

## Klausur BGB AT im Sommersemester 2015

### Sachverhalt

Der S feiert seinen 14. Geburtstag. Dazu hat er seine Freunde W, X und Y zu sich nach Hause zu einem Filmabend eingeladen. Seine Eltern M und V sind verreist. Als der letzte Film gegen 00:00 zu Ende ist, schauen sich die fussballbegeisterten Freunde noch die Fussball-WM-Classics auf einem privaten, deutschen Sportsender an, obwohl die Eltern des S ausdrücklich das Fernsehen zu so später Stunde verboten haben. In der Werbepause wird plötzlich ein Werbespot der Z-AG ausgestrahlt, in dem eine Frau namens „Dolly“ den Zuschauer dazu auffordert, „sie unter der Nummer 0900/666 666 anzurufen“. Der überpubertäre X wettet mit S, dass dieser sich nicht traut, dort anzurufen. S möchte nicht als Schwächling dastehen. Da er aber angesichts des im Werbespot eingeblendeten Hinweises über den Preis von 5,79 € pro angebrochener Minute nicht sein Handy dafür benutzen möchte, nimmt er das Festnetztelefon seiner Eltern zur Hand. Er wählt die Nummer und eine Frau meldet sich, die sich mit „Dolly“ vorstellt. Als diese jedoch angesichts der noch recht hellen Stimme des S bemerkt, dass es sich ganz offensichtlich noch um einen Minderjährigen handelt, weist sie darauf hin, dass der Dienst nur für Erwachsene sei und legt auf. S geht als gefeierter Sieger der Wette schlafen.

Als M und V am Ende des Monats eine Rechnung der Z-AG ins Haus bekommen, staunen sie nicht schlecht. Diese beläuft sich auf einen Betrag von 5,79 € für die Verbindung zu der Nummer 0900/666 666. Nach einer kurzen Recherche im Internet stellt sich heraus, dass es sich um eine Mehrwertnummer für Erotik-Dienste handelt, deren Betreiber die Z-AG ist. Da M und V in der fraglichen Nacht jedoch nicht zu Hause waren, kommt nur noch der S als Verantwortlicher in Betracht. S gibt, von seinen Eltern zur Rede gestellt, alles zu.

Der V legt als Inhaber des Telefonanschlusses Widerspruch gegen die Rechnung ein. Er trägt vor, urlaubsbedingt hätte kein volljähriger Angehöriger des Haushaltes den Anruf getätigt. Zudem hätten er und seine Frau, was zutrifft, dem minderjährigen Sohn S die Benutzung des Festnetztelefons während ihrer Abwesenheit nur in Notsituationen gestattet. Unabhängig davon könne aus dem Telefonat mit der ja wohl sehr anrühigen „Telefonsexhotline“ ohnehin kein Anspruch der Z-AG hergeleitet werden. Jedenfalls wolle er mit all dem nichts mehr zu tun haben und erkläre die Anfechtung und die Lösung vom Vertrag aus allen in Betracht kommenden Gründen.

Die Z-AG entgegnet, V müsse sich als Inhaber des Telefonanschlusses das Verhalten des S zurechnen lassen, da das Telefon frei zugänglich war. Weder wären bestimmte Nummern, noch der Zugang zum Telefon selbst gesperrt gewesen, was beides möglich ist. Das bloße Verbot des

Telefonierens sei zu ineffektiv, um sich von einer Haftung befreien zu können. Von dem anrühigen Inhalt des Telefonats distanziert sich die Z-AG. Sie ist der Ansicht, es handle sich um eine in der Gesellschaft mittlerweile weit verbreitete und akzeptierte Dienstleistung. Daher beharre sie auf der Begleichung des vollständigen Rechnungsbetrags.

**Zu Recht? Gehen Sie, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, auf alle in Betracht kommenden Rechtsfragen ein.**

**Hinweis:** Es sind nur Vorschriften des BGB anzuwenden. Andere Vorschriften insb. des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sind außer Betracht zu lassen.

**Ich wünsche Ihnen viel Erfolg!**

**Ihr Thomas Hoeren**

## Lösungshinweise

*Die folgenden Ausführungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern stellen lediglich einen unverbindlichen Lösungsvorschlag dar. Durch sie soll deutlich werden, warum sich der Sachverhalt als interessante Abschlussklausur einer Anfängervorlesung zum Allgemeinen Teil des BGB eignet.*

*Der Klausursteller sieht als Mindestleistung zum Bestehen folgende Punkte an:*

- *Es soll keine ganz offensichtlich nicht einschlägige Anspruchsgrundlage geprüft werden (z.B. § 433 Abs. 2).*
- *Die invitatio ad offerendum soll als solche erkannt werden.*
- *Die Anscheinsvollmacht soll erkannt und der Streit um ihre Einordnung problematisiert werden.*
- *Die Anfechtung der Anscheinsvollmacht soll zumindest angesprochen werden.*

*Das Votum der Korrektoren ist jedoch letztentscheidend und nicht abhängig von diesen Hinweisen.*

A. Anspruch der Z-AG gegen V i. H. v. 5,79 € aus § 611 Abs. 1 BGB

I. Anspruch entstanden

1. Dienstvertrag, § 611 Abs. 1

a) Einigung

aa) Angebot der Z-AG durch Ausstrahlen des Werbespots

bb) Angebot des V selbst

cc) Angebot des V vertreten durch S, § 164 Abs. 1

(1) Eigene Willenserklärung

(2) Im fremden Namen

(3) Vertretungsmacht

(a) Vollmacht

(b) Gesetzlich

(c) Anscheinsvollmacht

(d) Zwischenergebnis

(4) Angebot des V

dd) Annahme der Z-AG

ee) Zwischenergebnis

b) Wirksamkeit der Einigung

- aa) Wucher, § 138 Abs. 2
- bb) Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1
- cc) Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB
  - (1) Anfechtungsgrund
    - (a) § 119 Abs. 1
    - (b) § 119 Abs. 2
    - (c) § 123 Abs. 1
    - (d) Anfechtung der Anscheinsvollmacht §§ 119 f. analog
    - (e) Zwischenergebnis
  - (2) Zwischenergebnis
- dd) Zwischenergebnis
- c) Zwischenergebnis
- 2. Zwischenergebnis
- II. Anspruch untergegangen
  - 1. Widerruf, §§ 355 Abs. 1, 312g Abs. 1, 312c Abs. 1
    - a) Anwendbarkeit der Vorschriften
    - b) Zwischenergebnis
  - 2. Zwischenergebnis
- III. Ergebnis

**A. Anspruch der Z-AG gegen V i. H. v. 5,79 € aus § 611 Abs. 1 BGB**

Die Z-AG könnte einen Anspruch gegen den V auf Zahlung von 5,79 € aus § 611 Abs. 1 haben.

**I. Anspruch entstanden**

Der Anspruch müsste entstanden sein.

**1. Dienstvertrag, § 611 Abs. 1**

Dafür müsste zunächst ein wirksamer Vertrag geschlossen worden sein.

**a) Einigung**

Dies setzt zunächst eine Einigung zwischen V und der Z-AG voraus. Diese setzt sich aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen zusammen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff.

**aa) Angebot der Z-AG durch Ausstrahlen des Werbespots**

Die Z-AG könnte durch das Ausstrahlen des Werbespots ein Angebot abgegeben haben. Das Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die dem anderen Teil der Vertragsschluss in der Weise angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrags nur noch von dessen bloßem

Einverständnis abhängt. Dies setzt insbesondere Rechtsbindungswillen voraus. Dieser fehlt allerdings. Denn die Z-AG möchte nur in dem Maße Gespräche anbieten, als sie auch über die erforderliche Kapazität verfügt. Daher handelt es sich lediglich um eine invitatio ad offerendum.

### **bb) Angebot des V selbst**

Da der V nicht gehandelt hat, hat er auch selbst kein Angebot abgegeben.

### **cc) Angebot des V vertreten durch S, § 164 Abs. 1**

Der S könnte V jedoch wirksam vertreten haben, sodass die Wirkungen seiner Erklärungen für und gegen den V wirken, § 164 Abs. 1. Dies setzt die Abgabe einer eigenen Willenserklärung im Namen des V und mit Vertretungsmacht voraus.

#### **(1) Eigene Willenserklärung**

Eine eigene Willenserklärung gibt ab, wer vor dem objektiven Empfängerhorizont vollständig über die Abgabe bestimmen kann. Ausdrücklich hat S jedoch kein Angebot abgegeben. Allerdings hat S durch die Wahl der Nummer zu verstehen gegeben, dass er eine Verbindung zu „Dolly“ wünscht. Darin ist ein konkludentes Angebot zu sehen.<sup>1</sup> Dieses kann er als minderjähriger Vertreter auch wirksam abgeben, § 165.

#### **(2) Im fremden Namen**

S müsste auch im Namen des V gehandelt haben. Das ist der Fall, wenn er aus Sicht des Empfängers ausdrücklich für ihn handelt oder sich dies aus den Umständen ergibt, vgl. § 164 Abs. 1 S. 2. Ausdrücklich hat S nicht für V gehandelt. Allerdings könnten die Umstände für ein Handeln im fremden Namen sprechen.

Hier sind verschiedene Argumentationen denkbar:

*[Selbstverständlich wird nicht vorausgesetzt, dass die Prüflinge die Instanzrechtsprechung kennen. Die vorgebrachten Argumente können jedoch auch im Wege der Auslegung hergeleitet werden. Belohnt werden soll eine saubere und geordnete Prüfung von § 164 Abs. 1 S. 1, 2. Auch die Argumentation mit dem Telos (Schutzfunktion des Offenkundigkeitsprinzips) soll belohnt werden. Wird das Problem jedoch vollständig übersehen, sind Punkte abzuziehen.]*

- 1) Hinsichtlich der Annahme von R-Gesprächen durch Minderjährige wird vertreten, durch die Bandansage werde nur der Abhebende angesprochen („Sie“). Auch durch Auslegung lasse sich somit keine Annahme im Namen des Anschlussinhabers annehmen.<sup>2</sup> Es handle sich da-

---

<sup>1</sup> Vgl. LG München II, Urt. v. 05.04.2007 – 10 O 5580/06, Rn. 23.

<sup>2</sup> AG Crailsheim, NJW-RR 2005, 851, 852.

her um ein Eigengeschäft. Auch könne aus der Unbekanntheit des Abhebenden und den daraus folgenden Schwierigkeiten hinsichtlich der Durchsetzung von Forderungen keine Ausnahme von gefestigten Rechtsgrundsätzen gemacht werden.<sup>3</sup> Dies ist jedoch umstritten.<sup>4</sup>

- 2) Da es sich hier aber nicht um die Annahme von R-Gesprächen handelt, liegt es näher, einen anderen Standpunkt einzunehmen. Denn die Rechtsfolgen von Telefonaten von dem bestimmten Anschluss sollen wohl offenkundig den Anschlussinhaber treffen. Hierfür ließe sich auch anführen, dass nur diesem schließlich der Anschluss zur Verfügung gestellt wurde.
- 3) Lehnt man dies ab (was schwer zu begründen sein dürfte), kann auch nicht die Figur des „Geschäfts für den, den es angeht“ angewendet werden.<sup>5</sup> Denn diese setzt voraus, dass es dem Geschäftspartner egal ist, mit wem er kontrahiert.<sup>6</sup> Zwar ist das Telefonieren ein Massengeschäft des Alltags. Da hier die tatsächlich handelnde Person nicht bekannt ist, bedarf die Z-AG allerdings des ihr durch den Offenkundigkeitsgrundsatz gewährten Schutzes.
- 4) Es ließe sich jedoch auch argumentieren, dass nicht für den Anschlussinhaber gehandelt wird, sondern nur unter seiner Anschlussnummer. Dann wäre ein Angebot des V vertreten durch S analog § 164 Abs. 1 zu prüfen. In diesem Rahmen müsste dann unter den Analogievoraussetzungen eine Gleichstellung des Handels unter fremder Nummer mit dem Handeln unter fremdem Namen (vgl. eBay-Fälle<sup>7</sup>) diskutiert werden. Da es auch hier der Z-AG auf das Zustandekommen eines Vertrages mit der Person ankommt, der diese Nummer zugewiesen ist (sog. Identitätsirrtum<sup>8</sup>), wäre das wohl zu bejahen. Die weitere Prüfung wäre dann mit der hier vorgeschlagenen Lösung identisch.
- 5) Die Lösung folgt Ansicht 2). Ein Handeln im Namen des V liegt demnach vor.

### **(3) Vertretungsmacht**

S müsste auch mit und im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben.

#### **(a) Vollmacht**

Eine Vollmacht liegt nicht vor. Dies folgt schon aus dem Verbot, das Telefon zu diesem Zwecke zu benutzen.

#### **(b) Gesetzlich**

Eine gesetzliche Vertretungsmacht existiert nicht.

---

<sup>3</sup> AG Hamburg-Altona, MMR 2005, 485, 486.

<sup>4</sup> Vgl. Mankowski, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.03.2006 – III ZR 152/05, MMR 2006, 453, 458.

<sup>5</sup> A. A. zu R-Gesprächen Mankowski, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16.03.2006 – III ZR 152/05, MMR 2006, 453, 458.

<sup>6</sup> Valentini, in: BeckOK BGB, § 164 Rn. 27.

<sup>7</sup> Soweit ersichtlich zuletzt OLG Celle, MMR 2014, 663, 664.

<sup>8</sup> Vgl. Valentini, in: BeckOK BGB, § 164 Rn. 33.

*[Punkt (a) und (b) sind nur der Vollständigkeit halber eingefügt. Sie müssen nicht im Einzelnen aufgeführt werden. Jedoch sollte deutlich werden, dass es sich bei der Anscheinsvollmacht eine außergesetzliche und subsidiäre Vollmachtskonstruktion handelt.]*

**(c) Anscheinsvollmacht**

Möglicherweise war S jedoch nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht vertretungsbefugt.

**(aa) Herleitung**

Deren dogmatische Herleitung ist zwar umstritten, die Rechtsprechung sieht die Grundlage im Richterrecht, die Literatur in den Grundsätzen über die Rechtsscheinhaftung.<sup>9</sup> Inhaltlich ergibt sich für die Prüfung jedoch kein Unterschied.

Eine Mindermeinung (insb. Flume<sup>10</sup>) vertritt jedoch, eine Anscheinsvollmacht existiere nicht. Die Rechtsnatur dieses Konstrukts wäre die einer Fahrlässigkeitshaftung. Durch die Fahrlässigkeit des Hintermannes werde der Anschein einer Bevollmächtigung erweckt. Daraus ergebe sich nur eine Vertrauenshaftung aus §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB. Alleine aufgrund der eigenen Unachtsamkeit kann eine Person nicht rechtsgeschäftlich verpflichtet werden.

Die herrschende Meinung, der aus klausurtaktischer Sicht gefolgt werden sollte, argumentiert hingegen mit dem Rechtsgedanken der §§ 170, 171 II, 172 II. Diese Vorschriften knüpfen auch nur den durch Fahrlässigkeit erweckten Rechtsschein des Fortbestehens einer Vollmacht an mit der Folge, dass eine Bevollmächtigung besteht. Danach führt auch ein fahrlässig verursachter Rechtsschein zu einer vertraglichen Bindung.

Mit der h. M. wird vorausgesetzt, dass S einen Rechtsschein geweckt hat, bevollmächtigt zu sein, dieser dem V zurechenbar ist, die Z-AG auf den Rechtsschein vertraut hat und schutzwürdig ist. Dies ist äquivalent zu der Formel der Rechtsprechung, dass eine Anscheinsvollmacht gegeben ist, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters.<sup>11</sup>

**(bb) Rechtsschein**

Es ist jedoch fraglich wie der Rechtsschein ausgestaltet sein muss, dass der andere Teil annehmen durfte, das tatsächliche Verhalten der auftretenden Person könne dem Vertretenen zugerechnet werden.

---

<sup>9</sup> Schramm, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 50.

<sup>10</sup> Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl., 2001, § 49, 4.

<sup>11</sup> BGH, MMR 2011, 447, 449.

*[Bei diesem Punkt muss die Brücke von den bekannten eBay-Fällen zum Telefonieren von einem fremden Telefon geschlagen werden. Das Argument des BGH, auf dem Erfordernis einer gewissen Häufigkeit und Dauer zu beharren (s.u.), kann den Prüflingen bekannt sein. Dann wäre es möglich, von diesem Erfordernis für die hier vorliegende Situation abzuweichen. Wird der Rechtsschein an dieser Stelle jedoch abgelehnt, was gut möglich ist, muss nach dem Bearbeiterhinweis hilfsgründerlich weiter geprüft werden. Es sollen daher alle zielführenden und mit Argumenten versehenen Ausführungen belohnt werden.]*

- 1) So sieht der BGH in seiner eBay-Rechtsprechung das einmalige Auftreten nicht als ausreichend an. Es muss sich in der Regel um ein Verhalten des „Vertreters“ von gewisser Dauer und Häufigkeit handeln, da der andere Teil nur daraus auf eine Bevollmächtigung schließen könne.<sup>12</sup> Dazu führt er aus: „Auf das Erfordernis einer gewissen Häufigkeit oder Dauer der unbefugten Verwendung ihres Mitgliedskontos kann nicht schon deswegen verzichtet werden, weil dieses im Internetverkehr auf Grund der bei eBay erfolgten Registrierung allein der Bekl. zugeordnet wird. Denn auch wenn den Zugangsdaten für die Internetplattform eBay eine Identifikationsfunktion zukommt [...] kann hieraus angesichts des im Jahr 2008 gegebenen und auch derzeit vorhandenen Sicherheitsstandards im Internet auch bei einem eBay-Account [...] nicht zuverlässig geschlossen werden, dass unter einem registrierten Mitgliedsnamen ausschließlich dessen tatsächlicher Inhaber auftritt.“<sup>13</sup> Auch alleine aus unzureichenden Sicherheitsvorkehrungen gegen einen Zugriff auf den Account lasse sich keine Haftung herleiten.<sup>14</sup>
- 2) Dieses Ergebnis lässt sich auch noch damit begründen, dass für den Vertragspartner nicht erkennbar ist, dass eine andere Person als der Kontoinhaber handelt. Dann passen die Kriterien der Anscheinsvollmacht gar nicht. Daher fehlt die Vorstellung des Geschäftspartners darüber, ob der Handelnde zum ersten Mal oder wiederholt für den Kontoinhaber auftritt.<sup>15</sup> Das hat auch der BGH zu der einmaligen Annahme von R-Gesprächen durch das minderjährige Kind vertreten.<sup>16</sup> Dies tut er mit Verweis auf die Ansicht von *Hanau* hinsichtlich der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Minderjährigen.<sup>17</sup> Im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ist diese Ansicht gut vertretbar.

---

<sup>12</sup> BGH, MMR 2011, 447, 449; so auch Schramm, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 58.

<sup>13</sup> BGH, MMR 2011, 447, 449.

<sup>14</sup> BGH, MMR 2011, 447, 449.

<sup>15</sup> Sonnentag, WM 2012, 1614, 1615; anders Faust, JuS 2011, 1027, 1028.

<sup>16</sup> BGH, MMR 2006, 453, 455; siehe auch AG Bocholt, BeckRS 2015, 05631; AG Mitte, MMR 2010, 817; AG Limburg, MMR 2005, 488; Kitz in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, 41. Ergänzungslieferung, Teil 13.1, Rn. 135.

<sup>17</sup> Hanau, Handeln unter fremder Nummer, S. 180.



- 3) Eine andere Ansicht zur Annahme von R-Gesprächen findet sich in einem Urteil des LG Hagen. So vermag die grundsätzliche Gestattung der Benutzung des Telefongerätes einen Rechtsschein für eine Bevollmächtigung der Tochter nur hinsichtlich solcher Vorgänge zu begründen, die üblicherweise im Rahmen der Telekommunikation anfallen.<sup>18</sup> In einem obiter dictum führt es dann aber an, dass im Unterschied zur Annahme von R-Gesprächen die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Minderjährige dem Anschlussinhaber zuzurechnen sei, da der Minderjährige dort selbst initiativ tätig werde.<sup>19</sup>
- 4) Auch das LG Berlin vertritt die Annahme eines Rechtsscheins. Indem die Eltern dem Kind die grundsätzliche Möglichkeit verschafft haben, den Telefonanschluss in der erfolgten Weise zu nutzen, hätten sie ihm eine Stellung eingeräumt, die typischerweise mit einer Vollmacht verbunden ist.<sup>20</sup> Zur Unterstützung dieser Ansicht lässt sich auch die Aussage des BGH zum Sicherheitsstandard von eBay-Konten heranziehen.<sup>21</sup> Während diese noch als unsicher angesehen werden, hat der Anschlussinhaber normalerweise die Möglichkeit, die Benutzung des Telefonanschlusses zu kontrollieren.<sup>22</sup> Eine ausgehende Verbindung von diesem Telefon deutet somit auf eine Bevollmächtigung hin.
- 5) Die einzelnen Verästelungen dieser Rechtsprechung werden natürlich nicht vorausgesetzt. Es soll jedoch bewertet werden, wie differenziert und fundiert in diesem Bereich argumentiert wird. Die Lösung folgt der Ansicht 4).

### **(cc) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins**

Der Rechtsschein müsste auch zurechenbar sein. Das ist der Fall, wenn V bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, dass der S über sein Telefon Verbindungen, insbesondere zu Mehrwertdiensten aufbauen lässt. Zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt muss der Anschlussinhaber alles tun, was ein gewissenhafter, durchschnittlicher Inhaber in seiner Situation tun würde und was mit einem vertretbaren Aufwand verbunden ist, um eine missbräuchliche Nutzung seines Telefonanschlusses zu verhindern.<sup>23</sup>

*[Hier müssen die von den Parteien im Sachverhalt vorgebrachten Argumente aufgeführt und bewertet werden.]*

---

<sup>18</sup> LG Hagen, BeckRS 2006, 14968.

<sup>19</sup> Ebenso AG Völklingen, MMR 2005, 482, 483; AG Kassel, NJW-RR 2005, 1142; a. A. AG Schleswig, BeckRS 2009, 21082.

<sup>20</sup> So auch AG Schleswig, BeckRS 2009, 21082; vgl. auch LG Berlin, BeckRS 2002, 06928, Rn. 38; AG Fürth/Odw., MMR 2005, 489, 490 (beide hinsichtlich der Annahme von R-Gesprächen).

<sup>21</sup> Vgl. BGH, MMR 2011, 447, 449; ähnlich Sonnentag, WM 2012, 1614, 1616.

<sup>22</sup> LG Berlin, BeckRS 2002, 06928, Rn. 38.

<sup>23</sup> BGH, MMR 2006, 453, 456 zu R-Gesprächen und § 16 Abs. 3 S. 3 TKV.

1. Das Sperren des Telefons war möglich. Dies wird jedoch nicht zumutbar sein, denn für Notfälle soll der S noch im Stande sein, ausgehende Telefonate zu führen.<sup>24</sup>
2. Das bloße Verbot, das Telefon außerhalb von Notsituationen zu benutzen, dürfte noch zu unkonkret sein. Da es nicht unwahrscheinlich ist, dass Minderjährige kostenpflichtige Dienste mittels des Festnetztelefons in Anspruch nehmen, wird eine konkretere Belehrung gefordert werden können.
3. Ferner ist eine Sperrung bestimmter Mehrwertdienst-Vorwahlen über den Provider möglich.
4. Ein ähnlicher Gedanke zur Zurechenbarkeit findet sich beim OLG Schleswig hinsichtlich der Nutzung einer fremden PIN zum Abheben von Geld.<sup>25</sup> Danach finden die Grundsätze der Anscheinsvollmacht Anwendung, wenn ein Kunde selbst die Voraussetzung dafür schafft, dass der Dritte „unter fremder Nummer“<sup>26</sup> der Bank Anweisungen gibt, das Konto zu belasten.
5. Allerdings könnte hier auch davon ausgegangen werden, dass eine bloß fahrlässige Ermöglichung der Nutzung nicht für die Zurechenbarkeit ausreicht.<sup>27</sup> Dies kann mit den Wertungen aus §§ 172 Abs. 1, 935 Abs. 1 begründet werden.
6. Die Lösung geht hier von einer Zurechenbarkeit aus.

#### **(dd) Vertrauen und Schutzwürdigkeit**

Die Z-AG hat auch auf das Bestehen der Bevollmächtigung vertraut. In dieser Hinsicht war sie auch schutzwürdig.

#### **(ee) Zwischenergebnis**

Eine Anscheinsvollmacht ist somit gegeben.

#### **(d) Zwischenergebnis**

S handelte also mit Vertretungsmacht.

#### **(4) Angebot des V**

Ein Angebot des V, vertreten durch S, liegt daher vor.

#### **dd) Annahme der Z-AG**

Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Angebots-empfänger dem Erklärenden sein bedingungsloses Einverständnis mit dem Vertrag erklärt. Die Z-

---

<sup>24</sup> Vgl. BGH, MMR 2006, 453, 456.

<sup>25</sup> OLG Schleswig, BeckRS 2010, 21573.

<sup>26</sup> Mit Verweis auf Hanau, VersR 2005, 1215 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Sonntag, WM 2012, 1614, 1618.

AG hat konkludent durch Aufbau der Verbindung zu „Dolly“ das Angebot des V angenommen. Dieses muss zwar grundsätzlich auch zugegangen sein. Ein Zugang ist gem. § 151 S. 1 Alt. 1 allerdings entbehrlich, da der Zugang nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.

**ee) Zwischenergebnis**

Eine Einigung zwischen V und der Z-AG liegt demnach vor.

**b) Wirksamkeit der Einigung**

Die Einigung müsste auch wirksam sein.

**aa) Wucher, § 138 Abs. 2**

Für Wucher ergeben sich keine Anhaltspunkte.

**bb) Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1**

*[Da Professor Hoeren in der Vorlesung explizit auf den § 138 Abs. 1 hingewiesen hat und die Parteien im Sachverhalt explizit über den „anrüchigen Inhalt“ des Vertrages und die „Akzeptanz in der Bevölkerung“ diskutieren, sollten die Prüflinge hier auf die Frage der Sittenwidrigkeit von Telefonsexverträgen kommen. Da das Risiko besteht, sich in Geschwafel zu verlieren, soll jede fundierte rechtliche Argumentation belohnt werden.]*

Der Vertrag könnte jedoch wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 nichtig sein. Das setzt voraus, dass er gegen die guten Sitten verstößt. Das ist der Fall, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden verstößt. Dies könnte sich hier daraus ergeben, dass die Verbindung mit einer Telefonsexhotline aufgebaut wurde.

Die Sittenwidrigkeit von Telefonsexverträgen ist umstritten.

- 1) So kann eingewendet werden, derartige Vereinbarungen nutzen ein bestimmtes Sexualverhalten der potenziellen Kunden in verwerflicher Weise aus.<sup>28</sup>
- 2) Es ließe sich jedoch auch argumentieren, die Sexualmoral habe sich erheblich liberalisiert. Auch aus der Einführung des ProstG könne auf die fehlende Sittenwidrigkeit geschlossen werden.<sup>29</sup> Auch kann angenommen werden, mangels körperlichen Kontakts handele es sich um weniger anstößige Vorgänge.<sup>30</sup>
- 3) Die Lösung folgt Ansatz 2). Der Vertrag ist somit nicht gem. § 138 Abs. 1 wegen Sittenwidrigkeit nichtig.

**cc) Anfechtung, § 142 Abs. 1 BGB**

*[Kann auch unter II. Anspruch untergegangen geprüft werden.]*

---

<sup>28</sup> BGH, NJW 1998, 2895, 2896 m. w. N.

<sup>29</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 361.

<sup>30</sup> BGH, MMR 2008, 98; kritisch AG Lichtenberg, MMR 2012, 66.

Der Vertrag könnte aber gem. § 142 Abs. 1 ex-tunc nichtig sein. Dafür muss es sich um ein anfechtbares Rechtsgeschäft gehandelt haben und die Anfechtung muss wirksam ausgeübt worden sein.

### **(1) Anfechtungsgrund**

Das erfordert zunächst einen Anfechtungsgrund.

#### **(a) § 119 Abs. 1**

Ein Kommunikationsirrtum gem. § 119 Abs. 1 in der Person des S (§ 166 Abs. 1) ist nicht ersichtlich.

#### **(b) § 119 Abs. 2**

Ein Eigenschaftsirrtum ist ebenfalls nicht ersichtlich.

#### **(c) § 123 Abs. 1**

Auch eine Täuschung hat nicht stattgefunden.

#### **(d) Anfechtung der Anscheinsvollmacht §§ 119 f. analog**

*[Es wäre falsch, auf das Problem der bereits betätigten Innenvollmacht einzugehen. Denn wenn überhaupt wird die Anscheinsvollmacht als Außenvollmacht behandelt.]*

Möglicherweise hat der V aber die Anscheinsvollmacht des S angefochten mit der Folge, dass das dadurch geschlossene Geschäft ex-tunc nichtig ist. Ob die Anscheinsvollmacht aber überhaupt angefochten werden kann, ist umstritten.

- 1) Die h. M. geht davon aus, dass die Anscheinsvollmacht als Rechtsscheinsvollmacht nicht angefochten werden kann. Denn dabei handle es sich um ein tatsächliches Verhalten, welches einen Vertrauenstatbestand herbeiführt. Dieses sei also weder rechtsgeschäftlicher, noch rechtsgeschäftsähnlicher Natur.<sup>31</sup> Ein einmal gesetzter Rechtsschein könne nicht rückwirkend beseitigt werden, sondern allenfalls für die Zukunft.<sup>32</sup> Auch bestehe eine Anfechtungsmöglichkeit in den Fällen der §§ 170 ff. BGB ebenfalls nicht.
- 2) Eine Mindermeinung geht von der Anfechtbarkeit aus. So wird die Anscheinsvollmacht wie die Duldungsvollmacht als im Ergebnis nach außen kundgetane Vollmacht behandelt. Diese hätte dann aber rechtsgeschäftlichen Charakter und könne angefochten werden.<sup>33</sup> Auch dürfe ein fahrlässig gesetzter Rechtsschein nicht stärker binden können, als eine Willenserklärung. Wollte man der Anscheinsvollmacht überhaupt rechtsgeschäftliche Wirkung

---

<sup>31</sup> Schramm, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 19.

<sup>32</sup> Schramm, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 53.

<sup>33</sup> Vgl. Eisenhardt, JZ 1986, 875, 880 ff.

beimessen, dann wirke sie wie eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein. Eine Willenserklärung mit fehlendem Erklärungsbewusstsein sei jedoch anfechtbar.<sup>34</sup> Es drohen zudem Wertungswidersprüche, wenn derjenige, der auf den bloßen Rechtsschein einer Vollmacht vertraut, besser gestellt würde, als der Geschäftsgegner eines rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten.<sup>35</sup>

3) Die Lösung folgt der h. M. Eine Anfechtung ist daher nicht möglich.

**(e) Zwischenergebnis**

Ein Anfechtungsgrund liegt demnach nicht vor.

**(2) Zwischenergebnis**

Der Vertrag ist daher nicht gem. § 142 Abs. 1 nichtig.

**dd) Zwischenergebnis**

Der Vertrag ist somit wirksam.

**c) Zwischenergebnis**

Ein wirksamer Dienstvertrag wurde geschlossen.

**2. Zwischenergebnis**

Der Anspruch ist entstanden.

**II. Anspruch untergegangen**

Der Anspruch könnte jedoch untergegangen sein.

**1. Widerruf, §§ 355 Abs. 1, 312g Abs. 1, 312c Abs. 1**

Möglicherweise hat der A jedoch durch die Aussage, sich vom Vertrag lösen zu wollen, den Vertrag gem. §§ 355 Abs. 1, 312g Abs. 1, 312c Abs. 1 widerrufen.

**a) Anwendbarkeit der Vorschriften**

Diese Vorschriften müssten zunächst anwendbar sein. Den Anwendungsbereich regelt § 312. Gem. § 312 Abs. 2 Nr. 11 ist jedoch nur § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 auf Verträge zur Nutzung einer einzelnen von einem Verbraucher hergestellten Telefonverbindung anwendbar. Dies erfasst insbesondere sogenannte Call-by-Call-Verbindungen. Für diese Art von Verträgen findet nur der TKG-Verbraucherschutz Anwendung.<sup>36</sup> Maßgeblich für die Nr. 11 ist jedoch, dass auf Veranlassung des Verbrauchers eine Dienstleistung unmittelbar und in einem Mal erbracht sowie über die Telefon-

---

<sup>34</sup> Schack, BGB Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2011, S. 154.

<sup>35</sup> Schramm, in: MüKo BGB, § 167 Rn. 53.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 817/12, S. 76; BT-Drucks. 17/12637, S. 47.

rechnung abgerechnet wird.<sup>37</sup> Daher wird man auch die Verträge über die Nutzung von Mehrwertdiensten hierunter fassen können.

Wird dies abgelehnt, kann über eine analoge Anwendung des § 312 Abs. 2 Nr. 11 nachgedacht werden.<sup>38</sup>

*[Ein solches Eingehen auf dieses Problem wird trotz Hinweis von Professor Hoeren in der Vorlesung nur von guten Bearbeitern zu erwarten sein.]*

#### **b) Zwischenergebnis**

Der Vertrag wurde somit auch nicht widerrufen.

#### **2. Zwischenergebnis**

Der Vertrag ist daher nicht untergegangen.

#### **III. Ergebnis**

Die Z-AG hat somit einen Anspruch auf Zahlung von 5,79 € aus § 611 Abs. 1.

---

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drucks. 817/12, S. 76; BT-Drucks. 17/12637, S. 47.

<sup>38</sup> Zu den Gründen, warum für telekommunikationsgestützte Dienste ein Widerrufsrecht nicht sachgerecht sein könnte vgl. Stellungnahme des DVTM zum Gesetzesentwurf für die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (abrufbar unter [http://www.dvtm.net/uploads/media/2013-03-18\\_DVTM\\_Stellungnahme\\_zu\\_RegE\\_Umsetzung\\_VRRL\\_final.pdf](http://www.dvtm.net/uploads/media/2013-03-18_DVTM_Stellungnahme_zu_RegE_Umsetzung_VRRL_final.pdf)).