuelle Standort für die Erbringung der Leistung genutzt werden. Auch bei einer App, die den nächsten Taxistand anzeigt, muss der aktuelle Ort bekannt sein.

Im zweiten Beispiel lässt sich jedoch theoretisch der aktuelle Standort auch manuell eingeben, der Dienst also auch ohne automatisierte Nutzung der Standortdaten erbringen. In einem solchen Fall, ist eine Einwilligung durch den Nutzer erforderlich. Nur bei wenigen Diensten dürfte eine Nutzung ausschließlich über eine automatische Positionsbestimmung in Betracht kommen. Die Einholung einer Einwilligung des Nutzers erscheint daher in nahezu allen Fällen empfehlenswert, da meist auch personenbezogene Daten über den Nutzer bekannt sein werden.

Hierbei genügt grundsätzlich die Abfrage, ob ein Einverständnis des Nutzers mit der Erhebung

und Verwendung der aktuellen Position besteht. Dies wird bei den Mobilfunkgeräten in der Regel auch so gehandhabt.

Dagegen ist eine Einwilligung grundsätzlich nicht erforderlich, wenn die Standortdaten keinen Rückschluss auf eine konkrete natürliche Person zulassen, wie dies bei der bloßen standortabhängigen Einblendung von Werbung in der Regel der Fall sein dürfte.

(2) Datenschutzerklärung

Neben der Einwilligung wesentlich ist eine ausreichende und verständliche Information über die Art, den Zweck und den Umfang der Datenerhebung (§ 13 TMG bzw. Art. 4 Abs. 3 und 5 DSGVO). Dies läuft auf eine Datenschutzerklärung hinaus, die zu Beginn des Nutzungsvorgangs sowie bei jeder Erhebung von personenbezogenen Standortdaten abrufbar sein muss.

Der Diensteanbieter muss also dafür sorgen, dass innerhalb des Dienstes eine Datenschutzerklärung unmittelbar abrufbar ist und der Kunde an geeigneter Stelle darauf hingewiesen wird. Auch bei mobilen Websites, die die Einblendung von Werbung in Abhängigkeit von dem Standort des Nutzers ermöglichen, muss dies in der Datenschutzerklärung erwähnt werden.

(3) Besonderheiten bei Nutzerprofilen

Sofern (Standort-) Daten gesammelt werden, um persönliche Nutzerprofile zu errichten, gelten besonders strenge Vorschriften. Ohne Einwilligung des Nutzers darf die Bildung von Profilen nur pseudonym erfolgen. Im Einzelnen ist die Erstellung von Nutzerprofilen zulässig, sofern die nachfolgenden Voraussetzungen eingehalten werden:

- es müssen Nutzer-Pseudonyme verwendet werden,
- es darf kein Bezug zum Träger dieses Pseudonyms bestehen und
- es muss ein Widerspruchsrecht (opt-out-Möglichkeit) bestehen, auf die der Nutzer in der Datenschutzerklärung deutlich hingewiesen wird.

Solche Nutzerprofile dürfen also zur Einblendung auf den jeweiligen Nutzer zugeschnittener Werbung verwendet werden. Es dürfen dabei auch die Standortdaten für die Personalisierung verwendet werden. Hat der Nutzer nicht vorab eingewilligt, darf die Profilbildung keinen Rückschluss auf eine konkrete Person zulassen. Lokalisierte Werbung darf aber eingeblendet werden.

Nach deutschem Recht (§ 15 Abs. 3 TMG) ist dem Nutzer zudem Gelegenheit zu geben, die Personalisierung der Werbung zu beenden (opt-out). Darauf ist in geeigneter Weise hinzuweisen. Viele Targeting-Anbieter bieten entsprechende opt-out-Lösungen an.

c. Folgerungen für die einzelnen Nutzungsformen

Bei den konkreten Folgerungen ist zwischen Werbeeinblendungen und gezielten Werbenachrichten zu unterscheiden.

(1) Folgerungen für Content Anbieter

Anbieter von mobilem Content oder Applications, die über personenbezogene Daten des Nutzers verfügen (zum Beispiel gekaufte Apps, oder Apps, die einen Log-In voraussetzen), benötigen nur dann keine Einwilligung in die Nutzung der Standortdaten, wenn die Nutzung für die Erbringung des Dienstes unabdingbar ist. Gibt es eine Möglichkeit, den Dienst auch ohne Einwilligung zu nutzen, muss der Nutzer vorab um Zustimmung gefragt werden.

Außerdem muss die Erhebung und Verwendung von Standortdaten in der Datenschutzerklärung Erwähnung finden. Auf die Datenschutzerklärung muss in transparenter Weise bei jeder Erhebung der Daten hingewiesen werden.

Einer Belehrung in der Datenschutzerklärung bedarf es auch dann, wenn auf der (mobilen) Website oder innerhalb der App Werbung in Abhängigkeit von dem derzeitigen Standort des Nutzers eingeblendet wird.

(2) Folgerungen für Werbetreibende

Die Nutzung der aktuellen Position für die Auslieferung von Werbung ist grundsätzlich zulässig. Allerdings müssen die oben genannten Voraussetzungen eingehalten werden. Insbesondere muss die Profilierung pseudonym erfolgen und es darf keine Zusammenführung mit Personendaten des Nutzers erfolgen. Schließlich muss ein opt-out angeboten werden. Unternehmen, die diese Werbeform nutzen wollen, sollten sich bei vom jeweiligen Targeting-Anbieter die Einhaltung dieser Regelungen zusichern lassen.

Soll der Nutzer darüber hinaus direkt per Push-Nachricht, E-Mail oder SMS adressiert werden, setzt dies eine Berechtigung unter Spam-Gesichtspunkten voraus. In aller Regel muss der Werbetreibende hier also eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des betreffenden Nutzers eingeholt haben (siehe oben bei III.4.).

Die Nutzung der Standortdaten von mobilen Endgeräten setzt in der Regel eine Einwilligung des Nutzers voraus. Außerdem bedarf es einer Datenschutzerklärung, auf die bei jeder Erhebung hinzuweisen ist. Werbetreibende müssen dafür sorgen, dass Nutzerprofile ausschließlich unter Pseudonym angelegt werden. Außerdem muss der Nutzer die Möglichkeit eines opt-out haben.

Wer mobil wirbt, muss Informationspflichten, die sich aus verschiedenen Gesetzen ergeben können, beachten. Wer mit Preisen gegenüber Verbrauchern wirbt, muss Endpreise, resp. Detailpreise angeben. Soll der Nutzer direkt z.B. per E-Mail oder SMS angesprochen werden, muss in der Regel eine Einwilligung des Empfängers vorliegen.

IV. RECHTLICHE ASPEKTE BEIM VERTRAGSSCHLUSS IM M-COMMERCE

In der Europäischen Union im Allgemeinen und in Deutschland im Besonderen gelten Spezialregelungen für den Vertragsschluss im Internet. Generell muss bei Fernabsatzgeschäften, wenn sich also im B2C-Verkehr die beiden Vertragspartner nicht Face-to-Face gegenüberstehen, ein Widerrufsrecht eingeräumt und eine ganze Reihe von Informationspflichten eingehalten werden. Außerdem gelten Besonderheiten für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

1. WELCHE INFORMATIONSPFLICHTEN BESTEHEN IM M-COMMERCE?

In der Schweiz besteht für den Fernabsatz keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, welche Informationen übermittelt werden müssen. Es wird von einem mündigen Verbraucher ausgegangen, der nicht per se schutzbedürftig ist. Die Schweizer Lauterkeitskommission (SLK) hat Grundsätze aufgestellt, welche Informationen den Konsumenten übermittelt werden sollten. Diese Grundsätze sind lediglich als Orientierungshilfe zu verstehen und nicht bindend. Seriöse Anbieter orientieren sich jedoch in der Regel freiwillig daran.

Im Gegensatz dazu verpflichtet das deutsche Recht die Unternehmen im B2C-Fernabsatz explizit zur Bereitstellung einer Vielzahl von Informationen. Diese sind schon vor Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen und müssen spätestens unmittelbar nach dem Vertragsschluss mindestens per E-Mail übersandt werden. Die im Einzelnen verlangten Angaben stimmen weitgehend mit den erwähnten Grundsätzen der Schweizer Lauterkeitskommission (Nr. 4.1.-6, insb. Nr. 4.2) für das Direktmarketing überein. Im Allgemeinen ist erforderlich, dass die Informationen eindeutig, klar und verständlich sowie den verwendeten Fernkommunikationstechniken angepasst sind.

Um den gesetzlichen Anforderungen unter deutschem und Schweizer Recht zu genügen, müssen daher mobile Werbung für Waren oder Dienstleistungen, die zum Vertragsschluss führen sollen, die folgenden Informationen enthalten:

- Identität des Anbieters (Name; Firma; Vertretungsberechtigte; Adresse, Deckadressen und Postfachnummern genügen nicht)
- Handelsregister und Handelsregisternummer
- wesentliche Eigenschaften der Produkte
- Informationen darüber, wie der Vertrag zustande kommt
- gegebenenfalls Mindestlaufzeit des Vertrages
- etwaige Liefervorbehalte
- Preis
- Liefer- und Versandkosten
- Steuern und Abgaben
- Zahlungsbedingungen und Lieferzeiten

- › Widerrufsbelehrung
- › etwaige Telekommunikationskosten
- › Gültigkeitsdauer des Angebotes
- › Einzelheiten der Lieferung oder Erfüllung (z.B. Lieferfristen oder Zahlungsmodalitäten)
- › Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB
- › Kündigungsbedingungen einschließlich etwaiger Vertragsstrafen
- › Informationen zu Gewährleistung- und Garantiebedingungen
- › Informationen zum Kundendienst.

Die Informationspflichten müssen zum einen vor Vertragsschluss zur Verfügung stehen und zum anderen spätestens unmittelbar nach Vertragsschluss in Textform übermittelt werden. Die nachvertraglichen Informationen können also im Anschluss an den Vertragsschluss per E-Mail übersandt werden. Doch schon vor Vertragsschluss müssen die Angaben in transparenter Weise zur Verfügung gestellt werden. Dies kann durch unmittelbare Einblendung auf dem Display oder Einbindung der Informationen auf der Website oder innerhalb der Shopping-App erfolgen.

Allerdings ist offensichtlich, dass die Erfüllung der rechtlichen Anforderungen auf den kleinen Displays mobiler Endgeräte schwierig ist. Rechtlich führt daran jedoch – zumindest nach deutschem Recht – kein Weg vorbei. Das OLG Hamm hat entschieden, dass die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten auch im mobilen B2C-Vertrieb einzuhalten sind. Schwierigkeiten bei der Bildschirmgröße müsse der Unternehmer überwinden. Dabei hat das Gericht auch klargestellt, dass sich der Verkäufer nicht hinter der von ihm genutzten Plattform verstecken könne. Wer als Händler eine gewerbliche Plattform nutzt, sei selbst dafür verantwortlich, dass die Plattform die gesetzlichen Voraussetzungen einhält.

Eine Möglichkeit, bei jeder einzelnen Transaktion aus dem Anwendungsbereich des deutschen Fernabsatzrechts herauszukommen, ist der Abschluss eines Rahmenvertrages nach der Ausnahmebestimmung des § 312b Abs. 4 BGB. Danach muss Fernabsatzrecht nur für die erstmalige Vereinbarung beachtet werden, wenn der erstmaligen Vereinbarung Vorgänge der gleichen Art folgen. Der Umfang der Ausnahmegvorschrift ist gerichtlich noch nicht thematisiert worden. Für sehr ähnliche Einzelbestellungen innerhalb eines Rahmenvertrages mag das allerdings eine Lösung sein. Wird etwa im Rahmen einer Musik-App für jedes gehörte Musikstück ein Entgelt fällig, ist denkbar, durch eine geschickte Ausgestaltung die einzelnen Abrufe dem Fernabsatzrecht zu entziehen. Als genereller Ausweg für den M-Commerce taugt die Ausnahmebestimmung aber nicht.

Im elektronischen Geschäftsverkehr, zu dem auch der M-Commerce zählt, gelten eine Reihe zusätzlicher Informationspflichten. So muss der Unternehmer informieren,

- › über die einzelnen technischen Schritte, die zu dem Vertragsschluss führen;
- › ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist;
- › wie Eingabefehler vor Abgabe der Vertragserklärung erkannt und berichtigt werden können;

- › über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und
- › sämtliche einschlägigen Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft, sowie über die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken.

In Deutschland sind die Informationspflichten zu beachten, die sich aus den fernabsatzrechtlichen Bestimmungen (§ 312c BGB) und den Regeln zum E-Commerce (§ 312e BGB) ergeben. Obwohl entsprechende Pflichten in der Schweiz größtenteils nicht bestehen, ist es empfehlenswert, sich freiwillig an den deutschen Vorschriften zu orientieren.

2. ANTRAG UND ANNAHME

Ein Vertrag im M-Commerce kommt zustande wie jeder andere Vertrag auch. Verlangt werden sowohl unter Schweizer als auch deutschem Recht sich entsprechende Willensäußerungen der Vertragsparteien. Die zeitlich erste Willensäußerung wird grundsätzlich als Antrag bzw. Offerte bezeichnet. Sie muss sämtliche für den Vertragsschluss relevanten Angaben enthalten (Preis, Menge, etc.), sodass der Empfänger das Angebot nur noch annehmen muss. Beim Vertragsschluss Der Anbieter bleibt mit seinem Angebot solange gebunden, wie er üblicherweise mit dem Eingang einer Antwort rechnen muss. Wie lange das ist, wird von der Ausgestaltung des Angebotes abhängen.

Diese Willensäußerungen können in Form eines SMS oder eines Tastendrucks erfolgen. Auch hier gilt es wiederum darauf zu achten, dass der Zugang der Annahmeerklärung und somit das Zustandekommen des Vertrages bewiesen werden kann. Folglich sollte ein System errichtet werden, in welchem die eingegangenen SMS oder der Tastendruck aufgezeichnet werden können. Letztlich läuft das auf die Pflicht zur Protokollierung der Bewegung des Kunden in dem mobilen Shop hinaus. An einer Bestellung des Kunden darf das eingesetzte System keinen Zweifel zulassen.

Zusätzlich gelten EU-weit die Regelungen zum Vertragsschluss im E-Commerce, die sich aus der E-Commerce-Richtlinie ergeben. Im deutschen Recht wurden diese Regeln in § 312e BGB umgesetzt. Diese Bestimmungen gelten auch für den M-Commerce. Danach muss der Kunde die Möglichkeit haben, Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen zu können. Außerdem bedarf es einer elektronischen Bestätigung des Eingangs der Bestellung des Kunden. Anders als nach EU-Recht ist es nach den Schweizer Vorschriften nicht erforderlich, dem Kunden den Eingang einer Bestellung zu bestätigen.

Nach deutschem Recht ergeben sich aufgrund von § 451 TKG einige Besonderheiten für Mehrwert-SMS und SMS-Abonnements. Denn danach ist eine SMS-Bestellung für einen gültigen Vertragsschluss über einen SMS-Dienst in der Regel nicht ausreichend. Verlangt wird darüber hinaus, dass dem Absender eine sog. Handshake-SMS, d.h. eine Bestätigung der Bestellung zugesandt wird, die die wesentlichen Vertragsbestandteile wiederholt.

3. BESONDERE BESTIMMUNGEN BEI AGB

Sollen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters Bestandteil des Vertrages werden, sind wiederum bestimmte Voraussetzungen einzuhalten. Der Kunde muss der Einbeziehung der AGB zustimmen, d.h. die Einbeziehung muss vom Konsens des Vertragsschlusses erfasst sein. Dies erfordert, dass der Nutzer des mobilen Endgerätes vor der Abgabe der Willenserklärung darauf hingewiesen wird, dass die AGB Vertragsbestandteil werden sollen. Darüber hinaus muss er eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Inhalts der AGB vor Annahme des Vertragsangebotes haben. Unerheblich ist dabei, ob der Kunde die AGB auch tatsächlich gelesen hat. In der Regel wird davon ausgegangen, dass der Kunde die AGB, sofern er überhaupt der Einbeziehung zugestimmt hat, „global“, d.h. ohne vom Inhalt im Einzelnen Kenntnis zu nehmen, übernommen hat. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass damit keine Zustimmung zu ungewöhnlichen Vertragsklauseln angenommen wird, wenn diese in den AGB nicht besonders hervorgehoben wurden. Ungewöhnlich ist jede Abrede, mit der ein durchschnittlicher Kunde beim Abschluss eines entsprechenden Vertrages nicht rechnen muss.

Die Schweizer Rechtsprechung hat bereits konkretisiert, dass beispielsweise der Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand in diesem Sinne ungewöhnlich ist. Empfehlenswert ist auf jeden Fall, Klauseln in den AGB's grafisch hervorzuheben, wenn mit diesen erheblich vom dispositiven Vertragsrecht abgewichen werden soll. Im deutschen Recht werden überraschender Klauseln nicht Vertragsbestandteil (§ 305c Abs. 1 BGB).

Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme ist im M-Commerce durch die kleinen Displays vieler mobiler Endgeräte stark begrenzt. Insbesondere wird eine sehr kleine Schriftgröße oder langes und häufiges Scrollen zum Teil für unzumutbar gehalten. Die Zumutbarkeit und damit Wirksamkeit der AGB hängt folglich besonders davon ab, wie sie durch den Nutzer und Kunden abgerufen werden können. Im spezifischen Kontext des M-Commerce wird es wohl nicht genügen, wenn ein Link auf eine Website mit den AGB's führt, denn dort stellt sich das Problem der schlechten Lesbarkeit in gleicher Weise.

Eine Lösungsmöglichkeit kann es sein, den AGB eine aussagekräftige Gliederung voranzustellen, die die einzelnen Überschriften verlinkt und so eine Navigation innerhalb der AGB ermöglicht. Außerdem sollten die AGB um alle nicht unbedingt notwendigen Klauseln bereinigt werden.

Ein weiterer Stolperstein für mobil geschlossene Verträge ist die Pflicht aus § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB. Danach müssen die AGB bei Vertragsschluss gespeichert werden können. Dies ist auf vielen Handhelds derzeit schlicht nicht möglich. Ein Ausweg soll es hier sein, den Nutzern anzubieten, sich die AGB per E-Mail zuschicken zu lassen.

In der Schweiz gibt es keine entsprechenden Regeln, so dass es bei allein auf die Schweiz ausgerichteten mobilen Seiten derartiger Vorkehrungen im Moment nicht bedarf.

Bei fortgesetzter Nutzung (durch Wiedererkennungsmöglichkeiten, z.B. Vertragsnummer oder Login) müssen die AGB nicht bei jeder einzelnen Nutzung wieder übernommen werden.

Sollen bei einem mobilen Vertragsschluss AGB einbezogen werden, müssen die inhaltlichen Beschränkungen des AGB-Rechts beachtet werden. Außerdem gilt das Transparenzgebot. Daraus kann sich ergeben, dass überlange und/oder unübersichtliche AGB nicht Vertragsbestandteil werden. Nach deutschem Recht sollte der Kunde zudem die Möglichkeit haben, sich die AGB bei Vertragsschluss per E-Mail zusenden zu lassen.

4. WIDERRUFSRECHT

Auch bei mobilen B2C-Geschäften gilt nach deutschem Recht grundsätzlich ein Widerrufsrecht des Kunden. Bestellt ein Kunde per Handy in einem mobilen Shop Waren, muss ihm der Händler die Möglichkeit einräumen, den Vertrag innerhalb von zwei Wochen ab Lieferung ohne Angabe von Gründen zu widerrufen. Ausnahmen bestehen nur wenige. Dass die Ware innerhalb der Widerrufsfrist benutzt wurde, schließt das Widerrufsrecht nicht aus. Auch bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen gilt grundsätzlich die Widerrufbarkeit. Wird also etwa durch Download einer App Zugriff auf bestimmte Informationen (besonderes Kartenmaterial, aktuelle Finanzinformationen etc.) oder Dienste (soziale Netzwerke, Telefonie) gewährt, kann der private Verbraucher den Vertrag widerrufen.

Für den Unternehmer wichtig ist, dass die 14-tägige Widerrufsfrist erst zu laufen beginnt, wenn alle Informationen und die Widerrufsbelehrung in Textform (d.h. mindestens per E-Mail) bei dem Verbraucher vorliegen. Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung, kann der Verbraucher den Vertrag noch nach Monaten rückgängig machen.

Nach § 356 BGB kann bei Warenkäufen anstelle eines Widerrufsrechts auch ein Rückgaberecht eingeräumt werden. Dies hat den Vorteil, dass der Verbraucher sein Recht ausschließlich durch Rücksendung der Ware und nicht durch bloße Erklärung ausüben kann. Der Unternehmer kann also nicht in die Situation geraten, dass er auch noch der Ware hinterherlaufen muss. Allerdings ist Voraussetzung, dass dem Vertrag ein Verkaufsprospekt zugrunde liegt. Für herkömmliche Webseiten wird angenommen, dass diese einem Verkaufsprospekt ähnlich sind, weil diese jederzeit gespeichert und ausgedruckt werden könnten. Man darf bezweifeln, dass dies für mobile Seiten in gleicher Weise gilt, so dass von der Einräumung eines Rückgabe- anstelle eines Widerrufsrechts im mobilen Kontext eher abzuraten ist.

Nach deutschem Recht muss dem Kunden ein Widerrufsrecht eingeräumt werden, wenn er den Vertrag als Verbraucher schließt. Über das Bestehen des Widerrufsrechts ist der Verbraucher den gesetzlichen Anforderungen entsprechend zu informieren.

5. M-PAYMENT

Der Erfolg des M-Commerce hängt stark von der Verfügbarkeit einfacher, bargeldloser Zahlungsprozesse über mobile Endgeräte ab. Solche Zahlungsprozesse, die zeitgleich mit dem Einkauf von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen über ein mobiles Endgerät ausgelöst

werden, werden als M-Payment beschrieben. Dem Kunden wird der Bezahlvorgang unmittelbar über sein Mobiltelefon ermöglicht. Die Attraktivität des mobilen Endgerätes als jederzeit und überall verfügbares Zahlungsmittel wird durch das Fehlen technikspezifischer Regelungen, insbesondere bei der Behandlung dieser Dienste als Form des Fernabsatzes nach deutschem Recht beeinträchtigt. M-Payment-Dienstleistungen werden von verschiedenen Anbietern für M-Commerce-Unternehmen erbracht und angeboten.

a. Vertragsverhältnisse im M-Payment

Beim M-Payment bestehen typischerweise mindestens drei Vertragsverhältnisse: (1) der Vertrag zwischen dem Zahlungsgläubiger, etwa dem Verkäufer einer Ware, und dem Zahlungsschuldner, also dem Kunden (Valutaverhältnis), (2) das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem M-Payment-Anbieter nach dem sich letzterer verpflichtet, dem Zahlungsgläubiger das mit dem Kunden vereinbarte Entgelt auszusahlen (Zuwendungsverhältnis), sowie (3) die Vereinbarung zwischen dem M-Payment-Anbieter und dem Kunden mit der Verpflichtung des M-Payment-Anbieters, eine Zahlung des Schuldners an dessen Gläubiger vorzunehmen (Deckungsverhältnis).

b. Informationspflichten im M-Payment

Da die Erbringung der vertragstypischen Leistungen im M-Payment über Fernkommunikationsmittel erfolgt, sind die Verträge zwischen Kunden und M-Payment-Anbieter im deutschen Recht als Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen zu qualifizieren, wenn es sich beim Kunden um einen Verbraucher handelt. Daher gelten in diesem Verhältnis die gleichen Informationspflichten wie bei anderen Fernabsatzverträgen (siehe dazu oben unter IV.1.). Ergänzend dazu sind jedoch die besonderen Informationspflichten für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen nach Art. 246 § 1 Abs. 2 EGBGB zu beachten. Zu informieren ist etwa über die Kosten der Finanzdienstleistung, außergerichtliche Streitschlichtungsmöglichkeiten sowie die wesentliche Geschäftstätigkeit des M-Payment-Anbieters. Im schweizerischen Recht wird aus der Sorgfaltspflicht des Beauftragten abgeleitet, dass er den Kunden über die Risiken der Übertragung von Daten via Internet zu informieren hat.

Payment-Anbieter sind also gehalten, die umfassenden Informationspflichten zu erfüllen. Dabei besteht bei Finanzdienstleistungen im deutschen Recht eine gravierende Besonderheit zu Verträgen über Warenlieferungen und sonstige Dienstleistungen: Auch die vorvertraglichen Informationspflichten müssen in Textform, d.h. auf Papier, per Telefax oder per E-Mail erbracht werden. Vor Vertragsschluss werden die einzelnen Daten des Kunden, insbesondere seine E-Mail-Adresse jedoch noch nicht bekannt sein.

Die einzige, nach europäischem und deutschem Recht einigermaßen verlässliche Lösung liegt im Abschluss eines Rahmenvertrages (siehe dazu bereits oben unter IV.1) zwischen dem M-Payment-Anbieter und dem Kunden. Dieser Rahmenvertrag kann beispielsweise im Rahmen der vor Bezug der Bezahlleistungen notwendigen Registrierung geschlossen werden unter Einbezug der

Vorab-Übermittlung der fernabsatzrechtlichen Pflichtinformationen. Bei der späteren Nutzung der M-Payment-Dienstleistungen kann dann auf die im Rahmenvertrag übermittelten Informationen verwiesen werden. Die Wirksamkeit eines entsprechenden Rahmenvertrags bedingt allerdings, dass für die Inanspruchnahme der nachträglichen M-Payment-Leistungen kein weiterer Vertragsschluss mehr erforderlich ist. Dies bedeutet letztlich, dass kein Entscheid über die Gewährung der Dienstleistung im Einzelfall mehr möglich ist.

Auch dem Händler selbst kann die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den Payment-Anbieter nicht einerlei sein. Bedient er sich eines Anbieters, der die fernabsatzrechtlichen Informationen nicht zum richtigen Zeitpunkt und in der richtigen Form erbringt, kann darin auch ein Wettbewerbsverstoß des Händlers zu sehen sein.

c. M-Payment und Datenschutz

Anbieter von M-Payment-Diensten und Unternehmen, die ihren Kunden diese Lösungen empfehlen, müssen unabhängig davon, welche der verschiedenen zur Zeit auf dem Markt befindlichen Lösungen verwendet werden, die datenschutzrechtlichen Vorgaben einhalten.

Die im Bereich des M-Payment gesammelten Transaktionsdaten können anhand der Mobiltelefonnummern bzw. der sonstigen persönlichen Daten, die im Payment-Verfahren bekannt werden, eindeutig Personen zugeordnet werden und sind damit als Personendaten im Sinne des Datenschutzrechts zu qualifizieren.

Erforderlich ist deshalb auch im Bereich M-Payment, dass der Kunde sein Einverständnis zur Bearbeitung seiner personenbezogenen Daten gegeben hat. Eine solche Einwilligung wird wohl konkludent erteilt, sobald der Kunde den betreffenden Service nachfragt und einsetzt. Gültig ist diese konkludente Einwilligung jedoch nur dann, wenn der Kunde über die Bearbeitung informiert wurde. Das heißt, ihm muss bekannt sein, welche Informationen erfasst werden und welcher der beteiligten Akteure (M-Payment-Anbieter, Zahlungsgläubiger oder allenfalls Bank), welche Daten, zu welchem Zweck wann, wo und in welcher Weise bearbeitet. Auch diese Informationen sind zu Beginn der Vertragsbeziehung zwischen dem M-Payment-Anbieter und dem Kunden, etwa im Rahmen der Registrierung für den Dienst, bekannt zu geben. Zudem sollte der Kunde jederzeit bei der Inanspruchnahme des Dienstes die Möglichkeit haben, diese Informationen erneut zu beziehen.

Es ist weiter insbesondere darauf zu achten, dass die einzelnen Beteiligten nur auf diejenigen Daten Zugriff haben, die für ihren Teil der Geschäftsabwicklung unerlässlich sind oder sie sich auf eine entsprechende Einwilligung berufen können. Denn eine Weitergabe von personenbezogenen Daten (z.B. die Handy-Nummer) an Dritte (z.B. den Verkäufer), die die Daten zu einem anderen als dem angegebenen Zweck verwenden, ohne Wissen des Kunden, ist ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht. Problematisch ist es deshalb, wenn Daten über den gesamten Transferprozess bei einer Partei zusammenlaufen, so dass ein vollständiges Personenprofil über das Konsumverhalten des Nutzers erstellt werden könnte. Denn in diesem Fall bedarf es zumindest unter Schweizer Datenschutzrecht neben einer umfassenden Information auch einer ausdrücklichen Zustimmung des Kunden.

Das Schweizer Bundesgericht hat zudem entschieden, dass Kunden über die Risiken der Übertragung von Daten via Internet zu informieren sind (Urteil BGer 4A.301/2007).

Sollen in einen Vertragsschluss am Handy mobile Bezahl Dienste eingebunden werden, stellen sich vor allem Fragen des Fernabsatzrechts. Nicht nur der M-Payment-Anbieter sondern auch der Unternehmer, der sich seiner Hilfe bedient, muss darauf achten, dass alle Informationspflichten eingehalten sind. In datenschutzrechtlicher Hinsicht kommt es vor allem darauf an, die erforderlichen Einwilligungen für die Datenweitergabe zwischen den Beteiligten sicher zu stellen.

V. MIT WELCHEN KONSEQUENZEN MUSS BEI EINEM VERSTOSS GEGEN DIE WERBEVORSCHRIFTEN IM M-COMMERCE GERECHNET WERDEN?

1. SCHWEIZ

Bei Verstößen gegen das UWG-CH, insbesondere bei unlauterer Werbung, unerlaubter Massenwerbung, Verstößen gegen Preisangabe- und Preiswerbevorschriften können auf dem zivilrechtlichen Weg neben Wettbewerbern auch Kunden, Konsumentenschutzorganisationen sowie der Bund auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung eines Verstoßes klagen, während Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung nur den durch einen solchen Verstoß tatsächlich Geschädigten vorbehalten sind.

Verantwortlich für die Einhaltung der Schweizer Werbevorschriften sind neben dem Unternehmensträger auch unmittelbar die für einen Online-Shop oder sonstige M-Commerce-Applikation in einem Unternehmen operativ verantwortliche Personen. Sowohl das UWG-CH sowie die PBV sehen die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen gegen diese Personen vor.

Verstöße gegen die Preiswerbevorschriften werden nach den Bestimmungen des UWG-CH sowie des Bundesgesetzes über das Messwesen bestraft. Verletzungen dieser Vorschriften sind regelmäßig zugleich unlauterer Wettbewerb und strafbewehrt. Wer vorsätzlich gegen die Preiswerbevorschriften verstößt, wird mit Haft oder Buße bis zu 20.000,- CHF bestraft. Sämtliche Strafnormen wegen Preisbekanntgabeverstößen sind als Officialdelikte ausgestaltet, weshalb es für die Strafverfolgung keines Strafantrages bedarf. Die in Art. 24 UWG-CH geregelten Tatbestände unterliegen als Übertretungen einer dreijährigen Verjährungsfrist.

Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften können für die betroffenen Personen die Grundlage für Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines durch den Verstoß etwa erlangten Gewinns bilden. Weiter kann vor allem auch auf Beseitigung der Verletzung geklagt werden, wobei insbesondere das Verbot der weiteren Datenverarbeitung, ein Verbot der Datenbekanntgabe an Dritte oder die Berichtigung bzw. Vernichtung von personenbezogenen Daten im

Vordergrund stehen. Darüber hinaus kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob dieser Daten von ihr bearbeitet.

Im Verwaltungsverfahren ist der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDÖB) berechtigt, Akteneinsicht zu verlangen, Auskünfte einzuholen und sich einzelne Datenverarbeitungsvorgänge vorführen zu lassen. Der EDÖB kann sodann aufgrund seiner Abklärungen empfehlen, die Datenverarbeitung zu ändern oder zu unterlassen. Wird eine solche Empfehlung des Beauftragten nicht befolgt oder abgelehnt, kann er die Angelegenheit dem Bundesverwaltungsgericht zum verbindlichen Entscheid vorlegen. In besonderen Fällen, insbesondere wenn unrechtmäßig Persönlichkeitsprofile erstellt oder verwendet werden, drohen auch strafrechtliche Sanktionen.

Verstöße gegen die diversen spezialgesetzlichen Werbevorschriften sind regelmäßig mit verwaltungs- sowie strafrechtlichen Sanktionen verbunden und können mit Bußen aber auch Gefängnisstrafen bedroht sein. Hier sind die spezifischen Bestimmungen der jeweiligen Spezialgesetze zu beachten.

Im Fall des unerlaubten Versandes von Massenwerbung sieht das Schweizer FMG zudem eine Reihe von Sanktionen bis hin zum Sperren des Mobilnetzzugangs gegen den Diensteanbieter vor.

2. DEUTSCHLAND

Liegt ein Verstoß gegen die Vorschriften des Verbraucherrechts vor, ist dieser in der Regel mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts von Konkurrenten, Wettbewerbsverbänden und anderen klageberechtigten Organisationen als Vorsprung durch Rechtsbruch gem. § 4 Nr. 11 UWG-D verfolgbar. Bei Verstößen gegen die fernabsatzrechtlichen Vorschriften, AGB-Recht oder die Regelungen zum Preisangaberecht drohen also Abmahnungen. Zudem ergeben sich in diesen Fällen Ansprüche auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadensersatz.

Verstöße gegen das Preisangabenrecht sind darüber hinaus gem. § 10 PAngV auch Ordnungswidrigkeiten. Im Falle eines Verstoßes kann im Maximalfall eine Geldbuße von bis zu 25.000,- Euro verhängt werden.

Daneben stehen individualrechtliche Folgen von Verstößen gegen Fernabsatzrecht. Während Verbraucher nach deutschem Recht keine Rechte wegen Verstößen gegen Werberecht geltend machen können, verlängert sich beispielsweise die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts, das gem. §§ 312d, 355 BGB einzuräumen ist, auf 6 Monate (anstelle von 2 Wochen), wenn die Pflichten zur Information des Verbrauchers in Textform nicht beachtet wurden. Ist auch die Widerrufsbelehrung fehlerhaft, kann ein mobil geschlossener Vertrag vom Verbraucher unbefristet widerrufen werden.

Etwas diffiziler sieht es bei Verletzungen der datenschutzrechtlichen Vorgaben aus. Zum einen gibt es die individuellen Rechte der Betroffenen auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und womöglich Schadensersatz. Daneben drohen Bußgelder durch die Datenschutzbehörden, wobei hier stets ein formelles Verwaltungsverfahren vorgängig wäre. Häufig kann im Gespräch mit den Behörden eine einvernehmliche Lösung erzielt werden, die ein Bußgeld vermeidet.

Umstritten ist, ob ein Verstoß gegen Datenschutzvorschriften stets wettbewerbswidrig ist, also auch von Konkurrenten verfolgt werden kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn man die verletzenen Datenschutzvorschriften für so genannte Marktverhaltensregeln hält. Im Kern dienen die Vorschriften zum Datenschutz aber dem Persönlichkeitsschutz der Betroffenen, nicht dazu, für ein lauterer Verhalten am Markt zu sorgen. Hier hat sich der BGH noch nicht endgültig positioniert. Gute Gründe sprechen dagegen, dass jeder Verstoß gegen Vorschriften des Datenschutzrechts abgemahnt werden kann.

Die rechtlichen Vorgaben im M-Commerce sind nicht sanktionslos. In Abhängigkeit von der verletzten Vorschrift muss der Unternehmer sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland mit rechtlichen Konsequenzen rechnen.

VI. FOLGEN UND CHECKLISTEN

Wer im M-Commerce seine Produkte verkaufen oder Werbung betreiben möchte, muss eine Vielzahl von Regelungen beachten, möchte er die oben geschilderten Konsequenzen vermeiden.

1. FOLGEN AUCH FÜR HERKÖMMLICHE WEBSITES

Tatsache ist, dass inzwischen nahezu jede herkömmliche Website auch mobil abrufbar ist. Geräte wie etwa das iPad sorgen zudem dafür, dass im Grunde jede Website mobil nicht nur abrufbar, sondern auch einwandfrei nutzbar wird. Einen Großteil der in diesem Leitfaden erörterten Fragen muss sich also - streng genommen - jeder stellen, der online tätig ist.

Ist eine Shoplösung auch mobil nutzbar, können Verbraucher die angebotenen Waren also auch mobil bestellen, muss der Anbieter die fernabsatzrechtlichen Vorgaben deutschen Rechts auch auf diesem Wege einhalten.

Wer auf seiner Website eine Targeting-Lösung einsetzt, die Werbung in Abhängigkeit vom Standort des Nutzers ausliefert, wenn die Seite mobil aufgerufen wird, muss darauf in der Datenschutzerklärung entsprechend hinweisen.

2. FOLGEN FÜR DIE VERTRAGSGESTALTUNG

Der schnell wachsende M-Commerce-Markt hat eine Vielzahl spezialisierter Dienstleister hervorgebracht, deren Haupttätigkeit in irgendeiner Weise mit den neuen mobilen Diensten zu tun hat. Die oben beschriebenen Regelungen spielen auf vielfältige Weise auch bei den vertraglichen Beziehungen dieser Agenturen mit ihren Kunden eine Rolle.

Insbesondere die App-Entwickler müssen die rechtlichen Fragestellungen im Auge haben, sollen die Kunden keine bösen Überraschungen erleben. Geht es beispielsweise um die Nutzung von

Standortdaten sollten sich die Softwareunternehmen Gedanken über eine datenschutzkonforme Ausgestaltung machen. Aus Sicht der Agenturen empfiehlt es sich dennoch, die rechtliche Verantwortlichkeit im Vertrag auf den Kunden zu verlagern. Hier sollten ausdrückliche Regelungen getroffen werden, damit spätere Konfrontationen vermieden werden können.

Auch bei der Vertragsgestaltung mit anderen Dienstleistern empfehlen sich ausdrückliche Vereinbarungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen. Wer für die Einblendung von Werbung auf seinen (mobilen) Seiten einen Targeting-Spezialisten beauftragt, sollte sicher sein, dass alle rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten sind. Empfehlenswert ist deshalb eine ausdrückliche Zusicherung. Gleiches gilt natürlich auch für die Werbetreibenden, die ein Interesse daran haben, dass ihre Werbung nicht unter Verstoß gegen geltendes Datenschutzrecht ausgeliefert wird.

Ähnliche Fragen stellen sich bei Dienstleistern im Direktmarketing-Bereich. Sollen Kunden gezielt per E-Mail, SMS oder Push-Nachricht angesprochen werden, sollte sich das werbende Unternehmen nicht auf Aussagen des Dienstleisters verlassen, dass rechtlich alles in Ordnung sei. Sowohl die womöglich erforderliche Einwilligung in die Übersendung von Werbung als auch die datenschutzrechtlichen Fragen müssen in den Verträgen adressiert werden. Hier kann es auch notwendig sein, mit dem Dienstleister einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag zu schließen.

Auch bei M-Payment-Diensten steht – neben der Zahlungsabwicklung – der Datenschutz im Fokus. Hier kann es sinnvoll sein, zusätzlich im Detail zu regeln, welcher Vertragspartner Zugriff auf welche Daten des Kunden hat. Auch hier hat der Unternehmer ein Interesse daran, dass sich der Payment-Anbieter an geltendes Recht hält und dies auch vertraglich zusichert.

3. CHECKLISTEN

Checkliste – mobiler Vertrieb von Waren und Dienstleistungen

- Überlegen Sie im Vorfeld, ob Sie mit Ihrem M-Commerce-Angebot auch ausländische Nutzer mobiler Endgeräte ansprechen wollen und beachten Sie die Kriterien, die eine solche Ausrichtung erkennen lassen.
- Nehmen Sie Rechtswahlklauseln gegebenenfalls in Ihre AGB auf, um für Rechtssicherheit zu sorgen.
- Richten Sie einen ernsthaften Disclaimer ein, um eine Ausrichtung auf den ausländischen Markt auszuschließen, sofern sie dies wollen.
- Beachten Sie auch im M-Commerce die vollständige Erfüllung der vorgängigen Informationspflichten.
- Beachten Sie die Vorschriften zur Preisangabepflicht, geben Sie gegenüber Verbrauchern stets Preise an, die alle Steuern, Gebühren und Zuschläge umfassen.

- › Geben Sie auch im M-Commerce direkt beim End- oder Detailpreis an, ob zusätzlich Versandkosten anfallen und nennen Sie die Höhe oder die Berechnungsgrundlage.
- › Wenn Sie in die Schweiz liefern, sehen Sie auch im M-Commerce stets die Möglichkeit der Angabe des End- oder Detailpreises in CHF vor.
- › Gestalten Sie Ihre AGB möglichst übersichtlich und stellen Sie den AGB eine Gliederung mit Hyperlinks voran.
- › Bieten Sie den Kunden an, sich die AGB per E-Mail zusenden zu lassen.
- › Räumen Sie dem Verbraucher ein Widerrufsrecht ein.
- › Wenn Sie M-Payment-Dienstleister einbinden, sorgen Sie dafür, dass alle datenschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten sind.

Checkliste – mobile Werbung

- › Überlegen Sie im Vorfeld ob Sie mit Ihrem M-Advertising auch ausländische Nutzer mobiler Endgeräte ansprechen wollen und beachten Sie die Kriterien, die eine solche Ausrichtung erkennen lassen.
- › Beachten Sie die Einhaltung der Vorgaben an die Zulässigkeit von Massenwerbung (Anti-Spam-Gesetzgebung). Insbesondere die Werbung per E-Mail, SMS und Push-Nachricht setzt eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Nutzers voraus.
- › Falls Sie Preise in der mobilen Werbung angeben wollen, geben Sie stets Preise an, die alle Steuern, Gebühren und Zuschläge erfassen.
- › Geben Sie auch im M-Commerce direkt beim End- oder Detailpreis an, ob zusätzlich Versandkosten anfallen und nennen Sie die Höhe oder die Berechnungsgrundlage.
- › Achten Sie bei der Verwendung von Werbebannern in SMS, MMS oder Apps darauf, den Preis bereits auf dem Banner anzugeben, wenn der Klick direkt zum Vertragsschluss führt.
- › Informieren Sie sich über und beachten Sie die für Sie relevanten spezialgesetzlichen Werbevorschriften im Land, in dem Sie Nutzer mobiler Endgeräte mit Ihrem Angebot ansprechen wollen.
- › Holen Sie eine nachweisbare Einwilligung in die Erfassung, Speicherung, Nutzung und gegebenenfalls Weitergabe von Standortdaten vom Nutzer ein.
- › Erweitern Sie Ihre Datenschutzerklärung um einen Hinweis auf die Verarbeitung von Standortdaten.
- › Erstellen Sie Nutzungsprofile nur pseudonym oder mit Einwilligung des Nutzers. Bieten Sie stets ein opt-out für den Nutzer an.
- › Weisen Sie auf die Datenschutzerklärung bei jeder Erhebung von Standortdaten hin.



Lukas Bühlmann
Bühlmann Rechtsanwälte
buehlmann@br-legal.ch



Dr. Martin Schirmbacher
HÄRTING Rechtsanwälte
schirmbacher@haerting.de