
RECHTSANWALT

DR. MARTIN BAHR

Aktuelle Rechtsfragen im M-Commerce

Gast-Vortrag a.d. Universität Augsburg

Lehrstuhl Prof. Dr. Turowski / Arbeitsgruppe M-Commerce

Vortrag am 16. Juni 2004



Kanzlei Heyms & Dr. Bahr
Sierichstr. 35, 22301 Hamburg

Tel.: 040 – 35 01 77 60
Fax: 040 – 35 01 77 61

E-Mail: Bahr@Heyms-DrBahr.de
<http://www.Heyms-DrBahr.de>

Einführung: Wirklich neu ? Oder nur alter Wein in neuen Schläuchen ?

- Dimension und Abgrenzung des Begriffes M-Commerce unter juristischen Gesichtspunkten

- Beispiel einer betriebswirtschaftlichen Definition:

Mobile Commerce bezeichnet jede Art von geschäftlicher Transaktion, bei der die Transaktionspartner im Rahmen von Leistungsanbahnung, Leistungsvereinbarung oder Leistungserbringung mobile elektronische Kommunikationstechniken (in Verbindung mit mobilen Endgeräten) einsetzen

aus: Turowski / Pousttchi, Mobile Commerce, Berlin u.a. 2004, S. 1

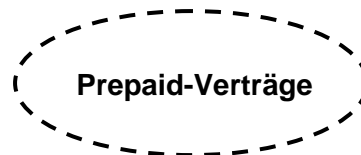
- Grundproblem des Juristen: Wo ist hier die wirklich neuartige Rechtsmaterie ? Macht es juristisch einen Unterschied, ob A seine Internet-Bestellung mittels seines PCs oder seines WLAN-Laptops tätigt ?
- Betriebswirtschaft: Es liegen Welten zwischen E-Commerce und M-Commerce
- Rechtswissenschaft: M-Commerce hat zahlreiche Schnittmengen zum E-Commerce

Teil 1: Besonderheiten des Handy-Vertrages / einzelne Problembereiche des Handy-Vertrages

▪ Rechtscharakter von Handy-Verträgen:



Grundsätzlich wie normaler Telefonanschluss:
Sog. typenverschmelzter Vertrag aus inbs. Werkvertrag (§§ 631ff. BGB) und Mietvertrag (§§ 535ff. BGB)



Ebenfalls typenverschmelzter Vertrag, überwiegend aus Werkvertrag und Kaufvertrag

▪ TKG überhaupt anwendbar ?

Fällt Mobilfunkanbieter unter den Begriff des „Sprachtelefondienstes“ iSd. § 3 Nr. 15 TKG ?
Strittig: Ablehnend *Kerkhoff*,² dagegen eher bejahend *Grosskopf/Taubert*.³

Konsequenz: Manche TKG-Normen nicht anwendbar (z.B. § 19 TKV: Telefonsperre)

Beachte: Neues TKG tritt aller Voraussicht nach ab 1. Juli 2004 in Kraft

▪ Einzelne Problembereiche:

1. Keine Vertragskündigung wegen unzureichender Netzabdeckung

Es ist allgemein bekannt, dass es Funklöcher gibt, was auch technisch nicht zu vermeiden ist (AG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.1998 - Az.: 39 C 8762/98)⁴

Beachte: Relativ altes Urteil, auf heutige Verhältnisse nur bedingt übertragbar

2. Vertragskündigung bei Handy-Verlust ?

Bei Handy-Verlust Kündigung möglich, wenn Netz-Anbieter nur wesentlich teureres Ersatzgerät anbietet (AG Osnabrück, Urt. v. 14.04.1997 - Az.: 14 C 40/97). Anderer Ansicht das AG Düsseldorf (Urt. v. 12.11.1999 - Az.: 235 C 8761/99),⁵ das eine Kündigung ablehnt.

² Kerkhoff in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., München 2000, Anh. § 41 TKG, § 19 TKV, Rn. 2

³ Grosskopf/Taubert, CR 1998, 603 [608].

⁴ Online abrufbar unter http://www.lawcommunity.de/urteile/ag_duesseldorf_-_39_c_8762-98.htm

⁵ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20000122.htm>

3. Deaktivierungsgebühr unzulässig

Bei der Auflösung von Mobilfunkverträgen dürfen die Anbieter keine pauschale Gebühr für die Deaktivierung von Anschlüssen erheben (BGH, Urt. v. 18.04.2002 - Az.: III ZR 199/01).⁶

4. Restguthaben-Verfall bei Telefonkarte rechtswidrig

Der Verfall des Restguthabens auf einer Telefonkarte durch Befristung der Gültigkeitsdauer ist rechtswidrig (OLG Nürnberg, Urt. v. 08.04.2003 - Az: 3 U 3262/02).⁷

5. Vertragsschluss per Handy / SMS ?

Es gelten die normalen Vertragsregeln (§§ 145ff. BGB), d.h. Vertragsschluss ist grundsätzlich möglich (Ausnahme: formgebundene Verträge).

Dazu zwei aktuelle Beispiele:

a) **Kostenpflichtige Vodafone-Benachrichtigung**

Vodafone hat seit Anfang Oktober 2003 einen neuen Service "SMS-Benachrichtigung" eingeführt.⁸ Dritter ruft Vodafone-Kunde an, dieser hat Handy und auch Mailbox aus. Dritter hört siebensekündige Ansage „Der Vodafone-Teilnehmer ist zur Zeit nicht erreichbar, wird aber per SMS informiert.“ Vodafone berechnet vom anrufenden Dritten (!) hierfür Entgelte.

Kein Entgeltanspruch, da kein Rechtsbindungswille des Dritten und auch keine Information über die essentialia negotii (hier: Preis)

b) **Kostenpflichtige Premium-SMS-Chats**

In der letzten Zeit tauchen vermehrt Angebote zu Premiums-SMS-Chats auf, bei denen der Preis erst ganz am Ende der SMS angegeben ist, nach ca. 10 Leerzeilen mit "199 c/Nr. min. Abn. 100 Stk."

Auch hier kein Vertragsschluss, da keine Rechtsbindungswille und keine Information über essentialia negotii (hier: Preis). In jedem Fall AnfechtungsR wg. arglistiger Täuschung (§ 123 BGB).

6. Haften Minderjährige für ihre Telefonrechnung ?

Da Minderjährige selber keinen wirksamen Vertrag schließen können, lassen die Anbieter den Vertrag von den gesetzlichen Stellvertretern mit unterschreiben. Rechtliche Konsequenz: Zwar kein Entgelt-Anspruch gegen Minderjährige, aber gegen Eltern, entweder direkt aus dem Vertrag oder über Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht.

7. Beweiswert einer SMS ?

Noch kein dt. Gerichtsurteil. ABER: Urteile zu E-Mails übertragbar, da artverwandte Konstellation: Das AG Bonn (Urt. v. 25.10.2001 - Az.: 3 C 193/01):⁹ Keinerlei Beweiswert angesichts der jederzeitigen Manipulierbarkeit der Nachricht. Das ArbG Frankfurt a.M. (Urt. v. 09.01.2002 - Az.:

⁶ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020187.htm>

⁷ Online abrufbar unter http://www.justiz.bayern.de/olgn/rspr/ls/1_3u3262_02.htm

⁸ Weitere Informationen siehe die Infos der Kanzlei Heyms & Dr. Bahr v. 27.12.2003, http://www.heyms-drbahr.de/findex.php?p=news/news_det_20031227032842.html und den Live-Stream einer NDR-Sendung unter http://www.ndr.de/tv/markt/archiv/20031215_2.html

7 Ca 5380/01)¹⁰ vertritt die gegenteilige Ansicht. In ähnlicher Weise, aber einschränkend das AG Ettlingen (Urt. v. 11.05.2001 - Az.: 2 C 259/00).¹¹

8. Einbeziehung von AGB per SMS ?

Einbeziehung von AGB grundsätzlich nur bei vorheriger Kenntnisnahme-Möglichkeit (§ 305 BGB). Aufgrund der technischen Begrenzung von SMS praktisch ausgeschlossen.

Ausnahme: Einbeziehung, wenn im Amtsblatt der RegTP veröffentlicht (§ 305a Nr.2 BGB).

⁹ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm>

¹⁰ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020125.htm>

¹¹ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020065.htm>

Teil 2: Wettbewerbsrechtliche Problem-Bereiche

▪ Handyverkauf für "0,-- DM" ?

Der Klassiker: Beim Abschluss eines Handy-Vertrages muss ausführlich und deutlich auf die weiterführenden Kosten hingewiesen werden (BGH, Urt. v. 08.10.98 - I ZR 187/97).¹²

▪ „Kaltanrufe“ per SMS:

Es ist wettbewerbswidrig iSd. § 1 UWG, wenn ein Unternehmer einem Kunden unaufgefordert SMS zusendet (LG Berlin, Urt. v. 14.01.2003 - Az.: 15 O 420/02).¹³

Beachte: Unter gewissen Umständen sind nach der alsbald in Kraft tretenden Reform des Wettbewerbsrechts solche Kaltanrufe zukünftig erlaubt (vgl. § 7 Abs.2, 3 UWG-E).¹⁴

▪ „Lockanrufe“ per SMS:

Lockanrufe (1x klingeln, dann Verbindungsabbruch) oder Lock-Werbe-SMS, die den Angerufenen zum Rückruf einer kostenpflichtigen Mehrwertdienste-Rufnummer animieren, sind wettbewerbswidrig. Es kommt kein Vertrag zustande bzw. es besteht ein AnfechtungsR wg. arglistiger Täuschung (§ 123 BGB).

Die **strafrechtliche Seite** eines solchen Handelns ist umstritten: Nach Meinung der GSStA Frankfurt a.M. (Az.: 3 Zs 82/03)¹⁵ kommt ein Betrug nicht in Betracht, weil der Angerufene wisse, dass er eine Mehrwertdienste-Rufnummer wähle und daher nicht getäuscht werde. Kritikbedürftige Entscheidung; inzwischen gibt es mind. 1 andere Entscheidung, die die Strafbarkeit bejaht, und zahlreiche weitere Ermittlungsverfahren.

▪ Haftung als Mitstörer

Da die eigentlichen Spammer oftmals nicht identifizierbar oder greifbar sind, nimmt die Rechtsprechung zunehmend eine Mitstörerhaftung eines beteiligten Dritten an. Dabei verschwimmen häufig die einzelnen Grenzen und die exakten rechtlichen Voraussetzungen.

Allgemein formuliert haftet ein Dritter immer dann mit für die rechtswidrige Handlung einer anderen Person (= sog. Mitstörerhaftung), wenn der Dritte die tatsächliche Möglichkeit hatte, den Spam-Versand zu verhindern (z.B. Überlassen eines Fax-Gerätes). Die Mitstörerhaftung ist verschuldenslos, d.h. es bedarf keiner Fahrlässigkeit des Dritten. Auch braucht der Dritte nach st. Rspr. keine Kenntnis von den rechtswidrigen Handlungen zu haben. Letzteres gilt für den Bereich der Neuen Medien aber nur eingeschränkt, da hier z.T. spezielle Gesetze (Teledienstegesetz, Telekommunikationsverordnung) etwas anderes vorschreiben.

a) E-Cards:

Das AG Rostock (Urt. v. 28.01.2003 - Az.: 43 C 68/02)¹⁶ hat die Mitstörerhaftung eines Portal-Betreibers bejaht, wenn er Dritten unkontrolliert die Möglichkeit zur Verfügung stellt, E-Cards zu

¹² Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/19990008.htm>

¹³ Online abrufbar unter <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/lg/7409>

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich RA Dr. Bahr, Änderung der SPAM-Rechtsslage durch Reform des Wettbewerbsrechts?, online abrufbar unter http://www.drweb.de/onlinerecht/online_recht_spam_1.shtml

¹⁵ Siehe dazu die Infos der Kanzlei Heyms & Dr. Bahr v. 02.05.2003, http://www.heyms-drbaehr.de/findex.php?p=news/news_det_20030502132427.html

versenden. Die Entscheidung ist inzwischen rechtskräftig (LG Rostock, Beschl. v. 24.06.2003 - Az.: 1 S 49/03).¹⁷ Dieselbe Ansicht vertritt auch das LG München (Urt. v. 05.11.2002 - Az.: 33 O 17030/02; Urt. v. 15.04.2003 - Az.: 33 O 5791/03).¹⁸ Inzwischen hat das OLG München (Urt. v. 12.02.2004 - Az.: 8 U 4223/03)¹⁹ diese Rechtsprechung bestätigt.

b) Haftung des Rufnummern-Vermieters:

Problem: Kann evtl. gegen den Vermieter der beworbenen Rufnummer vorgegangen werden?

Gesetzliche Regelung in § 13 a TKV: Danach haftet der Vermieter, wenn er "gesicherte Kenntnis" von der Spam-Handlung hat.

Umstritten ist, was unter diesem Begriff zu verstehen ist.²⁰ Das OLG Köln (Urt. v. 05.03.2004 - Az.: 6 U 141/03):²¹ Bloße Mitteilung über eine unverlangte Faxzusendung reicht regelmäßig nicht aus, um die erforderlich „gesicherte Kenntnis“ hervorzurufen. Eine solche Mitteilung begründe höchstens eine "einfache Kenntnis" und könne daher nicht mit der "gesicherten Kenntnis" iSd. § 13a TKV gleichgesetzt werden.

Das AG Hamburg (Beschl. v. 06.01.2004 - Az.: 921 C 1/04)²² ist sogar der Ansicht, § 13a TKV gelte nicht für Werbeanrufe, weil die Norm lediglich stoffliche bzw. sich am Bildschirm materialisierende Nachrichten umfasse.

▪ Täuschende Premium-SMS-Chat

Ein Premium-SMS-Chat, der vorgaukelt, Dating-Kontakte mit attraktiven Frauen zu vermitteln, in Wahrheit aber von bezahlten Mitarbeitern aus Call-Centern vorgenommen wird, ist unlauter, da er aus der Einsamkeit anderer Menschen in irreführender, unlauterer Weise Kapital schlägt (LG München I, Urt. v. 17.6.2003 – Az: 22 O 9966/03).²³

▪ Gewinnspiele per Handy / SMS

- Kein Überschreiten einer gewissen Entgelt-Höhe, da andernfalls strafbares Glücksspiel
- Teilnahme darf nicht vom Erwerb von Dienstleistungen / Waren abhängen
- Keine Ausnutzung von geschäftlich unerfahrenen Personengruppen (z.B. Kinder)

▪ Handy-Klingeltöne

Zielgruppe der Handy-Klingeltöne ist vor allem das jugendliche Publikum, das sich die jeweils aktuellen Musik-Hits für ein Entgelt zwischen 2,- und 8,- Euro herunterlädt. Mehrere Verbraucherzentralen sprechen hierbei von "üblem Abkassieren".²⁴ Es war daher nur eine Frage

¹⁶ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030083.htm>

¹⁷ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030214.htm>

¹⁸ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030008.htm> und <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030152.htm>

¹⁹ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040131.htm>

²⁰ Vgl. dazu den umfassenden Aufsatz von RA Dr. Bahr, *Mitstörerhaftung der Netz-Provider: Reichweite und Bedeutung von § 13 a TKV*, http://www.heyms-drbahr.de/download/fax_spamming_13a_tkv.pdf

²¹ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040160.htm>

²² Siehe dazu die Infos der Kanzlei Heyms & Dr. Bahr v. 20.07.2003, http://www.heyms-drbahr.de/findex.php?p=news/news_det_20030720194229.html

²³ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030288.htm>

²⁴ Online nachzulesen unter <http://www.vz-nrw.de/UNI01054890702214842246/doc1732A.html>

der Zeit, bis sich ein Gericht mit dieser Problematik beschäftigen würde. Das OLG Hamburg²⁵ (Urt. v. 10. April 2003 - Az.: 5 U 97/02)²⁶ entschied, dass die **Werbung für Handy-Klingeltöne, die mehr als 3,- Euro pro Download kosten, in Jugendzeitschriften wettbewerbswidrig ist.**

▪ SIM-Locks

Das Anbieten von Handys mit SIM-Locks ist grds. wettbewerbsgemäß (OLG Köln Urt. v. 18.01.2002 - Az.: 6 U 131/0).²⁷ Das Entfernen des SIM-Locks vor Ablauf der Vertragszeit ist rechtswidrig (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 15.08.2002 - Az.: 6 U 68/01)²⁸ und zudem strafbar.²⁹

²⁵ Vorinstanz: LG Hamburg (Urt. v. 14. Mai 2002 - Az: 312 O 845/01), <http://www.jurawelt.com/gerichts-urteile/zivilrecht/lg/7160> . Eine ausführliche Anmerkung von RA Dr. Bahr zu diesem Urteil finden Sie unter <http://www.jurawelt.com/aufsaeetze/wirtschr/7162>

²⁶ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030164.htm> . Eine ausführliche Anmerkung von RA Dr. Bahr zu diesem Urteil finden Sie unter http://www.heyms-drbahr.de/download/olg-hamburg_klingeltoene.pdf

²⁷ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020133.htm>

²⁸ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020261.htm>

²⁹ Siehe dazu den Aufsatz von Busch/Giessler, *SIM-Lock, Prepaid und Strafbarkeit*, <http://www.jurawelt.com/download/aufsaeetze/simlock.pdf>

Teil 3: Urheberrechtliche Problem-Bereiche

▪ Was fällt überhaupt unter das Urheberrecht ?

- Alle Werke, die eine „persönliche geistige Schöpfung“ darstellen (§ 1 Abs.2 UrhG)
- geschützt sind insb. Werke der Literatur, der Wissenschaft und Kunst
- das UrhG enthält keine abschließende Aufzählung, sondern o.g. Werke sind nur beispielhaft erwähnt
- sog. „Kleine Münze“ = geringe Anforderungen an Originalität, wo andernfalls schutzbedürftige Werke schutzlos blieben (z.B. Kataloge, Preislisten, Adressbücher, Formulare oder AGB)

▪ Wirtschaftliche Bedeutung von Logos / Klingeltönen

Das Marktpotenzial für Logos und Klingeltöne ist groß. Auf dem europäischen Markt wird das Gesamtvolumen auf ca. 2 Mrd. US-Dollar im Jahr geschätzt. Nicht repräsentative Untersuchungen zeigen, dass Jugendliche in Deutschland ihre Handy-Klingeltöne 2-3x in der Woche tauschen. Im Jahre 2003 wurden mehr Handy-Klingeltöne als Musik-Singles verkauft.

▪ Urheberrechtliche Problematik bei Logos / Klingeltönen

Die neuesten Hits werden inzwischen auch als Klingeltöne verwendet. Es war lange streitig, ob es sich um eine neue Nutzungsart handelt oder nicht.

Einziges Urteil ist das des LG Hamburg (Urt. v. 14.05.2002 - Az.: 312 O 845/01).³⁰ Inzwischen ist das Urteil durch den Beschluss des OLG Hamburg (Beschl. v. 4. Februar 2002, Az. 5 U 106/01)³¹ inhaltlich zwar weitgehend bestätigt, aber formal gesehen aufgehoben worden.

Streitpunkt war bis dato immer § 31 Abs.4 UrhG. Nach dieser Norm kann der Urheber immer dann eine Nachvergütung verlangen, wenn das ursprüngliche zur Nutzung übertragene Werk plötzlich in Form einer neuen, bislang unbekanntenen Form genutzt wird. Der Streit, ob Klingeltöne als neue Nutzungsart einzustufen sind, hat inzwischen seine Bedeutung verloren, da inzwischen alle Verwertungsgesellschaften sich die entsprechenden Nutzungsrechte haben übertragen lassen. Es bleibt jedoch das Problem, ob Klingeltöne eine einwilligungsbedürftige Bearbeitung des Werkes sind.

▪ Fotos-Handys

Sämtliche Handys der neuesten Generation haben integrierte Foto-Funktionen. Folgende Probleme treten dabei auf:

³⁰ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030026.htm> Eine Anmerkung von RA Dr. Bahr (zusammen mit RA Rehmann) hierzu findet sich in der Fachzeitschrift "Computer und Recht" 2002, 229ff.

³¹ Online abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030026.htm> . Eine Anmerkung von RA Dr. Bahr hierzu finden Sie unter <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/olg/4372>

a) Persönlichkeitsrecht

Kollidiert zum einem mit dem Recht am eigenen Bild (§ 22 KUG) und dem Grundsatz der informationellen Selbstbestimmung, d.h. grundsätzlich kann jeder selbst bestimmen, ob und wann er fotografiert wird.

b) Urheberrecht

Auch das Abfotografieren von urheberrechtlich geschützten Werken ist durch das UrhG untersagt

c) Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

In besonders sensiblen Bereichen ist inzwischen das Tragen von Foto-Handys betrieblich untersagt.

▪ **Ausblick**

Mit der Einführung und der Etablierung neuer Technologien (UMTS, MMS) werden die urheberrechtlichen Streitigkeiten noch zunehmen.

Teil 4: Kartellrechtliche Problem-Bereiche

▪ Die Problematik bei den Klingeltönen ?

Fünf große Musik-Konzerne teilen sich 75% des Musik-Marktes. Es handelt sich um eine klassische oligopolistische Struktur.

§ 19 Abs.1 GWB verbietet Unternehmern die missbräuchliche Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung. Marktbeherrschend gilt eine Gesamtheit von Unternehmen dann, wenn sie aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Drittel innehaben (§ 23 Abs.2 S.2 Nr.2 GWB).

Somit sind o.g. Musik-Konzerne als marktbeherrschend i.S.d. GWB anzusehen.

Diese Frage wurde auch im Zuge der Klingeltöne-Lizenzierung diskutiert:

Normalerweise Wahrnehmung der Musikurheberrechte durch die Verwertungsgesellschaft GEMA.³² GEMA unterliegt gesetzlichen Regelungen und staatlicher Kontrolle (§ 13 WahrnG).

Die fünf Musik-Konzerne traten bei den Verhandlungen mit den Klingeltöne-Anbietern quasi an die Stelle der GEMA. Bei ihnen handelt es sich um rein privatwirtschaftliche Unternehmen, die nicht den Pflichten des WahrnG unterliegen. Sie können die Höhe der Entgelte frei bestimmen. Eine Aufsicht oder gar Kontrolle wie bei den Verwertungsgesellschaften existiert nicht. Daher bedarf es umso mehr der kartellrechtlichen Beobachtung der Ereignisse.

▪ Quersubventionierung durch SMS ?

Nach einem Bericht des VATM³³ stieg im Jahr 2003 die Zahl der Mobilfunk-Kunden in Dt. um 6 Mio. auf 65 Mio. Es wurden letztes Jahr insgesamt 26 Mrd. SMS verschickt (etwa 95 Mio. davon im MMS-Format).

Vereinzelte wird diskutiert, ob der Preis für SMS wirklich den real anfallenden Kosten entspricht oder ob hier stark überhöhte Preise genommen werden, um andere, defizitäre Mobilfunk-Bereiche auszugleichen (z.B. den UMTS-Bereich).

Eine solche Quersubventionierung ist grundsätzlich rechtlich unbedenklich, da Teil einer betriebswirtschaftlichen Mischkalkulation. Nur dort problematisch, wo Monopol- oder Oligopol-Stellung herrscht.

³² GEMA ist die Abkürzung für „Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte“.

³³ Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., VATM-Marktanalyse 2003, <http://www.vatm.de/content/presse/2004/anlagen/sms.pdf>

Teil 5: Datenschutzrechtliche Problem-Bereiche

▪ Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Seit dem *Volkszählungsurteil* des BVerfG³⁴ st. Rspr.: Jeder hat das Recht, über die Speicherung, Verarbeitung und Weitergabe seiner personenbezogenen Daten selbst zu bestimmen.

▪ Keine Speicherpflicht bei Prepaid-Karten

Die Netz-Betreiber sind nicht verpflichtet, bei Prepaid-Karten personenbezogene Daten zu speichern, was aber bis zur Entscheidung des BVerfG (Urt. v 22.10.2003 - Az: 6 C 23/02)³⁵ durch die RegTP verlangt wurde.

▪ „Stille SMS“

Strafverfolgungsbehörden benutzen zunehmend sog. „stille SMS“, d.h. es werden - unbemerkt vom Empfänger - stille Kurzmitteilungen an Handys der Verdächtigen geschickt, um so deren aktuellen Aufenthaltsort und etwaige Bewegungsprofile zu ermitteln.

Dieses Vorgehen ist rechtlich gesehen außerordentlich problematisch, denn es entspricht nicht den einschlägigen Vorschriften der §§ 100a ff. StPO. Grundsätzlich darf die Polizei nur dann eingreifen, wenn ein Verdacht auf eine in § 100a StPO genannte Katalog-Straftat besteht und wenn kein milderer Mittel greift. § 100g bzw. § 100h StPO, die nach den Terroranschlägen vom 11. September eingeführt wurden, erlauben das Übermitteln von Daten nur dann, wenn der Verdächtige ein Gespräch führt. Bei der Übermittlung der sog. "stillen Kurzmitteilungen" nun bekommt der Empfänger nicht mit, dass er eine Nachricht erhalten hat, jedoch hinterlässt die Übermittlung beim Mobilfunk-Provider bestimmte Verbindungsdaten, auf die die Strafverfolgungsbehörden dann zurückgreifen können. Die Behörden erzeugen damit die nach § 100g, h StPO erforderliche Gesprächsführung durch sich selbst und kommen somit durch eine "Hintertür" an die gewünschten Daten.

Die OStA hat hier daher selber „rechtliche Bedenken“ geäußert.³⁶ Die BReg hält „stille SMS“ grundsätzlich für „unverzichtbar“ (BT-Drucks. 15/1448, S.2).

Der Berliner Innensenator erhielt für seine Rechtfertigung der „stillen SMS“ den Big Brother Award 2003.³⁷

▪ “Location Based”-Services / Ortungsdienste

Netzanbieter (z.B. Vodafone)³⁸ oder sonstige Dritte bieten sog. Ortungsdienste an. Nur mit vorheriger Einwilligung. Problematisch überall dort, wo evtl. ohne Genehmigung des Betroffenen (z.B. Eltern-Kind-Verhältnis)

³⁴ Online abrufbar unter <http://www.datenschutz-berlin.de/gesetze/sonstige/volksz.htm>

³⁵ Online abrufbar unter <http://www.bverwg.de>

³⁶ Siehe dazu die Infos der Kanzlei Heyms & Dr. Bahr v. 07.04.2003, http://www.heyms-drbahr.de/findex.-php?p=news/news_det_20030407114513.html

³⁷ Nähere Infos unter <http://www.big-brother-award.de/2003/.local/>

³⁸ Nähere Infos unter <http://www.vodafone.de/friendzone/36637.html>



Kanzlei Heyms & Dr. Bahr

Rechtsanwalt Dr. Martin Bahr

Zur Person:

Jahrgang 1971, Geburtsort: Stade. Nach der dreijährigen praktischen Diplom-Ausbildung bei der Deutschen Telekom AG in den Jahren 1991 bis 1994 in Hamburg folgte der Zivildienst im umweltpädagogischen Bereich beim Bund für Umwelt und Naturschutz (Hamburg).



In den Jahren 1996 bis 1999 studierte der Anwalt an der Universität Göttingen und schloss dort mit dem 1. Staatsexamen ab. Er absolvierte zusätzlich den Rechtsstudiengang "Einführung in das japanische Zivilrecht" an der FernUniversität Hagen.

Von Anfang 2000 bis zum Sommer 2002 promovierte er am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Abbo Junker* mit dem Titel "Missbrauch der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung im Bereich des Internet".

Seine Referendarausbildung erhielt er am LG Paderborn von 2000 bis Ende Oktober 2002. Schon früh spezialisierte sich der Anwalt auf den Bereich des Rechts der Neuen Medien und des Gewerblichen Rechtsschutz. So konnte er eine Vielzahl von praktischen juristischen Erfahrungen sammeln. Er arbeitete schon vor Beginn seines Studiums in den Jahren 1995/1996 in der renommierten Hamburger Anwaltskanzlei *Wiegel & Ihde*.

Nach dem Wechsel nach Göttingen ging er zwischen 1996 und 1999 einer juristischen Mitarbeit bei der Kanzlei *Zacharias & Rinnewitz & Partner* nach. Seit dem Jahr 2001 bis zur Kanzleigründung Anfang 2003 war er juristischer Mitarbeiter der Kanzlei *Kröger & Rehmann*, dort schwerpunktmäßig in den Gebieten Online-Recht, Wettbewerbs- und Urheberrecht. In seiner Wahlstation war er beim Internet-Carrier *mediaways / Telefónica* tätig. Seit Anfang 2003 ist er zugelassener Rechtsanwalt in Hamburg mit den Interessenschwerpunkten Recht der Neuen Medien, Gewerblicher Rechtsschutz und Gewinn- und Glücksspielrecht. Daneben ist er für mehrere Hamburger Bildungsträger als Dozent tätig. Herr Dr. Bahr spricht Englisch, Spanisch und Japanisch.

Fähigkeiten / Aktivitäten:

Neben der reinen juristischen Befähigung besitzt der Anwalt vor allem auf dem Gebiet der Soft- und Hardware sehr gute Kenntnisse. So ist er seit 1997 als freiberuflicher Rechts- und EDV-Dozent für das Internet, Office-Anwendungen und Programmiersprachen tätig (u.a. Stiftung Berufliche Bildung, Universität Göttingen, zahlreiche VHS). Im gleichen Zeitraum war er als freiberuflicher Programmierer und Web-Designer tätig. Zudem kennt er sich mit den gängigen Betriebssystemen und Internet-"Programmiersprachen" (Java Script, PERL, PHP usw.) sehr gut aus.

Seit Januar 2002 ist er Redakteur bei dem juristischen Online-Portal *Jurawelt.com* für die Bereiche Gewerblicher Rechtsschutz, Neue Medien und Anwaltsrecht. Daneben ist er Autor zahlreicher fachbezogener Offline- und Online-Aufsätze und Webmaster weiterer juristischer Online-Portale (z.B. *DialerundRecht.de*, *AffiliateundRecht.de*) und Mitglied diverser Vereinigungen (u.a. Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik, Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht). Seit Dezember 2003 ist er zudem Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Mobilfunk Content Anbieter.

Kontakt: Kanzlei Heyms & Dr. Bahr, Sierichstr. 35, 22301 Hamburg

Fon: 040 - 35 01 77 60 , Fax: 040 - 35 01 77 61

E-Mail: Bahr@Heyms-DrBahr.de, <http://www.Heyms-DrBahr.de>