



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 152/05

Verkündet am:
16. März 2006
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

TKV § 16 Abs. 3 Satz 3; BGB § 164, BGB § 312d Abs. 3

- a) Der Inhaber eines Telefonanschlusses wird aus den im Wege der Nutzung seines Netzzugangs durch Dritte geschlossenen Telekommunikationsdienstleistungsverträgen - über die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht hinausgehend - verpflichtet, wenn er die Inanspruchnahme des Anschlusses zu vertreten hat (§ 16 Abs. 3 Satz 3 TKV).
- b) Den Inhaber eines Telefonanschlusses trifft keine Obliegenheit, durch technische Vorkehrungen die Entgegennahme von R-Gesprächen durch Dritte über seinen Netzzugang zu verhindern. Dies mag sich ändern, wenn er die Möglichkeit erhält, sich durch Aufnahme in eine bei der Regulierungsbehörde geführt Sperrliste, die R-Gesprächsanbietern zur Verfügung steht, vor diesem Dienst zu schützen.
- c) Ein Recht auf Widerruf der auf Abschluss eines Vertrages über die Herstellung eines R-Gesprächs gerichteten Willenserklärung besteht gemäß § 312d Abs. 3 BGB nicht, wenn der Angerufene das Gespräch durch Wahl einer Tastenkombination am Telefonapparat annimmt.

BGH, Urteil vom 16. März 2006 - III ZR 152/05 - LG Würzburg
AG Würzburg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Streck, Dörr und Dr. Herrmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Würzburg vom 29. Juni 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Die Klägerin, ein Unternehmen, das Telekommunikationsdienstleistungen erbringt, verlangt von der Beklagten die Zahlung von Entgelten für so genannte R-Gespräche. Bei diesen trägt nicht der Anrufer, sondern der Angerufene die Kosten. Die Klägerin stellt die Verbindung zwischen dem von dem Anrufer genutzten Telekommunikationsnetz in das Festnetz der Deutschen Telekom AG her.
- 2 Die von der Klägerin vermittelten Gespräche kamen, wenn der Anruf von einem Mobiltelefonnetz ausging, folgendermaßen zustande:

3 Der Anrufer wählte eine kostenlose, mit der Ziffernfolge 0800 beginnende Rufnummer der Klägerin sowie die Nummer des Anschlusses, mit dem das Gespräch geführt werden sollte, und sprach seinen Namen. Die Klägerin stellte sodann die Verbindung her. Der Angerufene hörte zunächst die gebührenfreie automatische Ansage "Hallo, Sie haben ein R-Gespräch von (Name). Dieser Teilnehmer ruft Sie aus dem deutschen Mobilnetz an. Möchten Sie dieses Gespräch für nur 2,9 Cent pro Sekunde entgegennehmen, dann drücken Sie jetzt die Eins und die Zwei". Folgte er dieser Aufforderung, wurde zum Anrufer durchgestellt. Unterließ der Angerufene die Annahme, wurde die Verbindung für ihn kostenfrei beendet.

4 Die Beklagte unterhält einen Festnetzanschluss bei der D. T. AG, über den im Juni 2003 mehrere auf diese Weise aus einem Mobilfunknetz vermittelte Telefonate geführt wurden. Hierfür beansprucht die Klägerin 593,06 €. Die Beklagte behauptet, ihre seinerzeit 16-jährige Tochter habe die R-Gespräche entgegengenommen, die deren Freund veranlasst habe.

5 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die zugelassene Berufung der Klägerin ist die Beklagte zur Zahlung des verlangten Entgelts verurteilt worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Dieses hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, zwischen den Parteien seien Verträge über die Erbringung von Verbindungsdienstleistungen zustande gekommen, so dass die Beklagte die darin vereinbarten Vergütungen zu zahlen habe. Dies gelte auch, wenn die minderjährige Tochter der Beklagten die Telefonate entgegen genommen habe. In diesem Fall sei sie bei Abschluss der Verträge nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht wirksam vertreten worden. Die Beklagte habe ihrer Tochter gestattet, das im Haushalt befindliche Telefon zu nutzen. Hiermit sei dieser eine Stellung eingeräumt worden, die typischerweise mit einer Vollmacht zum Abschluss von Telefondienstleistungsverträgen verbunden sei. Diese erfasse auch die kostenpflichtige Entgegennahme von R-Gesprächen. Ein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1, § 355 BGB bestehe nicht, da die Vorschriften über Fernabsatzverträge analog § 312b Abs. 3 Nr. 7b BGB auf Verträge der vorliegenden Art keine Anwendung fänden.

II.

8 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

9 1. Dem Berufungsgericht ist allerdings darin beizupflichten, dass mit der Annahme der R-Gespräche Verträge zwischen den Parteien über die von der Klägerin angebotenen Verbindungsdienstleistungen zustande kommen konnten.

- 10 a) Ein Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, durch den neben den als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Telefondienstvertrag mit dem Teilnehmernetzbetreiber - hier mit der D. T. AG - ein weiteres Rechtsverhältnis mit einem anderen Anbieter hinzutritt (vgl. Senatsurteil BGHZ 158, 201, 203 f; Senatsurteile vom 22. November 2001 - III ZR 5/01 - NJW 2002, 361, 362 und vom 28. Juli 2005 - III ZR 3/05 - NJW 2005, 3636, 3637, mit zustimmenden Besprechungen von Mankowski NJW 2005, 3614 ff und Tiedemann BGHReport 2005, 1362 f sowie ablehnender Anmerkung von Ditscheid MMR 2005, 599 f), kommt von Seiten des Nutzers regelmäßig über die Anwahl einer bestimmten Nummer am Telefongerät oder am Computer zustande (Senatsurteil vom 28. Juli 2005 aaO). Auch in der Wahl der Tastenkombination "Eins" und "Zwei", durch die die von der Klägerin vermittelten R-Gespräche angenommen wurden, kann deshalb eine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung des Angerufenen gesehen werden.
- 11 Ein Vertrag setzt ein entsprechendes Angebot des Anbieters der Dienstleistung, sei es in Form einer Realofferte, sei es durch eine individuelle oder automatisierte ausdrückliche Erklärung, voraus. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der Revision enthielt die Ansage der Klägerin, die der Herstellung der Verbindung zwischen dem Anrufer und dem angerufenen Telefonanschluss vorausging, die für ein rechtsgeschäftliches Angebot erforderlichen Elemente. Die in den Senatsurteilen vom 28. Juli 2005 (aaO) und vom 20. Oktober 2005 (III ZR 37/05 - WM 2005, 2333, 2334 f) angeestellten Erwägungen sind auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar. Anders als in den dort entschiedenen Fällen, die Ansprüche von Verbindungsbetreibern, die den Datenaustausch zwischen Telefonanschlüssen und Mehrwertdiensten vermittelten, zum Gegenstand hatten, stellte die Klägerin mit

der Ansage klar, dass die Verbindung des Anrufenden mit dem angerufenen Anschluss ein besonderer, zu den Leistungen des Betreibers des Mobilfunknetzes, aus dem angerufen wurde, und des Teilnehmernetzbetreibers des angerufenen Anschlusses hinzutretender Dienst war, für den sein Erbringer das in der Ansage bezeichnete Entgelt forderte. Damit waren die angebotene Verbindungsdienstleistung und ihr Preis hinreichend individualisiert.

- 12 b) Allerdings offenbarte die Klägerin nicht ihre Identität. Dies ist jedoch unschädlich. Für einen Antrag im Sinne des § 145 BGB ist zwar notwendig, dass nicht nur der Vertragsgegenstand, sondern auch der Vertragspartner wenigstens hinreichend bestimmt ist (z.B.: Bamberger/Roth/Eckert, BGB, § 145 Rn. 34; speziell zu Telekommunikationsdienstleistungen: Mankowski aaO, S. 3616). Dieses Erfordernis ist hier jedoch noch gewahrt. Der Grad der notwendigen Bestimmtheit hängt von dem jeweiligen in Aussicht genommenen Rechtsgeschäft ab. Bei der angebotenen Herstellung einer Verbindung zwischen zwei Telefonnetzen handelt es sich um eine alltägliche Massendienstleistung, die sogleich erbracht wird und der individuelle, durch den jeweiligen Anbieter geprägte Merkmale fehlen. Aus diesem Grunde hat derjenige, der die Leistung in Anspruch nehmen will und dem der hierfür verlangte Preis bekannt ist, typischerweise kein besonderes Interesse zu wissen, wer der Leistungserbringer ist. Vor allem aber gibt derjenige, der trotz fehlender Informationen über seinen Vertragspartner dessen Leistung - hier durch Drücken einer Tastenkombination - annimmt, zu erkennen, dass ihm die Person des - spätestens bei Rechnungslegung offenbarten - Vertragsgegners gleichgültig ist. Dementsprechend genügt es in diesen Fällen für einen wirksamen Antrag nach § 145 BGB, wenn aus ihm nur hervorgeht, dass der jeweilige Anbieter der Verbindungsdienstleistung Vertragspartner werden soll, ohne dass dieser individualisiert wird.

- 13 2. Demgegenüber vermag der Senat die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu teilen, die Beklagte hafte für die Entgeltforderung unabhängig davon, ob sie selbst oder ihre Tochter die R-Gespräche geführt hat, weil ihr deren Handeln im Wege der Anscheinsvollmacht zuzurechnen sei. Vielmehr hätte das Berufungsgericht die insoweit von der - beweispflichtigen - Beklagten angebotenen Beweise erheben müssen.
- 14 a) Der schlichten Gestattung, das häusliche Telefon zu nutzen, ist entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht die positive schlüssige Bevollmächtigung zu entnehmen, Verträge über die automatische Herstellung von R-Gesprächen zu schließen. Dies würde voraussetzen, dass die Beklagte die Inanspruchnahme ihres Telefonanschlusses für derartige Dienstleistungen billigte. Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es ist vielmehr vom Vorliegen einer Anscheinsvollmacht ausgegangen.
- 15 b) Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen jedoch die Annahme einer Haftung der Beklagten für die von der Klägerin verlangten Verbindungsentgelte kraft Rechtsscheins nicht.
- 16 aa) In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ist umstritten, ob die Familienangehörigen des Anschlussinhabers diesen beim Abschluss von Telekommunikationsdienstleistungsverträgen über R-Gespräche am Fernsprecher wirksam vertreten, auch wenn sie hierzu, wie dies meistens der Fall sein und auch hier von der Beklagten geltend gemacht wird, nicht ausdrücklich bevollmächtigt sind. In der Minderzahl der veröffentlichten Entscheidungen (z.B.: AG Fürth/Odenwald MMR 2005, 489; AG Nettetal MMR 2005, 490; im Ergebnis auch LG Paderborn MMR 2005, 480; siehe ferner LG Berlin, Urteil vom 11. Juli

2001 - 18 O 63/01 - juris Rn. 38 <erstinstanzliche Entscheidung zum Senatsurteil BGHZ 158, 201 ff>) wird der Rechtsstandpunkt vertreten, der Anschlussinhaber sei bei der mit der Gesprächsannahme abgegebenen Willenserklärung nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht wirksam vertreten (für den Fall, dass Anhaltspunkte für die missbräuchliche Nutzung des Anschlusses durch Minderjährige bestehen, im Ergebnis auch AG und LG Frankfurt am Main MMR 2005, 488 f). Demgegenüber verneint die Gegenauffassung die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht mit der Begründung, die bloße Entgegennahme eines R-Gespräches durch die Wahl einer Tastenkombination erzeuge nicht den Rechtsschein, der Annehmende sei von dem Anschlussinhaber zum Abschluss eines kostenpflichtigen Verbindungsdienstvertrags bevollmächtigt (AG Braunschweig MMR 2004, 705, 706; AG Regensburg MMR 2005, 200; AG Völklingen MMR 2005, 482, 483 mit zustimmender Anmerkung Grabe MMR 2005, 483 ff; AG Hamburg-Altona MMR 2005, 485, 486; AG Menden NJW-RR 2005, 850, 851; AG Kassel NJW-RR 2005, 1142; LG Potsdam NJW-RR 2006, 192, 193; im Ergebnis auch AG Limburg MMR 2005, 488; AG Crailsheim NJW-RR 2005, 851, 852; so auch für die Anwahl eines Mehrwertdienstes z.B.: Hanau, Handeln unter fremder Nummer, S. 179 f m.w.N.; siehe ferner LG Bonn MMR 2004, 179 ff zur fehlenden Anscheinsvollmacht bei der passwortgeschützten Teilnahme an einer Internetauktion mit kritischer Anmerkung von Manowski MMR 2004, 181 ff).

- 17 bb) Der letzteren Auffassung ist zuzugeben, dass die herkömmlichen Kriterien für die Anscheinsvollmacht beim Abschluss von Verträgen über Verbindungsdienstleistungen durch die Wahl von Nummern am Telefongerät nicht passen. Eine Anscheinsvollmacht liegt vor, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters, anders als bei der Duldungsvollmacht, zwar nicht kennt, jedoch es bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können

und der andere darauf vertraut hat und vertrauen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des Vertreters (ständige Rechtsprechung, z.B.: Senatsurteil vom 5. März 1998 - III ZR 183/96 - NJW 1998, 1854, 1855). Bei der Annahme von R-Gesprächen fehlt es an dem für die Anscheinsvollmacht erforderlichen Vertrauenstatbestand, sofern nicht - hier nicht erkennbare - außergewöhnliche Umstände vorliegen, solange der Minderjährige nicht wiederholt und über eine gewisse Dauer diese Telefonate angenommen hat und der Anbieter nicht aufgrund vom Anschlussinhaber beglichener Rechnungen davon ausgehen konnte, dieser kenne und dulde die Inanspruchnahme der Leistungen (so zutreffend für Mehrwertdienste: Hanau aaO, S. 180). Die Rechtsgrundsätze der Anscheinsvollmacht greifen in der Regel nur dann ein, wenn das Verhalten des einen Teils, aus dem der Geschäftspartner auf die Bevollmächtigung eines Dritten schließen zu können glaubt, von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist (Senat aaO m.w.N.). Da die Beklagte vor der im vorliegenden Rechtsstreit eingeklagten Rechnung keine Entgeltforderungen der Klägerin für frühere R-Gespräche beglichen hatte, fehlte es an einem solchen individuellen Vertrauenstatbestand.

- 18 Als Anknüpfungspunkt für einen Rechtsschein zu Lasten des Anschlussinhabers besteht, wenn über das Telefon, wie hier, kein persönlicher Kontakt zwischen dem Anbieter der Kommunikationsdienstleistung und dem Anschlussnutzer zustande kommt, lediglich die Unterhaltung eines funktionstüchtigen Telefonanschlusses. Hieraus kann jedoch kein Vertrauenstatbestand für die Vollmacht des Nutzers entstehen. Der jeweilige Nutzer bleibt dem Anbieter gegenüber anonym. Diesem ist nicht bekannt, ob der Anschlussinhaber selbst, eine Person, der er den Zugang zum Telefon gestattet hat, oder ein unbefugter Dritter die angebotene Verbindungsdienstleistung in Anspruch nimmt (so zutreffend LG Potsdam aaO).

19 cc) Gleichwohl scheidet eine vertragliche Haftung des Anschlussinhabers bei der Inanspruchnahme von Telefondienstleistungen durch seine Familienangehörigen in diesen Konstellationen nicht stets aus. Der der Anscheinsvollmacht zugrunde liegende Rechtsgedanke, nach dem ein Teilnehmer am Rechtsverkehr für das seiner Risikosphäre zuzurechnende Verhalten Dritter auch vertraglich einzustehen hat, ist im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen über die herkömmlichen Fallgruppen hinaus anwendbar. Diese Besonderheit findet ihren Ausdruck und ihre rechtliche Grundlage in § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV. Danach ist der Anbieter nicht berechtigt, die Verbindungsentgelte vom Kunden zu fordern, wenn der Nachweis erbracht ist, dass der Netzzugang in vom Kunden nicht zu vertretendem Umfang genutzt wurde. Diese Bestimmung grenzt die Risikosphären zwischen dem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen und dem Anschlusskunden bezüglich des Zugriffs Dritter auf den Netzzugang unter dem objektivierten Gesichtspunkt von einander ab, ob der Kunde die Nutzung seines Anschlusses zu vertreten hat. (Senatsurteil BGHZ 158, 205, 207; siehe auch Begründung der Bundesregierung zum Entwurf der TKV, BR-Drucks. 551/97, S. 36; Ehmer in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., Anh § 41 §16 TKV Rn. 15, 17; Grabe MMR 2005, 483, 484; Nießen in Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, C § 41/§ 16 TKV Rn. 48, Stand: 7/03). Auf einen individuell geschaffenen Vertrauenstatbestand kommt es danach im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich bei der Erbringung von Verbindungsdienstleistungen um ein praktisch vollständig technisiertes, anonymes Massengeschäft handelt, nicht mehr an.

20 dd) Die Beklagte hat allerdings das Handeln ihrer Tochter nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht zu vertreten. Im Sinne des § 16 Abs. 3

Satz 3 TKV zu vertreten hat der Anschlussinhaber entsprechend § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit (Senat aaO, S. 209 m.w.N.).

21 Im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses (§ 241 BGB) muss sich der Anschlussinhaber darüber hinaus das Verhalten derjenigen, denen er Zugang zum Netzanschluss gewährt, entsprechend § 278 BGB zurechnen lassen (Senat aaO; siehe ferner Hanau aaO, S. 165 f). Ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien existierte, anders als in dem vom Senat entschiedenen Fall, in dem der Teilnehmernetzbetreiber, mit dem ein Dauerschuldverhältnis bestand, eine Entgeltforderung verfolgte, jedoch vor Annahme der jeweiligen R-Gespräche nicht. Insbesondere entstand durch den Anruf der Klägerin und das Angebot, die Verbindung zu dem Anrufer aus dem Mobilfunknetz herzustellen, kein Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 2 i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB. Vertragsverhandlungen (Nummer 1) wurden mit dem Anruf der Klägerin nicht eingeleitet, da ein Austausch über den Inhalt des beabsichtigten Verbindungsdienstvertrags nicht aufgenommen werden sollte, der Angerufene vielmehr lediglich die Gelegenheit hatte, das Gespräch zu den Bedingungen der Klägerin anzunehmen oder abzulehnen. Die Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind gleichfalls nicht erfüllt. Die Klägerin gewährte nicht bereits bei der Vertragsanbahnung im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem Anschlussinhaber oder -nutzer die Möglichkeit der Einwirkung auf ihre Rechte, Rechtsgüter und Interessen oder vertraute ihm diese an. Ihre Interessen beschränkten sich in diesem Stadium darauf, möglichst die Annahme des R-Gesprächs und damit den Vertragsschluss zu erreichen.

22 Danach ist für die Entscheidung maßgeblich, ob die Beklagte vorsätzlich oder fahrlässig die Annahme der R-Gespräche durch ihre Tochter ermöglichte. Die bewusste Duldung scheidet nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden

Sachverhalt aus. Zur Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) muss der Anschlussinhaber alle ihm zumutbaren geeigneten Vorkehrungen treffen, um eine von ihm nicht gebilligte Nutzung seines Telefons zu unterbinden. Zumutbar sind diejenigen Maßnahmen, die einem gewissenhaften durchschnittlichen Telefonkunden bekannt sind und zu deren Durchführung er mit vertretbarem Aufwand in der Lage ist (vgl. Grabe MMR 2005, 483, 484). Nach dem derzeitigen Stand besteht schon keine zumutbare Möglichkeit, die Entgegennahme von R-Gesprächen technisch zu unterbinden, anders als dies für die von Dritten aktiv betriebene Inanspruchnahme seines Anschlusses für kostenträchtige Verbindungen (z.B.: Mehrwertdienste <0190- und 0900-Nummern>, Auskunftsdienste, die oft als Premiumdienste missbraucht werden <0118-Nummern>, kostenpflichtige Abstimmungsnummern <0137-Nummern>, teure Auslandstelefonate) der Fall ist. Die von der Klägerin vorgetragene technische Möglichkeiten sind - ihre praktische Durchführbarkeit vorausgesetzt - zur Verhinderung der Annahme von R-Gesprächen durch Familienangehörige unzumutbar.

23 Die vollständige Sperrung des Netzzugangs für Dritte unter Einschluss von Familienmitgliedern ist unzumutbar, wenn sich der Anschlussinhaber lediglich gegen die mit der Führung von R-Gesprächen verbundenen Gefahren schützen will, die dadurch entstehen, dass ein Telekommunikationsunternehmen unaufgefordert seine Leistungen anbietet (vgl. LG Potsdam NJW-RR 2006, 192, 194). Die mit der Vollsperrung des Anschlusses zugleich bewirkte Verhinderung jeglicher durch Dritte hergestellter abgehender Telekommunikationsverbindungen wäre in diesem Fall eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Lebensführung, die auch einem gewissenhaften und vorsichtigen Anschlussinhaber und seiner Familie nicht ernsthaft angesonnen werden kann.

- 24 Die von der Klägerin angeführte Sperre der Tasten mit den Ziffern "Eins" und "Zwei" ist nicht bei jedem Apparat möglich. Sie ist überdies schon deshalb unzumutbar, weil damit auch der Zugang zu den Notrufnummern 110 (Polizei) und 112 (Feuerwehr/Rettungsdienst) vereitelt würde (so zutreffend AG Kassel NJW-RR 2005, 1142, 1143). Weiterhin liefe dies auf eine nicht hinzunehmende Verhinderung von Verbindungen zu allen Anschlüssen, deren Nummern die Ziffern "Eins" oder "Zwei" enthalten, hinaus.
- 25 Die vorsorgliche Ausschaltung des Tonwahlverfahrens würde die Nutzungsmöglichkeiten des Telefons ebenfalls in nicht tragbarer Weise einschränken. Über dieses Verfahren wird eine Vielzahl von Diensten ermöglicht, wie Rückfrage, Makeln, Dreierkonferenz, Abwicklung von Bankgeschäften, Bedienung und Abfrage von Anrufbeantwortern. Der dauerhafte Verzicht auf solche Optionen, lediglich um Vorsorge gegenüber R-Gesprächen zu treffen, würde unter Berücksichtigung der gesteigerten Kommunikationsbedürfnisse in einer informationstechnisch fortgeschrittenen Gesellschaft eine unverhältnismäßige Belastung des Anschlussinhabers und seines persönlichen Umfeldes darstellen (so zutreffend LG Potsdam aaO; AG Völklingen MMR 2005, 482, 483; Grabe aaO).
- 26 Mit der Einrichtung einer so genannten Warteschleife, durch die die Verbindung mit sämtlichen eingehenden Anrufen solange verzögert wird, bis eine Annahme des R-Gesprächs nicht mehr möglich ist, ist der durchschnittliche Anschlusskunde überfordert (so zutreffend AG Völklingen und Grabe aaO). Überdies würde auch der reguläre eingehende Telefonverkehr unangemessen behindert.

27 Die Einrichtung einer Sperre der eigenen Rufnummer bei dem jeweiligen Anbieter von R-Gesprächen ist ebenfalls unzumutbar. Der Anschlussinhaber wäre zu einer ständigen Beobachtung des Telekommunikationsmarktes gezwungen, um festzustellen, welches Unternehmen zu welchen Konditionen R-Gespräche vermittelt, und um sich so in die Lage zu versetzen, sogleich bei den einzelnen Anbietern eine Rufnummernsperre zu beauftragen. Ein solcher Aufwand würde auch an einen gewissenhaften Durchschnittstelefonkunden unverhältnismäßige, überzogene Anforderungen stellen (so auch Grabe aaO, S. 484 f). Gleiches gilt für die von der Klägerin behauptete Möglichkeit einer "sich auf R-Gespräche beziehenden Rufnummernsperre". Auch diese Maßnahme wäre unzumutbar, weil dem Kunden ebenfalls angesonnen würde, den Telekommunikationsmarkt fortlaufend zu beobachten, die Nummern, unter denen die einzelnen R-Gesprächsdienste anrufen, zu ermitteln und sodann beim Teilnehmernetzbetreiber für die Entgegennahme einzeln sperren zu lassen, sofern dieser ein solches Leistungsmerkmal überhaupt anbietet.

28 Allerdings mag sich die Sach- und Rechtslage ändern, wenn das von der Bundesregierung entworfene und in den Deutschen Bundestag in der 15. Wahlperiode eingebrachte Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks. 15/5213), das zunächst der Diskontinuität anheim gefallen ist, nach seiner Wiedereinbringung in Kraft tritt. Der Gesetzentwurf (aaO, S. 17) sieht in Art. 5 Nr. 4b die Einfügung eines § 66i Abs. 2 in das Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) vor, nach dem die Regulierungsbehörde eine Liste mit Rufnummern von Anschlüssen führt, die von R-Gesprächsdiensten für eingehende R-Gespräche zu sperren sind. Die Aufnahme in diese Liste soll der Kunde über seinen Anbieter von Telekommunikationsdiensten unentgeltlich veranlassen können. Die Regulierungsbehörde soll die Liste den Anbietern von R-Gesprächsdiensten zum Abruf bereit halten. So-

bald die Möglichkeit zur Aufnahme in die bei der Regulierungsbehörde geführte Sperrliste besteht und dies in der Öffentlichkeit bekannt ist, dürfte es einem Anschlussnehmer zumutbar sein, sich auf diese vergleichsweise einfache Weise vor unerwünschten R-Gesprächen zu schützen.

29 Da zumutbare technische Möglichkeiten zur Verhinderung der unbefugten Führung von R-Gesprächen im maßgeblichen Zeitraum nicht bestanden, blieb der Beklagten als Maßnahme, dem Entstehen von Entgeltforderungen aus derartigen Gesprächen entgegenzuwirken, nur, deren Annahme ihrer Tochter zu verbieten. Eine Obliegenheit hierzu setzt voraus, dass die Beklagte mit der Annahme von kostenträchtigen R-Gesprächen durch ihre Tochter hätte rechnen müssen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die Beklagte nicht verpflichtet, sich ständig über die auf dem Telekommunikationsmarkt angebotenen Dienstleistungen auf dem Laufenden zu halten und sich umgehend auf neue technische Möglichkeiten der Nutzung ihres Telefonanschlusses einzustellen. Dies würde die Anforderungen selbst an einen besonders gewissenhaften Telefonkunden überspannen. Grund für die Beklagte, ihrer Tochter ohne konkreten Anlass die Entgegennahme von automatisch vermittelten R-Gesprächen zu untersagen, bestand vielmehr erst, sobald dieser Dienst und dessen hohe Kostenträchtigkeit einem durchschnittlich aufmerksamen Telefonkunden geläufig waren. Dies war nach dem bisherigen Sach- und Streitstand jedenfalls im hier maßgebenden Zeitraum (Juni 2003) nicht der Fall.

30 3. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung des Senats kommt nicht in Betracht.

31 Insbesondere konnte die Beklagte die auf Abschluss der Verträge mit der
Klägerin gerichteten Willenserklärungen nicht gemäß § 312d Abs. 1 i.V.m.
§ 355 BGB widerrufen.

32 a) Es kann auf sich beruhen, ob entgegen der Ansicht des Berufungsge-
richts auch ein mittels Wahl einer Tastenkombination am Telefon geschlossener
Vertrag über die Erbringung von Verbindungsdienstleistungen ein Fernabsatz-
vertrag im Sinne von § 312b BGB ist (so z.B.: AG Braunschweig MMR 2004,
705, 706; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, § 312b Rn. 49; Fuchs ZIP
2000, 1273, 1274 f; Härting, Fernabsatzgesetz, § 1 Rn. 169; Lütcke, Fernab-
satzrecht, § 312b Rn. 139; a.A.: LG Paderborn MMR 2005, 480 zumindest für
die Annahme eines R-Gesprächs).

33 b) Jedenfalls ist ein etwaiges Widerrufsrecht der Beklagten nach § 312d
Abs. 3 BGB (in der für den vorliegenden Sachverhalt maßgeblichen bis zum
7. Dezember 2004 geltenden Fassung, neu gefasst durch Gesetz vom 2. De-
zember 2004, BGBl. I S. 3102) untergegangen. Nach dieser Bestimmung er-
lischt das Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der
Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der
Widerrufsfrist begonnen hat (1. Alternative) oder der Verbraucher diese selbst
veranlasst (2. Alternative). Mit der Annahme des R-Gesprächs durch Wahl der
dafür vorgesehenen Tastenkombination willigt der Nutzer des angerufenen Te-
lefonanschlusses nicht nur in das Vertragsangebot der Klägerin ein, sondern
veranlasst zugleich die sofortige Erbringung der Verbindungsdienstleistung. Das
Tatbestandsmerkmal des § 312d Abs. 3, 2. Alt. BGB a.F. ist jedenfalls erfüllt,
wenn der Verbraucher durch eine eigene Handlung bewusst den Lei-
stungsvorgang auslöst. Dementsprechend veranlasst er die Ausführung der
Leistung, wenn er eine Datei aus dem Internet herunterlädt (Begründung der

Bundesregierung zum Entwurf des Fernabsatzgesetzes, BT-Drucks. 14/2658 S. 43; MünchKommBGB/Wendehorst, 4. Aufl., § 312d Rn. 97), einen Mehrwertdienst in Anspruch nimmt (Palandt/Grüneberg, BGB, 65. Aufl., § 312d Rn. 7a), sonstige Online-Dienstleistungen abrufen (Wilmer/Hahn, Fernabsatzrecht mit Finanzdienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäfterecht, § 312d Rn. 17) oder beginnt, in einer elektronischen Datenbank zu stöbern (Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, § 312d Rn. 22). Die Annahme eines R-Gesprächs entspricht diesen Handlungen (so auch für die Anwahl eines Verbindungsnetzbetreibers im sogenannten call-by-call-Verfahren Wilmer/Hahn aaO). Die für die Herstellung der Verbindung zwischen dem Verbraucher und dem Anrufer erforderliche Tastenwahl hat, ebenso wie der in den vorgenannten Fällen notwendige Mausklick, die Ingangsetzung des Leistungsvorgangs zur Folge. Auf die vom Amtsgericht Braunschweig (MMR 2004, 705, 706; zustimmend: Wilmer/Hahn aaO) erörterte und verneinte Frage, ob in dem Drücken der für die Annahme des R-Gesprächs erforderlichen Tastenkombination eine ausdrückliche Zustimmung zur sofortigen Leistungserbringung (§ 312d Abs. 3, 1. Alt. BGB) zu erblicken ist, kommt es deshalb nicht mehr an.

- 34 c) Für das Erlöschen des Widerrufsrechts war es nicht erforderlich, dass die Klägerin ihre Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. § 1 BGB-InfoV (jeweils in der für den vorliegenden Sachverhalt maßgeblichen bis zum 7. Dezember 2004 geltenden Fassung, neu gefasst durch Gesetz vom 2. Dezember 2004, BGBl. I S. 3102) erfüllt und insbesondere auf das Widerrufsrecht hingewiesen hatte (§ 1 Abs. 1 Nr. 9 BGB-InfoV a.F.). Der in der Literatur überwiegenden Meinung (Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch aaO, Rn. 21; Erman/Saenger, BGB, § 312d Rn. 14; Lütcke aaO Rn. 61; Palandt/Grüneberg § 312d Rn. 7a; a.A.: MünchKommBGB/Wendehorst aaO, Rn. 99 zur Informationspflicht nach § 312d Abs. 2 BGB) zufolge erlischt das Widerrufsrecht auch

dann, wenn der Anbieter seinen Informationspflichten nicht nachgekommen ist. Dem ist beizupflichten. § 312d Abs. 3 BGB sieht keine Einschränkung vor, dass das Erlöschen des Widerrufsrechts von der Erfüllung von Unterrichtungspflichten abhängt (Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch aaO). Der Verbraucher wird hierdurch nicht unangemessen beeinträchtigt, da ihm bei Verletzung der Informationspflichten durch den Unternehmer Schadensersatzansprüche (§ 280 BGB) zustehen können (Palandt/Grüneberg aaO). Zudem ist der Kunde zumindest in Bezug auf die Belehrung über das Widerrufsrecht nicht schutzwürdig, wenn die angebotene Dienstleistung, wie hier, im Interesse des Verbrauchers typischerweise sofort erbracht wird. Die bloße Unterrichtung über das Widerrufsrecht wäre in diesen Fällen sinnlos, da es mit dem Beginn der Leistungserbringung nach § 312d Abs. 3 BGB sogleich erlischt. Sinnvoll wäre nur eine weitergehende Belehrung, mit der auch auf den Inhalt dieser Vorschrift hingewiesen wird, da der Verbraucher dann in die Lage versetzt würde, zu entscheiden, ob er die Leistung trotz der Wirkung des § 312d Abs. 3 BGB sofort in Anspruch nehmen möchte. Eine derartige Information sieht das Gesetz jedoch nicht vor.

35 4. Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls weiterhin Feststellungen zu den Voraussetzungen der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB zu treffen haben.

36 Der der Beklagten berechnete Preis von 2,9 Cent pro Sekunde (= 1,74 € pro Minute) ist - zumindest dem ersten Anschein nach - auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin für R-Gespräche höhere Kosten als gewöhnliche Verbindungsnetzbetreiber hat, auffällig hoch. Hinzu tritt, dass die Vertragsanbahnungssituation überrumpelnd wirken konnte. Es besteht für den

Senat jedoch auch unter Berücksichtigung der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung keine Veranlassung, hierauf näher einzugehen.

- 37 5. Für den Fall, dass die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf vertraglicher Grundlage hat, weil ihre Tochter die R-Gespräche geführt hat, kommt auch eine Forderung auf der Grundlage von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht in Betracht, da nicht die Beklagte, sondern allenfalls deren Tochter um den Wert der Telefonate bereichert ist.

Schlick

Wurm

Streck

Dörr

Herrmann

Vorinstanzen:

AG Würzburg, Entscheidung vom 15.02.2005 - 16 C 2202/04 -

LG Würzburg, Entscheidung vom 29.06.2005 - 42 S 486/05 -