

den Eigentumsverschaffungsanspruch. Kann dieser trotzdem wirksam einem Verbot der Übertragung unterworfen werden, darf nichts anderes für das Anwartschaftsrecht gelten. Für die Isolation von Anwartschaftsrecht und Übereignungsanspruch besteht kein Bedürfnis, am Gleichlauf der Zuständigkeit beider Rechtspositionen dagegen ein erhebliches Interesse, das durchaus auch gegen ein Abtretungsverbot wirken kann: Hat der Verkäufer dem Käufer die Veräußerung einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache im gewöhnlichen Geschäftsgang gestattet, kann dies nur so verstanden werden, dass er ein zugleich vereinbartes Abtretungsverbot für den Übereignungsanspruch wieder aufhebt.

Der Vergleich zum Pfandrecht ist nicht neu, wird aber herkömmlich nicht zum Anwartschaftsrecht, sondern umgekehrt zum Vorbehaltseigentum gezogen. Er dient dazu, die wirtschaftliche Funktion des Eigentumsvorbehalts darzustellen: Der Käufer soll sofort Besitzer und später Eigentümer der Kaufsache werden, der Verkäufer bis zur Erlangung des Kaufpreises dinglich gesichert sein. Da das Pfandrecht des BGB Besitzpfand ist, wird diese Aufgabe, die eigentlich ihm zugewiesen wäre, durch Streckung des Eigentumserwerbs erfüllt. An die Stelle des Pfandrechts tritt der Eigentumsvorbehalt als Instrument zur dinglichen Sicherung des Anspruchs auf den Kaufpreis. Daher spricht § 216 II 2 BGB, der die alte Streitfrage über das Verhältnis zwischen Rücktritt des Vorbehaltsverkäufers und Verjährung der Kaufpreisforderung entscheidet²⁶, auch völlig richtig davon, dass diese durch den Eigentumsvorbehalt „gesichert“ ist, ohne freilich damit die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts auszumachen.

Aus der Einsicht in die gleiche wirtschaftliche Funktion von Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt sind gleichwohl zuweilen auch Schlüsse auf die rechtliche Ausgestaltung des Vorbehaltskaufs gezogen worden. *Wieacker*²⁷ sieht durch den Vorläufer des heutigen § 449 BGB eine Lücke im Gesetz gelassen und will diese schließen, indem er die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers als Eigentum, die des Vorbehaltsverkäufers als Mobilhypothek begreift, aus der eine dingliche Vorzughaftung folge. Ähnlich sind die Auffassungen von *Blomeyer*²⁸, der den Eigentumsvorbehalt als besitzloses Verfallspfandrecht deutet, und *Hübner*²⁹, der den gutgläubigen Erwerb des Anwartschaftsrechts als solches ohne weiteres, aber nur unter Fortwirkung der Belastung zu Gunsten des Verkäufers zulassen will. Dieser Lösung lässt sich mit einigem Recht entgegenhalten, sie widerspreche der gesetzlichen Regelung³⁰. Zwar mögen § 449 BGB oder sein Vorgänger in § 455 BGB a. F. eine Lücke im Gesetze hinterlassen. Ihre Ausfüllung kann jedoch nicht gelingen, indem man anstelle von „Eigentum“ einfach

„Pfandrecht“ liest. Der Verkäufer, der sich das Eigentum vorbehält, bleibt dessen Inhaber und reduziert seine Rechtsstellung nicht auf die eines Pfandgläubigers. Beurteilt man ihn so, entwertete man zusätzlich zur Autorität des Gesetzes wiederum unnötigerweise auch den Begriff des Eigentums.

Anders verhält es sich, wenn man nicht das Vorbehaltseigentum, sondern das Anwartschaftsrecht mit dem Pfandrecht vergleicht. Ein solcher Vergleich trägt der besonderen Sicherungsfunktion Rechnung, die den kodifizierten Kern des Anwartschaftsrechts in § 161 BGB ausmacht, und erlaubt sogar, diesen mit der Annahme eines Besitzrechts zu verbinden: Denn auch der Pfandrechtsinhaber verfügt über ein nach §§ 1227, 985 BGB durchsetzbares Recht zum Besitz an der Pfandsache und damit zu der tatsächlichen Stellung, die nach herrschender Meinung gem. § 936 III BGB sowohl ihren als auch den Entzug des Anwartschaftsrechts durch gutgläubigen Erwerb ausschließen soll³¹. Hält man sich an das Vorbild des Pfandrechts, braucht aus der Sicherungsfunktion des Anwartschaftsrechts nicht mit *Medicus*³² auf den Mangel eines Besitzrechts *inter omnes* zu schließen.

Im *Fallbeispiel 1* kann sich K daher gegen den Herausgabeanspruch des E verteidigen, weil ihm das pfandrechtsähnliche Anwartschaftsrecht ebenso wie ein Pfandrecht ein Recht zum Besitz vermittelt, solange der Kaufvertrag und mit ihm der durch das Anwartschaftsrecht gesicherte Anspruch auf Übereignung besteht.

Weiter, insbesondere in das Feld der Zwangsvollstreckung, lässt sich der Vergleich von Anwartschafts- und Pfandrecht sicher nicht treiben. Hier macht sich der Unterschied bemerkbar, dass das Pfandrecht der Sicherung von Geldforderungen, das Anwartschaftsrecht dagegen der Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache dient. Für die behandelten materiellrechtlichen Fragen zum Erwerb und Schutz des Anwartschaftsrechts bietet das Vorbild des Pfandrechts jedoch ein passendes Lösungsschema, das zum Teil auch den von der herrschenden Lehre vertretenen Ansichten eine neue Grundlage zu geben vermag.

26 Vgl. *BGHZ* 34, 191 (198 f.) = *NJW* 1961, 1011 (1012); 70, 96 (98 f.) = *NJW* 1978, 538 (539), und *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 5), § 986 Rdnr. 22.

27 ‚Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzughaftung‘, *ZAKDR* 5 (1938), 590.

28 *AcP* 162 (1963), 193.

29 *NJW* 1980, 729 (732 f.).

30 So *Wieling*, *SachenR* I (o. Fußn. 13), § 17 III; *Rinke* (o. Fußn. 15), S. 118; *Minthe* (o. Fußn. 16), S. 116 f.

31 Dass § 936 III BGB auf das Anwartschaftsrecht Anwendung findet, entspricht einhelliger Auffassung; vgl. *Wieling*, *SachenR* I (o. Fußn. 13) § 17 III 2 c aa; *SachenR* (o. Fußn. 13), § 17 II 2 b bb; *Westermann/Westermann*, *SachenR*, 7. Aufl. (1998), S. 289; *Medicus*, *Bürgerliches Recht* (o. Fußn. 5), Rdnr. 462.

32 S. o. unter I.

Professor Dr. Thomas Hoeren und Wiss. Mitarbeiter Kai Welp, Münster

Vertragsrechtliche Probleme bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten*

Der Beitrag erörtert die Frage, ob bei der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten vertragliche Zahlungsansprüche des Zugangsproviders (also des Anbieters, der den Zugang in das Netz vermittelt) und des Content-Providers (also des Anbieters, der die inhaltliche Leistung erbringt) gegen den Endnutzer entstehen. Insbesondere soll untersucht werden, ob bei einer durch den Endnutzer unbemerkten Installation eines Dialers oder bei einer durch Täuschung erschlichenen Installation eines Dialers, Zahlungsansprüche gegen den Endnutzer bestehen und wer in diesem Fall die Beweislast für die

unbemerkte oder erschlichene Nutzung des Dialers trägt. Weiter stellt sich die Frage, ob Verstöße gegen die vom Gesetzgeber in § 43 b TKG (Telekommunikationsgesetz) statuierten verbraucherschützenden Vorschriften den Zahlungsanspruch gegen den Endnutzer entfallen lassen.

* Professor Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht an der Universität Münster; Rechtsassessor Kai Welp ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Institut.

I. Einleitung

Bei Dialern handelt es sich um eine spezielle Software, die nach dem Download aus dem Internet auf dem Computer einen Internetzugang einrichten. Sie dienen der Inanspruchnahme von kostenpflichtigen Internetdiensten und ermöglichen eine Abrechnung über die Telefonrechnung. Dabei bestimmt die Zugangsnummer, welche der Dialer bei der Einwahl benutzt, die Höhe der anfallenden Kosten. Die Missbrauchsmöglichkeiten sind evident. Das Dialer-Programm kann sich unbemerkt auf dem Computer installieren und über die kostenpflichtige Rufnummer einwählen oder die Standardverbindung, mit der sich der Verbraucher im Normalfall in das Internet einwählt, verändern. Aus Verbrauchersicht ist problematisch, dass dem Endnutzer neben dem den Anschluss zur Verfügung stellenden Zugangsprovider ein weiterer Vertragspartner, nämlich der Anbieter der Dialer-Software (Content-Provider) gegenübersteht. Da die Abrechnung der erbrachten Mehrwertdienstleistungen einheitlich über den Zugangsprovider erfolgt, ist rechtlich entscheidend, ob im Falle des Dialer-Missbrauchs eine Zahlungspflicht gegenüber dem Zugangsprovider besteht. Der Verbraucher wäre dann nämlich auf einen Rückgriff gegenüber dem Content-Provider verwiesen, der auf Grund des oftmals ausländischen Sitzes wenig Erfolg verspräche. Das Thema Dialer-Missbrauch ist nach wie vor aktuell. Die *Bundesnetzagentur* hat seit Anfang des Jahres 2005 die Abschaltung von mehr als 300 Rufnummern angeordnet¹. Seit Januar 2006 dürfen Mehrwertdienste nur noch über die Rufnummerngasse 0900 geschaltet werden, bei der anhand der ersten Ziffer nach der 0900 die Art des Dienstes erkannt werden kann. Der Erfolg dieser Maßnahme wird abzuwarten sein.

Ob im Falle der missbräuchlichen Installation eines Dialers Zahlungsansprüche gegen den Endnutzer entstehen, hängt von den vertraglichen Beziehungen zwischen Zugangsprovider und Endnutzer sowie zwischen diesem und dem Content-Provider ab. Weitgehend Einigkeit besteht heute darüber, dass es sich insoweit um zwei selbstständige Verträge handelt. Der Endnutzer schließt mit dem Zugangsprovider einen Telefondienstvertrag, der den Zugangsprovider gegen Entgelt verpflichtet, dem Endnutzer einen Telefonanschluß zur Verfügung zu stellen und ihm Telefonverbindungen zu ermöglichen. Dieser Vertrag ist ein Dienstvertrag i. S. von § 611 BGB². Daneben tritt als selbstständiger zweiter Vertrag der Vertrag mit dem Content-Provider, welcher die Erbringung von Mehrwertdiensten (z.B. Chat-, Flirt- oder Dating-Lines) gegen Entgelt zum Gegenstand hat. Der Typus dieses Vertrages hängt von der Art der erbrachten Leistung ab und wird in der Regel ein Dienstvertrag, ein Werkvertrag oder ein gemischt-typischer Vertrag aus beiden Elementen sein³. Zu untersuchen ist, unter welchen Voraussetzungen Ansprüche aus dem Telefondienstvertrag und dem Content-Vertrag gegen den Endnutzer entstehen.

II. Vertragsbeziehungen

Nach § 15 I 1 TKV (Telekommunikations-Kundenschutzverordnung) weist der Zugangsprovider bei Erstellung seiner Rechnungen neben dem eigenen Verbindungsentgelt auch die Entgelte für solche Verbindungen aus, die durch die Anwahl anderer Anbieter von Netzdienstleistungen entstanden sind. Auch die Begleichung der gesamten Rechnung erfolgt in der Regel an den Zugangsprovider, wobei die Zahlung an diesen nach § 15 I 4 TKV auch hinsichtlich des Entgelts für die Mehrwertdienstleistungen befreiende Wirkung hat. Fraglich ist, ob es sich dabei auch hinsichtlich der Forderung bezüglich

der Mehrwertdienstleistungen um eine eigene Forderung des Zugangsproviders handelt oder ob er insofern die Forderung eines Dritten (des Content-Providers) geltend macht.

Der BGH hat in seinen beiden maßgeblichen Entscheidungen, dem Telefonsex-Urteil⁴ und dem Dialer-Urteil⁵ entschieden, dass dem Zugangsprovider gegen den Endnutzer ein eigener Zahlungsanspruch zustehe, der neben dem Verbindungsentgelt auch die vom Content-Provider erbrachten Mehrwertdienstleistungen sowie eine Inkasso-Provision umfassen soll. Aus welchem Rechtsgrund sich ein solcher, auch die Mehrwertdienstleistungen umfassender Zahlungsanspruch des Zugangsproviders ergeben soll, ist aus den Urteilen nicht ersichtlich. In Betracht kommen drei vertragliche Konstruktionen: Erstens könnte der Zugangsprovider mit dem Endnutzer vertraglich einen eigenen Anspruch auch über die Mehrwertdienstleistungen begründet haben. Zweitens könnte es sich bei § 15 TKV um eine gesetzliche Forderungszession handeln, bei der die Forderung des Content-Providers auf den Zugangsprovider überginge. Drittens könnte der Zugangsprovider als Inkassostelle des Content-Providers (im Wege der Forderungszession oder mittels Einzugsermächtigung analog § 185 BGB) auftreten.

1. Originärer vertraglicher Anspruch

Zu untersuchen ist, ob dem Zugangsprovider gegen den Endnutzer ein eigener Zahlungsanspruch, der auch die Mehrwertdienstleistungen umfasst, auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zusteht.

Der BGH geht in den beiden erwähnten Entscheidungen davon aus, dass sich ein solcher Anspruch des Zugangsproviders aus den Preisverzeichnissen der jeweiligen Zugangsprovider ergebe, welche die Höhe des Entgelts für die Inanspruchnahme der Mehrwertdienste ausweisen⁶. Solche Preislisten existieren indessen nicht für frei tarifierbare Rufnummern, wie sie für Mehrwertdienste vielfach verwendet werden⁷. Im Falle der nicht frei tarifierbaren Rufnummern dienen sie lediglich der Verlautbarung der Tarife und sind daher nicht geeignet, eine fremde Leistung, an der der Zugangsprovider weder tatsächlich noch rechtlich beteiligt ist, zu einer eigenen zu machen⁸.

Mit wem ein Vertrag abgeschlossen wird ergibt sich vielmehr aus dem Empfängerhorizont der Parteien. Der durchschnittliche Endnutzer geht nicht davon aus, dass er mit dem Zugangsprovider Verträge über Mehrwertdienste abschließt. Es ist allgemein bekannt, dass der Content-Provider und der Zugangsprovider unterschiedliche Unternehmen sind und dass lediglich die Abrechnung der Mehrwertdienste durch letzteren erfolgt⁹. Ebenso lebensfremd wäre es anzunehmen, die unüberschaubar zahlreichen Informationen des Internets würden von einem einzelnen oder auch mehreren Zugangsproviders angeboten. Zudem trifft auch den Content-Provider nach § 6 TDG (Teledienstgesetz) eine Impressumspflicht, so dass sich der Endnutzer jederzeit davon überzeugen kann, dass er es mit verschiedenen Anbietern zu tun hat.

1 www.bundesnetzagentur.de (Stand: Februar 2006).

2 OLG Celle, MMR 2001, 704.

3 *Imping*, in: *Spindler*, VertragsR der Telekommunikations-Anbieter, 2000, S. 456 Rdnr. 4.

4 BGH, NJW 2002, 361.

5 BGH, NJW 2004, 1590.

6 BGH, NJW 2004, 1590 (1591 f.); NJW 2002, 361 (362 f.).

7 J. Hoffmann, ZIP 2002, 1705 (1706).

8 J. Hoffmann, ZIP 2002, 1705 (1706).

9 *Piepenbrock/Müller*, MMR-Beil. 12/1999, 1 (20).

Bei der Annahme einer eigenen Forderung des Zugangsproviders, die auch die Mehrwertdienste umfasst, stünden zwei selbstständige Forderungen bezüglich des auf die Mehrwertdienste entfallenden Entgelts nebeneinander, während der Endnutzer nur einmal zur Zahlung verpflichtet wäre. Es läge dann ein Fall der Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB vor. In einem solchen Fall hätte die Zahlung an jeden Gläubiger befreiende Wirkung. Die Norm des § 15 I 4 TKV, die bei Zahlung des auf die Mehrwertdienste entfallenden Entgelts an den Zugangs-Provider befreiende Wirkung eintreten lässt, wäre dann überflüssig.

In seiner neuesten Entscheidung¹⁰ argumentiert der BGH in ähnlicher Weise. Dort ging es um die Frage, ob den zwischen Zugangs- und Content-Provider zwischengeschalteten Nummern- und Verbindungsnetzbetreibern eigene vertragliche Entgeltansprüche gegen den Endnutzer zustehen. Der Nummern-Provider teilt dem Content-Provider die Mehrwertdiensternummer zu. Der Verbindungsnetzbetreiber betreibt ein Telefonnetz, das keine eigenen Endanschlüsse besitzt, sondern verschiedene Netze miteinander verbindet. Der BGH schließt Entgeltansprüche der zwischengeschalteten Provider mit der Begründung aus, dass der Endnutzer für ein und dieselbe Leistung zusätzlichen Gläubigern ausgesetzt wäre, obwohl er bereits dem Zugangs- und dem Content-Provider verpflichtet sei¹¹. Die daraus resultierende Intransparenz werde zu vermehrten Rechtsstreitigkeiten führen. Nichts anderes gilt aber für die vom BGH vertretene Auffassung, dass dem Zugangsprovider ein eigener Zahlungsanspruch gegen den Endnutzer zustehe, der auch die Mehrwertdienstleistungen umfasst.

In derselben Entscheidung geht der BGH im Übrigen von der Anwendbarkeit von § 15 I 1 TKV aus, wonach der Zugangsprovider dem Endnutzer auch die Entgelte in Rechnung zu stellen hat, die durch die Anwahl dritter Anbieter von Netzdienstleistungen entstehen¹². § 15 TKV geht hierbei ersichtlich von einer für den Zugangsprovider fremden Forderung aus. In § 15 I 2 TKV werden „die auf andere Anbieter entfallenden Entgelte“ erwähnt. § 15 I 5 TKV bezieht sich auf die Durchsetzung der Forderung durch den Content-Provider, und nach § 15 II TKV werden Teilzahlungen „auf die Forderungen der einzelnen Anbieter entsprechend ihrem Anteil“ angerechnet. Wenn sich der BGH auf die genannte Norm bezieht, geht er daher der Sache nach von der Forderung eines Dritten aus.

Im Falle der Erbringung von Mehrwertdienstleistungen entstehen zwei Forderungen: zum einen die Forderung des Zugangsproviders gegen den Endnutzer, die lediglich das Verbindungsentgelt umfasst und zum anderen die Forderung des Content-Providers, die das Entgelt für die erbrachten Mehrwertdienstleistungen beinhaltet¹³. Damit ist aber auch die vom BGH in den Vordergrund gerückte Frage, ob Einwendungen gegen den Anspruch des Content-Providers auch dem Zugangsprovider entgegengehalten werden können, wenig problematisch. Nur wenn man der vom BGH vertretenen Auffassung folgen würde, der Zugangsprovider habe auch hinsichtlich der Mehrwertdienstleistungen einen eigenen vertraglichen Anspruch gegen den Endnutzer, würde sich die Frage stellen, ob Einwendungen gegen den Anspruch des Content-Providers auch dem Zugangsprovider entgegengehalten werden können. Diskutiert wurden in diesem Zusammenhang vor allem solche Fälle, bei denen der Vertrag mit dem Content-Provider wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtig war. Denkbar sind aber auch andere Einwendungen, wie etwa die Nichtigkeit des Vertrages nach

§ 134 BGB wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB.

In der Telefonsex-Entscheidung vom 22. 11. 2001 hatte der BGH noch angenommen, Einwendungen gegen den Vertrag mit dem Content-Provider könnten dem Zugangsprovider nicht entgegengehalten werden¹⁴. Der BGH bezog sich hierbei auf § 9 TDG, wonach der Zugangsprovider nicht für fremde Informationen haftet. Der Content-Provider erbringe Teledienste i. S. dieser Vorschrift, für die der Zugangsprovider nicht verantwortlich sei, da er keinen Einfluss darauf habe, wer zu welchen Zwecken Teledienste in Anspruch nehme. Durch eine Aufschlüsselung der Entgeltanteile der verschiedenen Telekommunikationsanbieter in der vom Zugangsprovider nach § 15 TKV zu erstellenden Rechnung sei die Funktionsfähigkeit der Mehrwertdienste insgesamt gefährdet.

Mit seinem Urteil vom 4. 3. 2004¹⁵ (Dialer-Urteil) hat der BGH nunmehr eine Wende seiner Rechtsprechung eingeleitet. Nach der Einführung des § 15 III TKV seien die Erwägungen zum Einwendungsausschluss obsolet. Nach dieser Vorschrift hat der Rechnungssteller den Endnutzer in der Rechnung darauf hinzuweisen, dass er begründete Einwendungen gegen einzelne Rechnungsposten erheben könne. Die Rechtsfolge dieser Norm lässt der BGH zwar offen, hält aber weiterhin an der Konstruktion eines eigenen vertraglichen Anspruchs des Zugangsproviders, der die Mehrwertdienstleistungen umfasst, fest. Dass der BGH in seinen Entscheidungen von einer unzutreffenden vertraglichen Konstruktion ausgeht, wurde bereits dargelegt. Auch aus § 9 TDG und § 15 III TKV ergeben sich keine Argumente, die seine Auffassung stützen könnten.

§ 9 TDG regelt eine Haftungsprivilegierung des Zugangsproviders¹⁶. Dieser soll grundsätzlich nur für eigene und nicht für fremde Informationen haften. Die Norm trägt dem Umstand Rechnung, dass eine wirksame Kontrolle der von den Content-Providern zur Verfügung gestellten Inhalte durch den Zugangsprovider angesichts der unüberschaubaren Vielzahl von Anbietern nicht möglich ist. Ohne diese Privilegierung wäre die Haftung der Zugangsprovider uferlos. Im Falle der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen durch den Zugangsprovider gegen den Endnutzer stellt sich aber keine Frage der Haftungsprivilegierung. Es geht vielmehr um die Begründung eines eigenen zusätzlichen Zahlungsanspruches, der mit dem Haftungssystem der §§ 8 ff. TDG nicht in Verbindung steht.

Letztlich ist es auch verfehlt, für den Einwendungsdurchgriff auf § 15 III TKV abzustellen. Die Norm regelt keine Rechtsfolgen, sondern begründet lediglich eine Hinweispflicht. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Norm als auch aus der Begründung der Verordnung¹⁷. Wenn aber der Verordnungsgeber lediglich eine Hinweispflicht statuiert hat, ist anzunehmen, dass sich die Rechtsfolge, auf die sich die Hinweispflicht bezieht, nach seiner Auffassung bereits aus geltendem Recht ergibt.

10 BGH, MMR 2005, 597.

11 BGH, MMR 2005, 597.

12 BGH, MMR 2005, 597.

13 So auch *Leible/Wildemann*, K&R 2004, 288; *Klees*, CR 2003, 331 (336); *J. Hoffmann*, ZIP 2002, 1705 (1706); *Fluhme*, NJW 2002, 3519 (3521); *Müller*, MMR 2002, 93 (94); *Demmel/Skrobotz*, CR 1999, 561 (564).

14 BGH, NJW 2002, 361.

15 BGH, NJW 2004, 1590.

16 *Härtig*, InternetR, 2. Aufl. (2005), Rdnr. 1078.

17 BR-Dr 505/02, S. 1.

2. Forderungszession und Inkasso

Wie dargestellt wurde, besteht jedoch kein die Mehrwertdienstleistungen umfassender vertraglicher Anspruch des Zugangsproviders gegen den Endnutzer. Zur Begründung der Gegenmeinung ist noch auf die Möglichkeit einer gesetzlichen Forderungszession nach § 15 TKV oder das Vorgehen des Zugangsproviders im Wege des Inkassos hingewiesen worden. Aber auch bei der Annahme einer Forderungszession¹⁸, bei der die Forderung des Content-Providers kraft Gesetzes auf den Zugangsprovider überginge, oder bei der Annahme eines Vorgehens des Zugangsproviders im Wege des Inkassos, bei der dieser kraft rechtsgeschäftlicher Zession oder im Wege der Einzugsermächtigung tätig würde, könnte der Endnutzer dem Zugangsprovider seine Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Content-Provider entgegenhalten, da in beiden Fällen die Forderung ursprünglich beim Content-Provider entstanden wäre. Im Falle der gesetzlichen Zession gelten §§ 404, 412 BGB, im Falle der rechtsgeschäftlichen Zession § 404 BGB. Der Schuldner kann hiernach seine Einwendungen auch gegenüber dem Zessionar geltend machen¹⁹. Bei Annahme einer Einzugsermächtigung versteht sich die Möglichkeit der Geltendmachung von Einwendungen von selbst, da die Forderungszuständigkeit nicht wechselt.

III. Vertragsschluss (Erklärungsbewusstsein)

Nachdem die vertraglichen Beziehungen zwischen Zugangsprovider, Content-Provider und Endnutzer geklärt sind, stellt sich nunmehr die Frage, ob auch bei einer unbemerkten oder erschlichenen Einwahl in das Internet durch einen Dialer ein wirksamer Vertrag zwischen Content-Provider und Endnutzer über die Erbringung der Mehrwertdienste zustande kommt und damit eine Zahlungspflicht des Endnutzers entsteht.

Wie jeder Vertrag bedarf auch der Vertrag über die Erbringung von Mehrwertdiensten zweier übereinstimmender Willenserklärungen (§§ 145 ff. BGB). Fraglich ist, ob der Endnutzer bei unbewusster Dialer-Einwahl das für eine wirksame Willenserklärung erforderliche Erklärungsbewusstsein besitzt. In seinem Urteil vom 4. 3. 2004²⁰ hat der BGH diese Frage offen gelassen, da er maßgeblich auf Gegenrechte aus § 826 BGB abgestellt hat.

Im Falle einer bewussten Einwahl in das Internet gelangt der Endnutzer über eine Suchmaschine, Fernsehwerbung oder eine Zeitungsannonce auf die Internetseite des Anbieters. Diese stellt lediglich eine invitatio ad offerendum dar²¹, da ein entsprechender Rechtsbindungswille beim Content-Provider noch nicht gegeben ist. Auch im Download des Dialers ist noch kein Angebot des Endnutzers zu sehen, da dieser noch die Entscheidungsfreiheit über die Inanspruchnahme des Dienstes hat. Erst in der Einwahl über die entsprechende Rufnummer liegt ein rechtlich bindendes Angebot des Endnutzers; dieses wird durch die Erbringung des Dienstes konkludent angenommen²². Dabei werden elektronisch übermittelte Willenserklärungen abgegeben, bei denen der Kern der Erklärung vom Menschen stammt und nicht nur Ergebnis einer autonomen Herstellung durch den Computer ist²³.

Im Falle des sog. Auto-Dialers, also der unbewussten Einwahl, ist fraglich, ob seitens des Endnutzers ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein gegeben ist. Hier sind zwei verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich die vom Endnutzer unbemerkte Installation des Dialers bei Aufruf einer Internetseite und der bewusste Download eines Dialers, der unbemerkt die Standardverbindung ändert²⁴.

1. Unbemerkte Installation bei Aufruf einer Internetseite

Bei dieser Variante täuscht der Anbieter über die Tatsache hinweg, dass beim Aufrufen einer Internetseite der Dialer selbstständig heruntergeladen und installiert wird. Möglich ist dies durch ActiveX-Controls, also durch kleine Windows-Programme, die nur durch den Browser gestartet werden können. Eine Benachrichtigung über den Download wird nicht gegeben, da dieser programmgesteuert erfolgt. Es wird kein Zertifikat ausgegeben; auch eine Sicherheitsabfrage bezüglich des Programmstarts erfolgt nicht²⁵. Bei einem späteren Programmstart kommt es automatisch zur ungewollten und unbemerkten Einwahl über die Mehrwertdienstenummer.

Da die Dialer-Einwahl unbewusst erfolgt, könnte es schon am Handlungswillen des Endnutzers fehlen²⁶. Im Ergebnis ist die Einwahl in das Internet aber auf einen menschlichen Willensakt zurückzuführen²⁷. Durch das Hochfahren des Computers wird die Startroutine des Betriebssystems in Gang gesetzt, in deren Verlauf das entsprechende exe-Programm des Dialers gestartet wird, das dann die kostenpflichtige Verbindung in das Internet herstellt. Fraglich ist jedoch, ob der Endnutzer das nach h. M. für eine Willenserklärung erforderliche *potentielle* Erklärungsbewusstsein besitzt. Eine solche normativ zugerechnete Willenserklärung liegt vor, wenn der Erklärende bei verkehrsbüblicher Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und dass der Empfänger sie tatsächlich auch so verstanden hat²⁸. Eine entsprechende Obliegenheit, den Computer regelmäßig auf Dialer zu überprüfen, den Aufbau der Internetverbindungen zu überwachen, Dialerschutzprogramme zu verwenden oder etwa den Zugang zu sämtlichen Mehrwertdienstenummern sperren zu lassen, hat der BGH in seiner Dialer-Entscheidung²⁹ zu Recht verneint. Der durchschnittliche Nutzer kann kostenpflichtige Dialerprogramme von den zum Betriebssystem gehörenden Programmen kaum unterscheiden. Auch entsprechende Software ist nicht dazu in der Lage, zwischen den verschiedenen Programmen zu differenzieren. So läuft der Nutzer bei einer Bereinigung seiner Programme stets Gefahr, Programme zu löschen, die für das Betriebssystem oder andere Anwendungen erforderlich sind.

Ein für das potentielle Erklärungsbewusstsein erforderlicher Sorgfaltsverstoß ist daher nicht anzunehmen³⁰. Mangels Willenserklärung kommt weder ein Vertrag mit dem Zugangsprovider noch mit dem Content-Provider zustande³¹. Eine Zahlungspflicht seitens des Endnutzers entsteht daher in diesem Fall nicht. Es gibt zudem keinen Erfahrungssatz, dass sich der

18 Jetzt ausdr. abl. BGH, MMR 2005, 597 (599); auch Piepenbrock/Müller, MMR-Beil. 4/2000, 1 (12).

19 Hoffmann, ZIP 2002, 1705 (1710).

20 BGH, NJW 2004, 1590.

21 Klees, CR 2003, 331 (334).

22 Klees, CR 2003, 331 (334).

23 Mehrings, in: Höeren/Sieber, Hdb. Multimedia Recht, 2005, 13.1 Rdnr. 90.

24 Überblick bei www.dialerhilfe.de/dialer/install.php.

25 www.dialerschutz.de/dialer-tricks-aktive-inhalte.php.

26 So Koos, K&R 2002, 617 (620); Härtling, Recht der Mehrwertdienste, 2004, S. 19 Rdnr. 53.

27 Mehrings (o. Fußn. 22), Rdnr. 42.

28 BGHZ 149, 136 = NJW 2002, 363 (365).

29 BGH, NJW 2004, 1590 (1592).

30 Mankowski, CR 2004, 185 (188); Klees, CR 2003, 331 (334); Koos, K&R 2002, 617 (620); Härtling (o. Fußn. 26), S. 18 Rdnr. 52; AG Singen, Urt. v. 4. 5. 2004 – Az. 1 C 137/03.

31 Leible/Wildemann, K&R 2002, 288 (288); Klees, CR 2003, 331 (334); Braun, ZUM 2003, 200 (202); Koenig/Koch, TKMR 2002, 457 (457); LG Kiel, MMR 2003, 422 (423); anders Schlegel, MDR 2004, 125 (126), der auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein eine Willenserklärung annimmt.

Betreiber eines Computers im Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit seiner Anlage alle maschinell erzeugten Nachrichten stillschweigend zu eigen machen will³². Dies mag zwar auf den Regelfall zutreffen, dass die Erklärung auf Veranlassung des Nutzers, wenn auch nur mittelbar, in Verkehr gebracht wird, kann aber keine Gültigkeit für den Fall haben, dass der Übertragungsakt durch einen manipulativen Eingriff von außen in Gang gesetzt wird³³. Die Abgabe einer Willenserklärung erfordert, dass die Erklärung mit Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr eingebracht wird. Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn ein fahrlässiges Inverkehrbringen vorliegt. Entsprechende Sorgfaltspflichten zum Dialer-Schutz lehnt der BGH aber, wie erwähnt, aus gutem Grund ab. Die Sachlage ist vergleichbar mit dem unbefugten Inverkehrbringen von Briefen durch Dritte. Auch in einem solchen Fall wird die entsprechende Willenserklärung nur nach den Grundsätzen der Anscheins- und der Duldungsvollmacht, also im Ergebnis bei fahrlässigem Verhalten, zugerechnet³⁴.

2. Bewusster Download eines Dialers, der unbemerkt die Standardverbindung ändert

Hat ein solcher Dialer unbemerkt die Standardverbindung geändert, irrt sich der Endnutzer bei den folgenden Einwahlen in das Internet darüber, dass die Einwahl nicht über den kostengünstigeren Zugangs-Provider, sondern über den häufig erheblich teureren Content-Provider erfolgt. In dieser Konstellation geht der Endnutzer davon aus, rechtsgeschäftlich zu handeln. Damit ist das für den Vertragsschluss erforderliche Erklärungsbewusstsein vorhanden, so dass eine Entgeltforderung des Content-Providers zumindest entstehen kann³⁵.

Anders wäre dies nur bei einer volumenunabhängigen Flatrate, bei der durch erneute Einwahlen in das Internet keine zusätzlichen Kosten entstehen. Dann wäre die Fallgruppe der Täuschung über die Dialerexistenz einschlägig, mit der Folge, dass kein Vertrag zustande käme. Andernfalls ist an eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 119 I Alt. 1 BGB wegen eines Inhaltsirrtums zu denken. Ein solcher Irrtum liegt bei einer Fehlvorstellung des Erklärenden über den objektiven, rechtlich wirksamen Inhalt seiner Erklärung vor³⁶. Im Falle der veränderten Standardverbindung geht der Endnutzer davon aus, dass lediglich Gebühren für die Inanspruchnahme des Zugangsproviders anfallen, während tatsächlich durch die Nutzung des Mehrwertdienstes deutlich höhere Kosten entstehen. Es liegt damit ein fehlerhafter Geschäftswille vor, der zur Anfechtung nach § 119 I Alt. 1 BGB berechtigt³⁷.

Auch die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung nach § 123 I Alt. 1 BGB sind gegeben³⁸. Der Nutzer wird konkludent darüber getäuscht, dass nach Beendigung der Inanspruchnahme des Mehrwertdienstes zukünftige Einwahlen über die kostenpflichtige Nummer erfolgen. Dadurch wird in ihm ein Irrtum erregt³⁹, der in der Vorstellung besteht, die Einwahl erfolge über die gewöhnliche Zugangsnummer. Auf die Arglist des Content-Providers ist wegen der Existenz eines manipulativ wirkenden Dialer-Programms zu schließen. Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 119 I Alt. 1, 123 I Alt. 1 BGB trägt der Endnutzer. Sofern es ihm gelingt, die erschlichene Nutzung zu beweisen etwa durch Sicherung des Dialer-Programms, entfällt in Folge der Anfechtung die Entgeltforderung des Content-Providers.

IV. Entsprechende Anwendung von § 16 III 3 TKV

In seinem Dialer-Urteil⁴⁰ stellt der BGH im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung maßgeblich auf den Rechtsgedanken des § 16 III 3 TKV ab. Nach dieser Vorschrift ist der Anbieter nicht berechtigt, Verbindungsentgelte geltend zu machen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Netzzugang vom

Endnutzer in einem nicht zu vertretenden Umfang genutzt wurde oder die Höhe der Entgelte auf Manipulationen Dritter an öffentlichen Telekommunikationsnetzen zurückzuführen ist. Die Norm weist damit das Haftungsrisiko für eine durch den Endnutzer nicht zu vertretende Nutzung dem Anbieter zu⁴¹. Dies mag rechtspolitisch bedenklich sein⁴², entspricht aber dem Willen des Ordnungsgebers. Eine direkte Anwendung kommt jedoch auf den Fall der unbewussten Dialer-Einwahl nicht in Betracht, da § 16 III 3 TKV ersichtlich nur physische Eingriffe Dritter in das Netz regelt⁴³. Im Falle der unbewussten Dialer-Einwahl besteht aber insofern eine vergleichbare Interessenlage, als sich ein Dritter unbemerkt Zugriff auf die Internetverbindung des Endnutzers verschafft und dadurch Kosten zu dessen Lasten verursacht. Damit liegt zwar eine andere Art und Weise des Zugriffs vor, für die Bewertung der Risikosphären kann es hierauf aber nicht ankommen⁴⁴.

Gerechtfertigt ist diese Art der Risikoverteilung aus folgendem Gesichtspunkt: Der Zugangs-Provider eröffnet durch die Zugangsmöglichkeit zu Mehrwertdiensten angesichts der evidenten Missbrauchsmöglichkeiten eine Gefahrenquelle und zieht hieraus den wirtschaftlichen Nutzen in Form einer zusätzlichen Vergütung⁴⁵. Dann entspricht es einer angemessenen Risikoverteilung, dem Zugangs-Provider auch den wirtschaftlichen Nachteil im Falle des Missbrauchs aufzuerlegen.

Im Ergebnis ist daher der vom BGH vertretenen Analogie zu § 16 III 3 TKV zuzustimmen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Zahlungsanspruch des Content-Providers schon aus vertragsrechtlichen Gründen entfällt. Im Übrigen vermag die vom BGH vertretene ergänzende Vertragsauslegung nicht zu überzeugen. Ein hypothetischer Wille des Zugangs-Providers, der darauf gerichtet wäre, im Falle des Missbrauchs auf das Entgelt zu verzichten, ist offensichtlich eine Fiktion⁴⁶.

V. Verteilung der Beweislast bei unbemerkter Dialerinstallation

Wie dargelegt⁴⁷, kommt in den Fällen der unbewussten Installation mangels potentiellen Erklärungsbewusstseins kein wirksamer Vertrag zustande. In der Praxis kommt daher der Frage nach der Beweislast für die unbewusste Installation entscheidende Bedeutung zu. In seinem Dialer-Urteil⁴⁸ hatte der BGH diese Frage nicht zu prüfen, da auf Grund der Beweisaufnahme in der Vorinstanz feststand, dass eine unbewusste Installation erfolgt war.

32 So aber Lienhard, NJW 2003, 3592 (3594); AG Königswinter, Urt. v. 30. 4. 2004 – 10 C 136/03.

33 So ist auch Mehrings (o. Fußn. 23), Rdnr. 45, zu verstehen.

34 Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl. (2005), § 130 Rdnr. 4.

35 Zu ungenau: Koenig/Koch, TKMR 2002, 457 (457).

36 Kramer, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2001), § 119 Rdnr. 55.

37 Koos, K&R 2002, 617 (627).

38 Härting, InternetR, 2. Aufl. (2005), Rdnr. 227; Leibel/Wildemann, K&R 2004, 288 (289).

39 Fülling/Rath, JuS 2005, 598 (599), die eine umf. strafrechtliche Untersuchung vornehmen.

40 BGH, NJW 2004, 1590.

41 Ehmer, in: Beck'scher TKG Komm., 2. Aufl. (2000), Anh. § 41 TKG, § 16 TKV Rdnr. 17.

42 Ehmer (o. Fußn. 41), Rdnr. 17.

43 BGH, NJW 2004, 1590 (1591); Mankowski, MMR 2004, 312 (312); Rösler, NJW 2004, 2566 (2567).

44 Mankowski, MMR 2004, 312; LG Karlsruhe, CR 2004, 596 (598); AG Elmsborn, Urt. v. 24. 5. 2005 – 49 C 58/05.

45 BGH, NJW 2004, 1590 (1592); Mankowski, MMR 2004, 312; Rösler, NJW 2004, 2566 (2567).

46 So aber BGH, NJW 2004, 1590 (1591 f.); so wie hier Rösler, NJW 2004, 2566 (2567).

47 Unter III 1.

48 BGH, NJW 2004, 1590.

Grundsätzlich gilt, dass jede Partei unabhängig von ihrer prozessualen Parteistellung die bejahenden oder verneinenden Tatsachen, aus denen sie Rechte herleiten will, beweisen muss⁴⁹. Im Falle der Geltendmachung eines Zahlungsanspruches durch den Content-Provider hat dieser also einen wirksamen Vertragsschluss zu beweisen. Uneinig ist man sich aber darüber, ob die für die Sprachtelefonie entwickelten Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins auch auf die Übertragung von anderen Daten über die Telefonleitung Anwendung finden⁵⁰. Im Falle der Sprachtelefonie wird von der Rechtsprechung überwiegend ein Anscheinsbeweis für die Richtigkeit der auf technischen Aufzeichnungen beruhenden Telefonrechnungen angenommen⁵¹.

Der Anscheinsbeweis setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, bei dem ein gewisser Sachverhalt feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweist⁵². Es handelt sich um eine Beweiserleichterung, bei der der Prozessgegner die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensverlaufs darlegen und notfalls beweisen muss⁵³. Gelingt ihm das, bleibt es bei der ursprünglichen Beweislastverteilung.

Gegen eine Übertragung dieses Grundsatzes auf die Dialer-Problematik spricht, dass es keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, demzufolge eine Einwahl durch einen Dialer willentlich erfolgt. Die Grundsätze des für die Sprachtelefonie entwickelten Anscheinsbeweises können auf die Einwahl durch Dialer nicht übertragen werden. Bei der Sprachtelefonie bezieht sich der Anscheinsbeweis nicht auf die Existenz des Erklärungsbewusstseins, sondern auf einen technischen Vorgang, nämlich den Nachweis für die Anwahl der entsprechenden Mehrwertdienstenummer⁵⁴. Missbrauch ist auch hier möglich. So kann etwa der Abrechnungsvorgang so manipuliert werden, dass Verbindungsnachweise auf einer fremden Rechnung erscheinen⁵⁵. Jedoch liegt im Falle der Sprachtelefonie die Schwelle zur Manipulation aus technischen Gründen wesentlich höher. Es bedarf eines physischen Zugriffs auf eine fremde Telekommunikationsanlage, der entweder ein hohes technisches Verständnis erfordert oder zumindest die Möglichkeit voraussetzt, unbemerkt eine fremde Telekommunikationsanlage zu nutzen. Beim Dialermisbrauch bedarf es hingegen nur eines geringen Aufwands, um durch geschickte Aufmachung einer Internetseite den Endnutzer über die Existenz des Dialers zu täuschen und ein entsprechendes Programm herzustellen, das sich später unbemerkt in das Internet einwählt. Dies führt dazu, dass die Missbrauchswahrscheinlichkeit bei Dialern wesentlich höher ist als bei der Sprachtelefonie⁵⁶. Auch wenn es noch keine statistischen Erhebungen zur Zahl der Missbrauchsfälle gibt⁵⁷, ist doch von einem erheblichen Anteil rechtswidriger Anbieter auszugehen⁵⁸. Aus diesem Grund haben fast alle europäischen Staaten das Problem für regelungsbedürftig gehalten und sind gesetzgeberisch tätig geworden. Wenn aber schon der Gesetzgeber wegen der Häufung der Missbrauchsfälle Handlungsbedarf gesehen hat, kann nicht von einem durch Regelmäßigkeit, Üblichkeit und Häufigkeit geprägten Muster ausgegangen werden, das für einen Anscheinsbeweis erforderlich ist.

Vielfach wird für die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises vorgebracht, dem Provider sei es nicht möglich, dem Endnutzer eine bewusste Einwahl nachzuweisen, so dass im Ergebnis eine Beitreibung seiner Forderungen aussichtslos und damit die Funktionsfähigkeit der Mehrwertdienste gefährdet wäre⁵⁹. Übersehen wird dabei aber, dass es dem Endnutzer in den meisten Fällen ebenso schwer fallen dürfte, den Nachweis einer unbewussten Einwahl zu erbringen, da nach Entdeckung des Dialers häufig das entsprechende Programm gelöscht wird,

um den Computer wieder über die Standardverbindung nutzen zu können und dazugehörige Log-Dateien entfernt werden⁶⁰. Dann ist es aber Aufgabe des Gesetzgebers, tätig zu werden. Vorzuschlagen wäre insofern ein opt-in Verfahren, bei dem im Gegensatz zum derzeit geltenden opt-out Verfahren Mehrwertdiensternummern erst auf ausdrückliches Verlangen des Endnutzers freigeschaltet werden.

Im Ergebnis ist also die Anwendung des Anscheinsbeweises auf den Fall der unbewussten Dialer-Einwahl abzulehnen. Die Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages liegt damit beim Provider.

VI. § 43 b II, III, IV TKG (Ansaagepflicht, Preisobergrenze und Zeitobergrenze)

Um den zunehmenden Missbrauch von Dialern einzudämmen, hat der Gesetzgeber im Jahr 2003 durch das *Gesetz zur Bekämpfung von 0190er/0900er-Mehrwertdiensternummern*⁶¹ die Vorschrift des § 43 b TKG eingeführt. Die Norm verpflichtet den Anbieter von Mehrwertdiensten, vor der Inanspruchnahme durch den Endnutzer den zu zahlenden Preis anzusagen. Ferner sind Preisobergrenzen und Zeitobergrenzen festgelegt worden; Dialer müssen bei der *Bundesnetzagentur* registriert werden. Im Rahmen der Großen TKG Novelle⁶² wurde die genannte Vorschrift zwar wieder aufgehoben. Sie gilt jedoch nach § 152 I 2 TKG solange fort, bis eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen worden ist.

§ 43 b III TKG legt eine Preisobergrenze i. H. von zwei Euro pro Minute für die Abrechnung im 60-Sekunden-Takt und i. H. von 300 Euro für die zeitunabhängigen Blocktarife fest. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes sind nicht gesetzlich geregelt. Der Gesetzgeber geht aber zu Recht von einem Verbotsverbot i. S. des § 134 BGB aus⁶³. Das Verbot ist ein einseitiges Verbot; die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kann sich damit nur aus dem Verbotszweck ergeben⁶⁴. § 43 b III TKG dient dem Verbraucherschutz⁶⁵ und soll das finanzielle Risiko im Zusammenhang mit diesen Diensten begrenzen⁶⁶. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn das verbotswidrige Rechtsgeschäft für nichtig erklärt wird.

Fraglich ist aber, ob eine geltungserhaltende Reduktion auf den noch zulässigen Höchstpreis in Frage kommt⁶⁷, wie

49 Hartmann, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl. (2005), Anh. § 286 Rdnr. 10.

50 Bejahend: *Grabe*, CR 2004, 262 (265); *LG Karlsruhe*, CR 2004, 596 (598 f.), das aber für die Beweislast § 16 III TKV anwendet; vern.: *Härtling/Schirmbacher*, CR 2004, 334 (337); *Mankowski*, CR 2004, 185 (186); *Klees*, CR 2003, 331 (337); *Wüstenberg*, TKMR 2003, 397 (398); *Koos*, K&R 2002, 617 (621 f.).

51 *OLG Stuttgart*, MMR 1999, 482 (482); *LG Bielefeld*, MMR 2000, 112 (113).

52 Hartmann, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* (o. Fußn. 49), Anh. § 286 Rdnr. 16.

53 *Anders/Gehle*, Das Assessorexamen im ZivilR, 7. Aufl. (2002), Rdnr. 358.

54 *Mankowski*, CR 2004, 185 (186); *ders.*, MMR 2004, 600 (600); *Härtling*, Recht der Mehrwertdienste, 2004, S. 16 Rdnr. 45; *AG Paderborn*, Urt. v. 29. 4. 2004 – Az. 58 C 654/03; *andere AG Singen*, Urt. v. 4. 5. 2004 – Az. 1 C 137/03.

55 *Härtling* (o. Fußn. 54), S. 17 Rdnr. 46.

56 *Mankowski*, CR 2004, 185 (186).

57 *Grabe*, CR 2004, 262 (265).

58 *Wüstenberg*, TKMR 2003, 397; *Koos*, K&R 2002, 617 (621).

59 *Grabe*, CR 2004, 262 (265).

60 *H. Hoffmann*, NJW 2005, 2595 (2597).

61 0190-MehrwertdiensteG v. 15. 8. 2003, BGBl I 2003, 3365.

62 Große TKG Novelle v. 22. 6. 2004, BGBl 2004, 1190.

63 BT-Dr 15/907, 6.

64 *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 34), § 134 Rdnr. 9.

65 Stellungnahme des Bundesrats, BR-Dr 248/03.

66 BT-Dr 15/907, S. 6.

67 *So Zagouras*, MMR 2005, 80 (83).

sie der BGH in den Fällen preisrechtlicher Verbotsgesetze⁶⁸, insbesondere der Wuchermiete⁶⁹, vornimmt. Bei der Miete besteht jedoch ein schutzwürdiges Interesse an der Erlangung der zukünftigen Gegenleistung, während in den Fällen der Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten die Gegenleistung schon erbracht worden ist. Den Interessen der Mehrwertdiensteanbieter ist daher nur insoweit Rechnung zu tragen, als eine Reduktion auf ein *angemessenes* Entgelt vorzunehmen ist⁷⁰. Bei einer geltungserhaltenden Reduktion auf den zulässigen Höchstpreis bestünde die Gefahr, dass die Mehrwertdiensteanbieter ohne wirtschaftliches Risiko überhöhte Preise verlangen könnten, die die Endnutzer in Unkenntnis der Rechtslage zu zahlen bereit wären. Im Mietrecht wird dieser Gefahr durch die Strafbarkeit der Wuchermiete nach § 5 Wirtschaftsstrafgesetzbuch (WiStG) wirksam begegnet. Im Telekommunikationsgesetz ist der Verstoß gegen § 43 b TKG nach §§ 96, 152 TKG hingegen nur ordnungsrechtlich und nicht strafrechtlich sanktioniert.

Nach § 43 b IV TKG müssen alle zeitabhängig abgerechneten Verbindungen nach einer Stunde getrennt werden. Auch hier stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge bei einer Verletzung des Gebots. Der Gesetzgeber geht zutreffend von einem Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB aus⁷¹. Schutzwürdige Interessen der Mehrwertdiensteanbieter müssen jedoch berücksichtigt werden. Der Endnutzer soll nicht besser gestellt werden, als wenn die Verbindung rechtzeitig getrennt worden wäre. Deshalb ist im Wege der geltungserhaltenden Reduktion die Inanspruchnahme des Dienstes von einer Stunde abzurechnen⁷².

68 BGHZ 18, 340 (349) für Honorarvereinbarung eines Rechtsanwalts; BGH, NJW 1998, 1778 (1780) für Honorarvereinbarung mit einem Arzt.

69 BGH, NJW 1984, 722 (723).

70 Anders Zagouras, MMR 2005, 80 (83); aber wie hier für den Mietwucher Mayer-Maly/Armbrüster, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 36), § 134 Rdnr. 107.

71 BT-Dr 15/907, S. 4.

72 So auch Zagouras, MMR 2005, 80 (83); Grabe, CR 2004, 262 (264); ferner OLG Frankfurt a. M., MMR 2004, 613 (614), das aber eine Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch annimmt.

Kurze Beiträge

Wiss. Mitarbeiter Patrick Mücl, Köln

Rechtsfolgen einer fehlerhaften Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang – BAG, NZA 2005, 1302*

Der seit 1990 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin beschäftigte Kläger war zuletzt in der sog. Camcorder-Werkstatt eingesetzt. Mit Wirkung zum 1. 5. 2003 übertrug die Beklagte diesen Betriebsteil auf die S-GmbH. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 9. 5. 2003 fristgemäß aus betriebsbedingten Gründen zum 31. 10. 2003. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte ihn nicht ausreichend i. S. des § 613 a V BGB über den Betriebsübergang und seine Folgen informiert habe.

I. Einleitung

Gemäß § 613 a V BGB haben der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang¹ betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform (§ 126 b BGB) zu unterrichten über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer sowie die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Die sich aus einer fehlerhaften bzw. fehlenden Unterrichtung ergebenden Rechtsfolgen sind nicht ausdrücklich normiert und daher umstritten. Zunächst einmal sind jedenfalls zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden: Entweder hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen oder nicht.

II. Rechtsfolgen im Fall der Nichtausübung des Widerspruchsrechts

1. Konsequenzen für den Fristbeginn nach § 613 a VI BGB

a) Kein Beginn der Widerspruchsfrist

Wird der betroffene Arbeitnehmer entgegen § 613 a V BGB ungenügend über den Betriebsübergang informiert, beginnt

die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a VI BGB nicht zu laufen. Der Arbeitnehmer kann auch nach vollzogenem Betriebsübergang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen. Ob er nicht oder unvollständig unterrichtet wurde, ist unerheblich².

b) Sonderfall: Unterrichtung nach Betriebsübergang

Liegt der Fehler allein darin, dass die Unterrichtung erst nach dem Betriebsübergang erfolgt, hat dies keine Verlängerung der Widerspruchsfrist zur Folge³, da diese auch durch eine verspätete Unterrichtung in Gang gesetzt wird⁴. Die Verzögerung bewirkt nur, dass die Monatsfrist erst später (mit Zugang des Unterrichtungsschreibens) beginnt⁵, wobei das Widerspruchsrecht nur durch die Grundsätze der Verwirkung (§ 242 BGB) begrenzt wird⁶. Daher wird man keine starren zeitlichen Höchstgrenzen festlegen können⁷.

2. Der Anspruch der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und seine Grenzen

a) Unterrichtung als Rechtspflicht

Ob es sich bei der Informationspflicht nach § 613 a V BGB um eine Obliegenheit des Arbeitgebers⁸ oder – wie nun auch

* Der Verfasser ist Wiss. Mitarbeiter der Sozietät CMS Hasche Sigle, Köln.

1 Ausf. Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2005), § 613 a Rdnrn. 14 ff.

2 BAG, DB 2005, 2472.

3 Gaul/Otto, DB 2005, 2465 (2468); a. A. Bauer/v. Steinau-Steinrück, ZIP 2002, 457 (464).

4 BT-Dr 14/7760, S. 20.

5 Willemsen/Müller-Bonnani, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR-Komm., 2004, § 613 a BGB Rdnr. 343.

6 Gaul/Otto, DB 2005, 2465 (2468); zur Verwirkung vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1464 (1466).

7 Gaul/Otto, DB 2002, 634 (637); Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan, MDR 2003, 541 (544), schlagen eine analoge Anwendung des § 5 III 2 KSchG vor.

8 Zuletzt Riesenhuber, RdA 2004, 340 (350 f.).