

tungsanlage, die selbst dann auf den Mieter verlagert werden können, wenn die Wasseraufbereitung zwar nicht erforderlich ist, aber sie die Qualität des Wassers verbessert (MüKo/Schmid, § 2 BetrKV Rn 9). Die Kosten der Wasserzähler (wobei es sich insb. um die Kosten der nach § 2 Abs. 1 EichG vorgeschriebenen Eichung handelt) dürfen ebenfalls umgelegt werden. Gleiches gilt für die Kosten des Gerätetausches dann, wenn diese nicht höher sind als die Eichkosten (BR-Drucks. 568/03, 29f.). Ob die Kosten für den Erwerb von Wasserzählern umlagefähig sind, wird unterschiedlich beurteilt (MüKo/Schmid, § 2 BetrKV Rn 4; Schläger, ZMR 1994, 189). Weist die Wasserabrechnung einen nicht nachvollziehbaren Anstieg des Wasserverbrauchs auf, ist der Vermieter in jedem Fall gehalten, die Ursache zu erforschen (Langenberg, Rn 39).

V. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

170 Bei Streitigkeiten hinsichtlich der Versorgung mit Leitungswasser richtet sich der Rechtsweg nach der Art der Angelegenheit. Ausgangspunkt ist § 40 VwGO, wonach der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet ist, soweit keine Sonderzuweisung vorliegt. Fragen, die die Nutzung des Gewässers als solches betreffen sind ebenso wie Fragen der Genehmigung und Erlaubnis (VGH BV 20.5.2010 – 3 S 1253/08, VBIBW 2010, 395 für Bootsanbindepfähle) oder Fragen der Belastung (VGH BW 18.11.2010 – 3 S 140/07, DÖV 2010, 410 für Nitratbelastung) öffentlich-rechtlicher Natur. Der Zivilrechtsweg ist demgegenüber einschlägig, wenn zwei Privatrechtssubjekte über die Einhaltung eines Vertrages oder die Folgen dessen Nichteinhaltung streiten. Für die Auseinandersetzungen von Mietern und Vermietern über die Wasserversorgung ist folglich das Zivilgericht zuständig. Gleiches gilt für den Fall, dass das Benutzungsverhältnis zwischen Wasserversorger und Endabnehmer privatrechtlich ausgestaltet ist. Die Kosten und Gebühren des Verfahrens richten sich nach dem Streitwert.

C. Telekommunikation (Internet, Fest- und Mobilfunk)

Schrifttum: Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, Kommentar, 2008; Bartsch, Michael/Lutterbeck, Bernd (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, 1998; Bischof, Elke/Schneider, Jochen, Der Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag, ITRB 2005, 214; Büchting, Hans-Ulrich, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 9. Aufl. 2007; Buchwitz, Wolfram, Onlinespiele, Mehrwertdienste und Minderjährige, VuR 2010, 378; Cichon, Caroline, Internet-Verträge, 2. Aufl. 2005; Ditscheid, Alexander, Der neue Telekommunikationskündigungsschutz, MMR 2007, 210; Ernst, Stefan, Vertragsgestaltung im Internet, 2003; Fischer, Martin/Galster, Rüdiger, Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf Telekommunikationsverträge, MMR 2002, 71 ff; Gelberg, Hans G., Verbraucher-schutz nach dem novellierten Telekommunikationsgesetz (TKG), GewArch 2007, 454; Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006; Härtig, Niko, Providerverträge und Telekommunikationsgeheimnis, ITRB 2007, 242; Heun, Sven-Erik (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007; Hilty, Reto M. (Hrsg.), Information Highway, 1996; Hoeren, Thomas, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen, 2008; ders./Sieber, Ulrich, Handbuch Multimedia Recht, 26. Ergänzungslieferung, August 2010; Holznagel, Bernd, Die TKG-Novelle 2010 – Überblick über zentrale Regelungen des Referentenentwurfs, K&R 2010, 761; ders./Einaux, Christoph/Nienhaus, Christian, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006; Jessen, Tanja, Vertragsgestaltung und -praxis der Online-Dienste, ZUM 1998, 282; Kafka, Axel/König, Frank, Referentenentwurf zur Novellierung des TKG – Erster Schritt in die richtige Richtung?, IR 2011, 7; Kessel, Christian, Die neuen Kundenschutzbestimmungen im TKG – Folgen für die Klauselgestaltung, K&R 2007, 506; Kloos, Bernhard/Wagner, Axel-Michael, Vom Eigentum zur Verfügbarkeit, CR 2002, 865; Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas, Telekommunikationsrecht, 2004; Kosmides, Timoleon, Providing-Verträge, 2010; Kröger, Detlef/Gimny, Marc A. (Hrsg.), Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl. 2002; Kühling, Jürgen/Elbracht, Alexander, Telekommunikationsrecht, 2008; Kühling, Jürgen/Neumann, Andreas, Anmerkung zum Ur. des AG Darmstadt vom 30.6.2005, K&R 2005, 478; Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A., Praxis des Online-Rechts, 2001; Lorenz, Bernd, Verfall- und Auszählungsgebührenklauseln in Prepaid-Mobilfunkverträgen, VuR 2009, 330; Mankowski, Peter, Anmerkung zum Ur. des BGH vom 4.3.2004, MMR 2004, 312; Mayer, Christoph/Möller, Claudius, Erweiterter Verbraucherschutz in der Telekommunikation. Die neuen Vorschriften der §§ 66 a ff TKG im Überblick, MMR 2007, 559; Müller, Ulf/Bohne, Michael, Providerverträge, 2005; Müller-Hengstenberg, Claus D., Nationale und internationale Rechtsprobleme im Internet, NJW 1996, 1777; Ohlenburg, Anna, Der neue Telekommunikationsdatenschutz – Eine Darstellung von Teil 7 Abschnitt 2 TKG, MMR 2004, 431; Pohle, Jan/Dorschel, Joachim, Entgeltnachweis und technische Prüfung, CR 2007, 153; Redeker, Helmut (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, 20. Ergänzungslieferung, Oktober 2010; Säcker, Franz J. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009; Scheurle, Klaus-Dieter/Mayen, Thomas (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2008; Schmitz, Peter, Inhalt und Gestaltung von Telekommu-

nikationsverträgen, MMR 2001, 150; Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl. 2009; Schulze, Reiner u.a. (Hrsg.), BGB Handkommentar, 6. Aufl. 2009; Schuppert, Stefan, Web-Hosting-Verträge, CR 2000, 227; Spindler, Gerald (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl. 2004; ders., Zugangsgewährung durch Internet-Provider – Typische Klauseln und Inhaltskontrollen, K&R 1999, 488; ders., Inhaltskontrolle von Internet-Provider-Verträgen, BB 1999, 2037; ders., Neues im Vertragsrecht der Internet-Provider, CR 2004, 203; ders./Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, 2008; Taeger, Jürgen/Rose, Edgar, Informationspflichten beim Klingeltonvertrieb im M-Commerce, K&R 2007, 233; Wegmann, Henning, Sind Sehbehinderte die schlechteren Fernsehzuschauer? Für eine verfassungskonforme Auslegung des § 66 a TKG, VuR 2008, 334; Weitnauer, Wolfgang (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 2. Aufl. 2009; Wischmann, Tim, Rechtsnatur des Access-Providing, MMR 2000, 461; Wissmann, Martin (Hrsg.), Telekommunikationsrecht-Praxishandbuch, 2. Aufl. 2006; Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas, AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl. 2009; Zagouras, Georgios, Mehrwertdienste und Verbraucherschutz im TKG, NJW 2007, 1914.

In der heutigen Zeit können keine Zweifel mehr daran bestehen, dass sowohl die Telekommunikation über Festnetz und Mobilfunkgeräte als auch das Internet zu einem elementaren Bestandteil der modernen digitalen Gesellschaft geworden sind. Neue Generationen wachsen seit vielen Jahren mit der Möglichkeit der sekundenschnellen, weltweiten Kommunikations- und Informationsmöglichkeit auf. Bereits heute kann also mit Recht behauptet werden, dass diese beiden Bereiche zur elementaren Grundversorgung, wenn nicht sogar zur Daseinsvorsorge der Bevölkerung zu zählen sind. Gerade deshalb ist der Bereich der Telekommunikation jedoch auch ein besonders großes Geschäftsfeld für Unternehmen geworden, so dass in diesem Bereich auch immer wieder rechtliche Gefahren für Verbraucher lauern. Aus diesem Grund ist es umso wichtiger, das Verhältnis zwischen Nutzern und Anbietern zu betrachten. Der Verbraucherschutz im Bereich der Telekommunikation ist mittlerweile mehr als nur ein rechtliches Randgebiet.

I. Internet

Wer das Internet nutzen möchte, benötigt einen entspr. Netzzugang. Access-Provider stellen ihren Kunden diesen Zugang zur Verfügung. Der Provider ist daher ein Vermittler, der die „Schnittstelle“ zwischen dem Nutzer und dem offenen Computernetzwerk „Internet“ bereitstellt.

1. Der Access-Provider

Bei dem sog. Access-Provider handelt es sich im Regelfall um einen Netzinfrastrukturanbieter, der zwar die Telekommunikationsverbindung bereitstellt, meist aber nicht selbst über die physische Herrschaft an den Leitungen verfügt. Vielmehr beschaffen sich Access-Provider ihrerseits die Übertragungskapazitäten bei anderen Unternehmen (Hoeren, Zweites Kapitel Rn 1). Ein Access-Provider stellt somit die Möglichkeit zur Verfügung, sich an einem zentralen Einwahlnoten einzuwählen und dadurch Zugang zum Internet zu bekommen. Aus technischer Sicht empfängt er Daten des Kunden an einem solchen „Point of Presence“ (PoP) und übergibt sie an Netzknotenpunkten zur weiteren Beförderung an andere Betreiber von Teilnetzen des Internets. Gleichzeitig empfängt er Datenpakete aus diesen Teilnetzen und stellt sie dem Kunden wiederum zur Verfügung (Scholz, in: Redeker, Teil 4.1 Rn 1).

2. Der Access-Provider-Vertrag

a) Begriff

Im Zusammenhang mit dem Internet hat sich der Begriff des „Access-Providing“ eingebürgert. Die Bezeichnung der Verträge zu Online- bzw Internet-Leistungen als Providerverträge ist demnach zwar üblich, jedoch ergibt sich (noch) kein fester Begriffskern. Vielmehr lassen sich unter dem Oberbegriff „Provider“ eine Reihe verschiedener Leistungen fassen. Die Rechtsbeziehung zwischen Provider und Endkunden wird dabei idR als Rahmen ausgestaltet, innerhalb dessen dem Kunden verschiedene Leistungen angeboten werden, zB

- Zugang zum Internet (Access-Providing),
- Verschaffen des Auftritts im Internet (Presence-, Host-Providing),

- Gestaltung des Auftritts,
- Web-Design,
- E-Mail-Dienste oder
- Zurverfügungstellung von Speicherplatz zur Erstellung und Bereithaltung einer eigenen Homepage (Content-Providing) (vgl. *Schneider*, in: *Schneider*, Teil O Rn 3).

175 Dabei steht die Zugangsgewährung zu Computernetzen (Access-Providing) als Grundvoraussetzung für alle anderen Dienste und als für die Durchführung des gesamten Rahmenvertrags wesentliche Hauptleistungspflicht des Providers im Mittelpunkt (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 6).

b) Vertragstypologische Einordnung

- 176 Die vertragstypologische Einordnung von Access-Provider-Verträgen ist in der juristischen Lit. umstr. Die Bestimmung der Rechtsnatur eines Vertrages über die Verschaffung des Zugangs zum Internet ist jedoch im Hinblick auf den konkreten Umfang der Leistungspflichten des Providers sowie für die Klärung relevanter Fragen der Leistungsstörung und Gewährleistung von entscheidender Bedeutung.
- 177 Einigkeit besteht lediglich darüber, dass es sich bei Access-Provider-Verträgen um Dauerschuldverhältnisse handelt. Über diese Qualifizierung hinaus existiert eine Vielzahl an Vorschlägen. So werden mit einer Einordnung als **Werkvertrag** (*Heun*, in: *Bartsch/Lutterbeck*, S. 252f), als Mietvertrag (*Cichon*, § 1 Rn 65 ff; *Gottschalk*, in: *Kröger/Gimmy*, S. 258; *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1780) oder als **Dienstvertrag** (LG Hamburg 17.9.1996 – 404 O 135/96, CR 1997, 157; *Jessen*, ZUM 1998, 282, 287) verschiedene Ansichten vertreten. Teilweise wird auch von einem **neuartigen Vertragstypus eigener Art** ausgegangen (in diese Richtung tendieren *Kloos/Wagner*, CR 2002, 865, 868 f, die vom Verfügbarkeitsvertrag sprechen).
- 178 Bzgl der reinen Zugangsleistung ordnete der BGH den Access-Provider-Vertrag in einem Beschluss aus dem Jahre 2005 **schwerpunktmäßig als Dienstvertrag** ein (BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, MMR 2005, 373). Dabei verglich er den Access-Provider-Vertrag mit den von der höchstrichterlichen Rspr als Dienstvertrag qualifizierten Telefon- und Mobilfunkverträgen (vgl. BGH 4.3.2004 – III ZR 96/03, MMR 2004, 308) und verwarf ausdrücklich eine Qualifikation als Miet- oder Werkvertrag. Hinsichtlich einer Qualifikation als Mietvertrag führte der BGH aus, dass der Schwerpunkt der Leistung im Transport der Daten in das und aus dem Internet liege und dem Kunden gleichgültig sei, dass er dazu den Rechner des Access-Providers benötige (BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, MMR 2005, 373, 374).
- 179 Eine mietrechtliche Einordnung scheidet bereits im Ansatz daran, dass der Access-Provider **keine Verfügungsgewalt über fremde Datennetze** hat und somit rein faktisch als „Vermieter“ nicht in Betracht kommt. Es ist keinesfalls immer so, dass derjenige, der die Access-Providing-Verbindung zur Verfügung anbietet, auch die Leitungen zur Verfügung stellt. Dies ist Inhalt vieler Vertragspakete, insb. von Telekommunikationsanbietern. Dennoch gibt es viele Access-Provider, die den Zugang zum Internet nur so anbieten, dass der Kunde den technischen Zugang zum Netz bei Dritten erwerben muss (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 6).
- 180 Gegen eine Qualifizierung als Werkvertrag spricht, dass der Access-Provider dem User eine **Dienstleistung zur Verfügung stellt**, indem er sein System für ihn bereithält und ihn Rechnerleistungen nutzen lässt. Der Access-Provider gewährleistet nur, dass seine Einwahlnoten funktionieren. Er schuldet daher lediglich ein sachgerechtes Bemühen um die Herstellung einer Verbindung zum Internet. Ein tatsächlicher Erfolg entzieht sich überdies seiner Kontrolle, da für die effiziente Nutzbarkeit des Dienstes zB auch die vom Nutzer verwendete Access-Software, seine Hardwarekonfiguration oder die Qualität seiner Telefonverbindung mitverantwortlich sind (vgl. BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, MMR 2005, 373, 374; *Hoeren*, Zweites Kapitel Rn 9).
- 181 Im Ergebnis erweist sich das Access Providing als **überwiegend tätigkeitsbezogen**, so dass vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien an den dispositiven dienstvertraglichen Vorschriften des BGB gemessen werden.

3. Verbraucherschützende Rechtsvorschriften

Der Internet-Access-Provider-Vertrag stellt eine Besonderheit in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses dar. Diese liegt darin, dass ein moderner und sich stetig wandelnder Regelungsinhalt auf die klassischen Mittel des Vertragsschlusses und der Vertragsgestaltung trifft. So sind neben allg. **bürgerlich rechtlichen Normen** auch spezielle Normen des **Telekommunikations- und Medienrechts** von Bedeutung. Eine besondere Prägung erhält diese Vertragsart durch das Instrument der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)**. Dies hat auch zur Folge, dass Aussagen zum Gesamtbereich der Access-Provider-Verträge immer nur abstrakt erfolgen können. Eine umfassende rechtliche Bewertung muss daher in jedem Einzelfall neu erfolgen. Dennoch besteht ein gewisser rechtlicher Rahmen, innerhalb dessen sich die Vertragsgestaltung bewegen kann.

a) Bürgerlich-rechtliche Regelungen

aa) Recht der Dauerschuldverhältnisse

Im Regelfall handelt es sich bei Access-Provider-Verträgen aufgrund immer wiederkehrender, auf Dauer angelegter Pflichten und Rechten der Vertragsparteien um **Dauerschuldverhältnisse** (*Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 27). Bestätigt wird dies auch durch die vertragstypologische Einordnung als Dienstvertrag, da dieser als klassisches Beispiel für Dauerschuldverhältnisse angeführt werden kann.

Generelle Regelungen zu Dauerschuldverhältnissen finden sich im BGB kaum. Aufgrund der Dauerhaftigkeit steht den Vertragsparteien gem. § 314 BGB lediglich ein **außerordentliches Kündigungsrecht** aus wichtigem Grund zu. Ein solcher „wichtiger Grund“ ist regelmäßig gem. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB dann gegeben, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar wäre.

bb) Pflichten des Fernabsatz- und des E-Commerce-Rechtes

Internet-Access-Provider-Verträge werden heutzutage jedoch nicht mehr nur klassisch im Ladengeschäft abgeschlossen, sondern auch in zunehmender Anzahl unter dem Einsatz von Fernkommunikationsmitteln. Neben das Recht der Dauerschuldverhältnisse tritt in diesen Fällen regelmäßig das **Fernabsatzrecht** gem. §§ 312 b ff BGB. Wird der Vertrag gem. § 312 Abs. 1 S. 1 BGB unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln als Fernabsatzvertrag abgeschlossen, sind insb. die in § 312 c BGB sowie die in Art. 246 Abs. 1 und 2 EGBGB geregelten **Informationspflichten** für den Access-Provider von besonderer Bedeutung. Die dort genannten Informationen hat der Provider dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen (*Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 39 f). Gem. § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB steht dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen ein **Widerrufsrecht** iSv § 355 BGB zu. Alternativ hierzu kann ein Rückgaberecht gem. § 312 d Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 356 BGB vorgesehen werden. Zu beachten ist hierbei die Möglichkeit des Erlöschens des Widerrufsrechts gem. § 312 d Abs. 3, 4 BGB.

Wird der Vertrag ausschließlich über das Internet geschlossen, sind zusätzlich zu den vorgenannten Pflichten die Anforderungen des § 312 e BGB zu erfüllen. Der Access-Provider muss so u.a. angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur **Vermeidung von Eingabefehlern** bereitstellen und die Möglichkeit schaffen, die **Vertragsbestimmungen** einschließlich der AGB bei Vertragsschluss aufzurufen und in wiedergabefähiger Form zu **speichern** (*Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 45).

Gem. § 312 g S. 1 BGB ist eine Abweichung von den in diesem Untertitel geregelten Pflichten nicht zum Nachteil des Verbrauchers möglich, soweit nicht etwas anderes geregelt ist. Außerdem finden gem. S. 2 die Vorschriften auch beim Versuch der Umgehung durch anderweitige Ausgestaltung Anwendung. Die Regelungen zum E-Commerce- und Fernabsatzrecht stellen somit zum Schutz des Verbrauchers eine Grenze der Vertragsgestaltungsfreiheit dar.

b) Telekommunikations- und Medienrechtliche Vorschriften

- 188 Die Hauptleistung der Access-Provider besteht in der Erbringung von **Telekommunikationsdienstleistungen** iSv § 3 Nr. 24 TKG (Redeker, in: Hoeren/Sieber, Teil 12 Rn 124 f). Hieraus folgt unmittelbar die Anwendbarkeit des Telekommunikationsgesetzes und somit auch der Kundenschutzvorschriften der §§ 43 a ff TKG. Diese Vorschriften sind insoweit bindend, als von ihnen – soweit nichts anderes bestimmt ist – gem. § 47 b TKG nicht zum Nachteil der Teilnehmer abgewichen werden darf. Mithin folgt aus dieser Regelung eine weitere Grenze der individuellen Vertragsgestaltung für die Access-Provider. Gem. § 43 a TKG bestehen auch im Telekommunikationsgesetz bestimmte **Informationspflichten**, welche der Access-Provider gegenüber Verbrauchern durch eine unmittelbare Übernahme in den Vertragstext erfüllen muss.
- 189 Zusätzliche verbraucherschützende Vorgaben folgen aus dem **Fernmeldegeheimnis** gem. § 88 Abs. 1 TKG, welchem der Provider als Diensteanbieter unterliegt. Demnach ist es dem Provider gem. Abs. 3 untersagt, sich über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste hinaus erforderliche Maß Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Kommunikation zu verschaffen. So ist insb. die Weitergabe an andere nur zulässig, soweit das TKG oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht (Scholz, in: Redeker, Teil 4.1 Rn 31).
- 190 Zusätzlich zu den Regelungen des TKG könnten auch die Vorschriften des **Telemediengesetzes (TMG)** Anwendung finden. Dies ist insb. dann anzunehmen, wenn sich die Leistung des Access-Providers nicht in der bloßen Erbringung des reinen Telekommunikationsdienstes erschöpft. Insb. bei dem Anbieten von **E-Mail-Leistungen** handelt es sich um einen Telemediendienst iSd § 1 Abs. 1 iVm § 3 Nr. 25 TMG. Hieraus folgt, dass grds. auch das TMG mit seinen zusätzlichen Informationspflichten gem. §§ 5, 6 TMG zu berücksichtigen ist (Scholz, in: Redeker, Teil 4.1 Rn 33 ff).

c) Allgemeine Geschäftsbedingungen

- 191 Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Internet-Access-Provider-Vertrages erfolgt jedoch nicht direkt durch das Gesetz, sondern wird von den Anbietern iRd Vertragsgestaltungsfreiheit in Form von **AGB** in den Vertrag eingeführt. Grenzen bestehen hierbei zum einen durch die dargestellten gesetzlichen Regelungen, zum anderen durch die **AGB-rechtliche Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle**.
- 192 Im Hinblick auf § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und § 305 Abs. 1 BGB ist bei vertraglichen Regelungen im Access-Provider-Vertrag regelmäßig vom Vorliegen von **Allg. Geschäftsbedingungen** auszugehen, da diese im Regelfall für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und im Zweifelsfall als vom Provider gestellt gelten. Die vom Provider vorformulierten Vertragsbedingungen sind nur dann wirksam, wenn sie gegenüber dem Verbraucher gem. § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen worden sind. Hierfür muss der Provider ausdrücklich auf die **AGB** hingewiesen und dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft haben, diese in zumutbarer Art und Weise zur Kenntnis zu nehmen (Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305 Rn 67 ff). Für den Verbraucher bedeutet dies beim Vertragsschluss im Ladengeschäft, dass hier gesondert auf die Einbeziehung der **AGB** hingewiesen und die Möglichkeit zur Einsichtnahme gegeben werden muss.
- 193 Eine größere Bedeutung hat die **Einbeziehungskontrolle** jedoch in den Fällen, in denen der Vertragsschluss **online** erfolgt. Zwar sind im Zuge der Professionalisierung des E-Commerce erhebliche Fortschritte zu verzeichnen, aber dennoch können im Einzelfall immer noch Bedenken an der Einbeziehung in der konkreten Situation geäußert werden. Es muss auch hier ein ausdrücklicher Hinweis auf die **AGB** erfolgen. Der Provider muss also sicherstellen, dass der Verbraucher durch eine entspr. Benutzerführung unverkennbar und deutlich auf die **AGB** iSv § 305 Abs. 2 BGB hingewiesen wird (Hoeren, Zweites Kapitel Rn 8). Bzgl der Möglichkeit der Kenntnisnahme muss der Provider dafür Sorge tragen, dass der Kunde spätestens bei Vertragsschluss die Möglichkeit hat, die **AGB** durch einen **gesonderten Button oder Link** aufzurufen (Schneider, in: Schneider, Teil O Rn 143).
- 194 Neben diese normale Einbeziehung kann in bestimmten Fällen auch die **gesonderte Einbeziehung** von **AGB** gem. § 305 a Nr. 2 lit. b) BGB von Bedeutung sein. Demnach werden **AGB** in Verträgen über

eine bestimmte Art von Telekommunikations- und Informationsdienstleistungen auch ohne das Vorliegen der Einbeziehungsvoraussetzung inkludiert, wenn der Vertragspartner mit ihnen einverstanden ist. Der Anwendungsbereich dieser Norm wird jedoch sehr restriktiv ausgelegt und eng verstanden, so dass diese Privilegierung im Bereich der Access-Provider-Verträge nur für Internet-by-Call ohne Notwendigkeit der Voranmeldung in Betracht kommt (Fischer/Galster, MMR 2002, 71, 74).

In Bezug auf die **AGB-rechtliche Inhaltskontrolle** sind einige Besonderheiten des Access-Provider-Vertrages zu beachten. Nach der Rspr des BGH unterliegen Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflichten und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regeln, nicht der Inhaltskontrolle (BGH 14.10.1997 – XI ZR 167/96, NJW 1998, 383; BGH 18.4.2002 – III ZR 199/01, NJW 2002, 2386). Mithin hat der Provider bei der konkreten Festlegung des Leistungsumfanges das **AGB-Recht** nicht zu beachten. Dies ist jedoch dahin gehend einzuschränken, als § 307 Abs. 3 S. 2 BGB festlegt, dass auch Leistungsbeschreibungen und Preisbestimmungen zumindest dem **Transparenzgebot** gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unterliegen (Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn 297). Leistungsbeschreibungen sind somit nicht kontrollfrei, sondern unterliegen einer **eingeschränkten Inhaltskontrolle**. Klauseln, die das Leistungsversprechen einschränken oder modifizieren unterstehen hingegen der vollen Inhaltskontrolle (BGH, 12.12.2000 – XI ZR 138/00, NJW 2001, 751, 752; BGH 13.7.1994 – IV ZR 107/93, NJW 1994, 2693, 2694).

4. Vertragsgegenstand/-durchführung

a) Hauptleistungspflichten

Bei dem Basisvertrag stehen sich als Hauptleistungspflichten die Ermöglichung des **Netzzugangs** zum einen und die Verpflichtung zur Zahlung einer **Gebühr** zum anderen gegenüber.

aa) Internetzugang

iRd Vertragsgestaltung ist es aus Sicht des Access-Providers von zentraler Bedeutung, technisch bedingte Zugangsbeschränkung und damit eine nur **eingeschränkte Verfügbarkeit** auch zum Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung zu machen, um Streit über den konkreten Leistungsumfang zu vermeiden und keine Risiken zu übernehmen, die sich aus der Struktur des Internets als offenes Netz ergeben und außerhalb seines Einflussbereichs liegen.

(1) Point-of-Presence-Klauseln

Hinsichtlich der Konkretisierung der Hauptleistung muss der räumliche Bereich der **Einwahlknoten** konkretisiert sein; eine Unterrichtung über den Grad der Flächendeckung ist erforderlich (vgl AG Offenburg 12.3.1996 – 1 C 596/95, NJW-RR 1996, 1014), da der Kunde ein Interesse daran haben wird, dass eine Einwahl in seinem Ortsbereich oder über eine bundesweite Einwahlnummer zu einem einheitlichen Tarif möglich ist. Während ein pauschaler Hinweis auf die Verfügbarkeit „iRd technischen und betrieblichen Möglichkeiten“ unzulässig ist, ist ein Hinweis auf „zeitweilige technische Beschränkungen“ mit § 309 Nr. 7 BGB und § 305 Abs. 2 BGB vereinbar, sofern es sich um die Beschreibung netzimmanenter Beschränkungen handelt (OLG Düsseldorf 31.10.1996 – 6 U 206/95, NJW-RR 1997, 374). Ein **Änderungsvorbehalt**, der es dem Provider gestattet, nachträglich Einwahlknoten zu schließen oder deren Anzahl zu reduzieren, stellt keine bloße Leistungsbeschreibung mehr dar und wird sich daher iRd Inhaltskontrolle an § 308 Nr. 4 BGB messen lassen müssen.

(2) Verfügbarkeitsklauseln

Sofern der Provider keine zeitliche Einschränkung der Verfügbarkeit vornimmt, ist dem Kunden ein grds. **unbeschränkter Online-Zugang** geschuldet (vgl BGH 12.12.2000 – XI ZR 138/00, MMR 2001, 225 zur Erreichbarkeit einer Online-Bank; Redeker, in: Hoeren/Sieber, Teil 12 Rn 21). Da eine ununterbrochene Verfügbarkeit aber nicht mit Sicherheit gewährleistet und nach Treu und Glauben vom Anbieter auch nicht erwartet werden kann, muss der Provider diesbzgl Einschränkungen vornehmen. Mangels höchstrichterlicher Rspr ist die Beurteilung der Zulässigkeit von Hinweisen auf technisch

bedingte Zugangsbeschränkungen allerdings schwierig. Im Hinblick auf § 307 Abs. 3 BGB ist es daher sinnvoll, die Hauptleistungspflichten insoweit genauer zu konkretisieren (vgl. *Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 24). Klauseln, die die Verfügbarkeit des Netzzugangs regeln, dienen somit daher nur der Verständlichkeit der Leistungsbeschreibung und sind folglich einer Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB entzogen. Bei der Definition ist darauf zu achten, dass die Bestimmung der Verfügbarkeit klar und verständlich ist, da andernfalls ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegen kann. Statthaft sind daher nur solche Klauseln, die die Erreichbarkeit des Servers prozentual bezogen auf ein Jahr beziehen und einen Prozentsatz vorsehen, der nahe an 100 % heranreicht. Unbedenklich sind somit Klauseln, die die Verfügbarkeit mit 98–99 % beziffern (*Hoeren*, Zweites Kapitel Rn 11; *Haupt/Hagemann*, in: *Büchting*, C 27 Rn 6).

Beispiel: „Der Provider erbringt seine vertraglichen Leistungen mit einer Verfügbarkeit von 99 %. Die Verfügbarkeit wird auf Basis der auf den Vertragszeitraum entfallenden Zeit je Kalendermonat abzüglich von Wartungszeiträumen berechnet.“

- 200 Hiergegen wird zT eingewandt, dass sich die Prozentsätze nicht auf ein ganzes Jahr beziehen dürfen und der Verfügbarkeitszeitraum lediglich auf eine Monatsangabe zu erstrecken sei (*Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 8; *Schuppert*, CR 2000, 227, 230). Das Zuverlässigkeitslevel müsse auf kleinere Zeiträume bezogen und eine Höchstunterbrechungszeit vorgesehen werden, da auch eine auf ein ganzes Jahr bezogene Zuverlässigkeit von 99,9 % eine Unterbrechung von mehr als acht Stunden auf einmal erlaube (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 22).

- 201 Bedenken hinsichtlich der notwendigen Transparenz bestehen hingegen bei einem Vertrag, der als Hauptleistungspflicht die „höchstmögliche Verfügbarkeit“ anspricht (*Hoeren*, Zweites Kapitel, Rn 13), da eine vertraglich versprochene Mindestverfügbarkeit als Wert nicht festgelegt ist.

(3) Wartungsfenster

- 202 Hinsichtlich vorhersehbarer Unterbrechungen der Verfügbarkeit, zB durch erforderliche Wartungsarbeiten, ist die Vereinbarung sog. Zeitfenster sinnvoll. Hierbei wird festgelegt, dass Wartungsarbeiten innerhalb eines zeitlichen Rahmens von einigen Stunden, beschränkt auf eine bestimmte Mindeststundenzahl pro Monat, möglich sind.

Vgl hierzu folgende Formulierungen (*Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Klausel § 3): „Der Provider ist berechtigt, in der Zeit von 3.00–6.00 Uhr morgens für insgesamt fünf Stunden im Kalendermonat Wartungsarbeiten durchzuführen. Während der Wartungsarbeiten stehen die vorgenannten Leistungen nicht zur Verfügung.“

bb) Zahlungspflichten

- 203 Bei der vom Nutzer an den Access-Provider zu zahlenden Gebühr handelt es sich regelmäßig um eine einmalige Anschlussgebühr sowie monatliche Zahlungen. Grds. lässt sich die Vergütung anhand des verursachten Datenvolumens, der zeitlichen Dauer der Nutzung oder gänzlich auf der Basis einer monatlichen Pauschale abrechnen.

- 204 Zu berücksichtigen ist, dass auf Access-Provider-Verträge auch die Preisangabenverordnung (PAngV) anwendbar ist. Die Grundsätze der Preisklarheit und Preiswahrheit nach § 1 Abs. 6 PAngV sind somit zu beachten, sofern der Provider auf einer Website für seine Leistung wirbt oder im Vertrag auf ein entspr. Preisverzeichnis verweist (vgl. *Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 101, 105).

(1) Vorleistungspflicht

- 205 Häufig wird in AGB für Pauschalentgelte eine Vorleistungspflicht des Kunden normiert. Im Hinblick auf § 307 Abs. 2 BGB wird man derartige Klauseln grds. als angemessen erachten müssen. Zum einen belasten sie den Kunden angesichts der an den Access-Provider zu entrichtenden relativ geringen Beträgen nicht übermäßig mit einem Risiko, zum anderen hat der Provider ein berechtigtes Interesse daran, angesichts des Massengeschäfts und der ökonomisch uninteressanten Rechtsverfolgung von Kleinstbeträgen eine Vorauszahlung festzulegen (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 272).

Vorauszahlungsklauseln sind erst dann unangemessen, wenn der Zeitraum der Vorauszahlung extrem lang ist. Die Vorauszahlungshöhe ist daher in Relation zur gesamten Vertragsdauer auf einen Bruchteil zu beschränken. Eine Klausel, die eine Vorauszahlung in Höhe eines ganzen Jahresentgelts vorsieht, ist unzulässig (OLG Düsseldorf 21.12.1994 – 15 U 181/93, NJW-RR 1995, 1015; LG Aachen 7.7.1993 – 7 S 74/93, NJW-RR 1994, 60). Das Risiko, über einen längeren Zeitraum trotz Bezahlung keine oder eine mangelbehaftete Leistung zu erhalten, wird zu stark auf den Vertragspartner abgewälzt (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 45). Die Entrichtung einer monatlichen Grundgebühr im Voraus ist hingegen als unbedenklich zu beurteilen (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 272).

(2) Preisanpassungsklauseln

Internetserviceprovider agieren in einem dynamischen Markt. Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Access-Provider-Vertrag besteht daher ein Interesse der Anbieter daran, die Preise der Marktentwicklung anzupassen. Das in § 309 Nr. 1 BGB enthaltene Verbot kurzfristiger Preiserhöhungen greift insoweit nicht ein. Um die Möglichkeit einer einseitigen Preisänderung zu erhalten, werden daher in den AGB des Access-Provider-Vertrags Preisänderungsvorbehalte vorgesehen, deren Wirksamkeit sich nach den §§ 305 ff BGB bestimmt.

Preisanpassungsklauseln sind ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung bei langfristigen Lieferverträgen und dienen dazu, einerseits dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und andererseits den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (vgl. BGH 11.10.2007 – III ZR 63/07, MMR 2008, 36, 37). Als Problem einseitiger Leistungsbestimmung unterliegen sie jedoch der Generalklausel des § 307 BGB und sind daher hohen Anforderungen an Ausgewogenheit und Klarheit unterworfen. Eine Befugnis zur Preiserhöhung für den Fall der Erhöhung der (nicht näher umschriebenen) Bereitstellungskosten stellt jedoch aufgrund ihrer Unbestimmtheit eine unangemessene Benachteiligung dar, da sie weder die Voraussetzungen noch den Umfang der Preiserhöhung näher regelt (BGH 15.11.2007 – III ZR 247/06, NJW 2008, 360). Für den Kunden sei es nach Ansicht des BGH weder vorhersehbar, in welchen Bereichen Kostenänderungen auftreten können, noch habe er eine realistische Möglichkeit, etwaige Preiserhöhungen anhand der Klausel auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Die Unangemessenheit der Preisanpassungsklausel werde auch nicht dadurch kompensiert, dass dem Kunden ein (außerordentliches) Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt werde, dass die Preiserhöhung 5 % oder mehr des ursprünglichen Preises ausmache.

Erforderlich ist somit, dass die Anpassungsbefugnis des Verwenders allg. auf die Fälle beschränkt wird, in denen sich die Marktverhältnisse nach Vertragsschluss in kalkulatorischer Hinsicht verändert haben. Dem Kunden sollte im Gegenzug das Recht eingeräumt werden, sich unter bestimmten Voraussetzungen (zB bei Erhöhung des Preises von mehr als 5 % innerhalb eines Jahres) vom Vertrag zu lösen. Vor Vertragsschluss unterlaufene Fehleinschätzungen der Marktlage können nicht nachträglich und einseitig zugunsten des Verwenders verändert werden; ebenso dürfen keine Änd. mit dem Ziel vorgenommen werden, die Gewinnmarge zu verbessern (vgl. *Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 100). Preiserhöhungen dürfen nur die Kostensteigerungen auffangen, nicht mehr (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 41).

Preisanpassungsklauseln enthalten dabei zumeist eine Fiktion, nach der sich der Kunde mit der Änd. der Bedingung einverstanden erklärt, sollte er nicht rechtzeitig widersprechen. Um eine angemessene Benachteiligung des Kunden zu vermeiden, sollte ihm daher gem. § 308 Nr. 5 a BGB die Möglichkeit zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung innerhalb einer angemessenen Frist gegeben werden (vgl. *Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 20). Als angemessen gilt dabei eine Frist zwischen sechs und acht Wochen (vgl. BGH 17.3.1999 – IV ZR 218-97, NJW 1999, 1865, 1866, wonach eine Frist von einem Monat bei Versicherungsbedingungen als zu kurz bemessen angesehen wurde).

(3) Schufa-Klauseln

- 211 Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei nachträglich festgestellter Zahlungsunfähigkeit ist wirksam, allerdings verstößt es gegen das Transparenzgebot, das Rücktrittsrecht nur ganz allg. an „begründete Zweifel an der Kreditwürdigkeit“ zu knüpfen (*Hoeren*, Zweites Kapitel, Rn 14; OLG Düsseldorf 31.10.1996 – 6 U 206/95, NJW-RR 1997, 374, 375).

(4) Einwendungsausschlussklauseln

- 212 **Einwendungsausschlussklauseln**, wonach Einwendungen nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums nach Zugang der Rechnung des Providers geltend gemacht werden können und die Unterlassung als Genehmigung gilt, müssen sich an § 308 Nr. 5 BGB messen lassen. Unter Rückgriff auf § 45 i TKG muss dem Vertragspartner allerdings eine Frist von mindestens acht Wochen ab Zugang der Rechnung gelassen werden, um Einwendungen geltend machen zu können (*Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 109; *Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 16).

(5) Sperrklauseln

- 213 IdR enthalten Provider-Verträge Regelungen, wonach der Provider zur **Zugangssperre** berechtigt sein soll, wenn sich der Kunde mit der Zahlung des Entgelts in Verzug befindet; § 45 k TKG enthält dafür eine spezielle Regelung.
- 214 **Sperrklauseln** für Internetverbindungen sind somit **grds. zulässig**. Die Sperre ist dabei als Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB) zu qualifizieren, im Fall des Zahlungsverzugs als Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB, das nach dem Vorbehalt von Treu und Glauben aus § 320 Abs. 2 BGB einen Verzug in erheblicher Entgelthöhe voraussetzt (vgl. OLG Schleswig 29.5.1997 – 2 U 42/96, NJW-RR 1998, 56; *Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 234, 289). Eine Sperre ohne entspr. Vorbehalt ist gem. § 307 Abs. 2 BGB unzulässig.
- 215 Die Regelung des § 45 k TKG, wonach der Teilnehmer mit Zahlungsverpflichtungen von mindestens 75 EUR in Verzug sein muss, wird von der Rspr dennoch als Indiz für die Zulässigkeit von Sperrklauseln herangezogen und verbietet Sperren bei zu niedrigen Rückständen (vgl. *Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 47 mit Verweis auf OLG Köln 4.3.2010 – III ZR 79/09, MMR 2010, 398, zu einer Sperre bei einem Rückstand von 15,50 EUR in einem Mobilfunkvertrag). Für die Fälle, in denen eine Telefon- und Internetverbindung zusammen in einem Leistungspaket angeboten wird, ist § 45 k TKG jedenfalls für die Telefonverbindung zu beachten, wengleich eine Trennung des Internetzugangs vom Telefonzugang praktisch schwierig sein wird.
- 216 Für den Fall der Sperre wird zudem häufig eine Verpflichtung des Kunden zur Bezahlung des Pauschalentgelts trotz Sperrung des Zugangs normiert. Bei einer solchen Klausel handelt es sich tatsächlich nicht mehr um einen Primär-, sondern um einen Schadensersatzanspruch, der den vom Kunden weiterhin verursachten Aufwand abdecken soll. Eine derartige **Pauschalierung** des Schadensersatzes oberhalb des tatsächlichen Schadens ist nur unter den Voraussetzungen des § 305 Nr. 5 b BGB wirksam, dh dem anderen Vertragsteil muss ausdrücklich der Nachweis gestattet werden, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale.
- 217 Eine außerordentliche Kündigung durch den Provider für den Fall des Zahlungsverzugs muss entspr. dem Leitbild des Dienstvertragsrechts durch einen schwerwiegenden Verstoß des Vertragspartners gerechtfertigt sein, der ein Fortsetzen des Vertrags unzumutbar macht. Für die Bestimmung des außerordentlichen Kündigungsrechts kann allerdings nicht auf einen bestimmten Betrag, sondern allein auf einen Verzug der Entgeltzahlung in Höhe eines nicht unerheblichen Teils der geschuldeten Vergütung abgestellt werden, sofern die Providerleistung nutzungsabhängig berechnet wird. Die Bezifferung des nicht unerheblichen Teils des Entgelts wird jedoch als schwierig bezeichnet, so dass ohne entspr. Abmahnung des Nutzers oder ohne erhebliche, ausstehende Beträge eine fristlose Kündigung nicht in Betracht kommt (vgl. *Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 296).

Vgl die Formulierung bei *Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Klausel § 8 Abs. 7: „Die Erbringung der Leistung durch den Provider ist daran gebunden, dass der Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig

nachkommt. Kommt der Kunde für zwei aufeinanderfolgende Monate mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der geschuldeten Vergütung in Verzug, so kann der Provider das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.“

Hingegen wird für den Fall, dass der Provider seine Leistungen im Rahmen einer Flatrate erbringt, eine entspr. Anwendung der Wertung des § 543 Abs. 2 Nr. 3 b BGB vorgeschlagen. Eine außerordentliche Kündigung soll danach möglich sein, wenn der Kunde in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Vergütung in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Vergütung für zwei Monate erreicht (vgl. *Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 18).

b) Nebenleistungen

Neben die Hauptleistungspflichten treten die **Nebenpflichten**. Der Provider hat uU eine **Hotline** als Störungsdienst einzuführen, um den Kunden die Möglichkeit zur Störungsmeldung zu geben. Zusätzlich sind bei der Erfüllung der Informationspflichten aus § 93 TKG die allg. Anforderungen an die Datensicherheit sowie den Datenschutz zu beachten. Hinsichtlich der Verwendung von Bestandsdaten für über die in § 3 Nr. 3 TKG hinausgehenden Zwecke gem. § 95 Abs. 2 TKG ist das Einwilligungserfordernis nach § 4 a BDSG zu berücksichtigen.

Um Störungen bei der Leistungserbringung zu minimieren, ist der Kunde verpflichtet, gewisse **Mitwirkungsleistungen** zu erbringen. Hierunter fallen die Verwendung geeigneter Hard- und Software (*Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 12) sowie der **vertrauliche Umgang** mit vom Access-Provider übermittelte Zugangsdaten. Darüber hinaus hat der Kunde bei der Nutzung des Netzzugangs die Rechtsordnung, vor allem Vorgaben des Strafrechts und des Jugendschutzes, zu beachten (vgl. *Hoeren*, Zweites Kapitel Rn 16).

c) Gewährleistung und Haftung/Haftungsbeschränkung

aa) Gewährleistung

Die Gewährleistung des Internet-Access-Provider-Vertrages ist aufgrund seiner Spezialität nicht ausdrücklich geregelt. Sie richtet sich aus diesem Grund nach der Gewährleistung des ihm zugrundeliegenden Vertragstyps – dem Dienstvertrag. Die Gewährleistung von Dienstverträgen ist im BGB jedoch explizit normiert. Insofern muss hier auf die **allg. Vorschriften des Schuldrechts** zurückgegriffen werden (zur dienstvertraglichen Gewährleistung: *Hk-BGB/Schreiber*, § 611 Rn 17 ff).

Ein Schadensersatzanspruch des Kunden kann sich insofern bei Pflichtverletzungen gem. § 280 ff BGB ergeben. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen der Verletzung von Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten. Hauptleistungspflicht beim Dienstvertrag ist die Dienstleistungspflicht und somit die **Bereitstellung des Internetzugangs** (→ Rn 197). Die wesentlichen Ansatzpunkte für einen Schadensersatzanspruch des Nutzers stellen die **Schlecht- bzw Nichterfüllung** dar. Einer genaueren Klärung bedarf hierbei jedoch, was als eine solche Schlecht- oder Nichterfüllung bei Onlineverträgen angesehen werden kann. Regelmäßig wird wohl ein unterbrochener oder gestörter Zugang als Nicht- oder Schlechterfüllung anzusehen sein. Diese würde dann bei Verschulden des Access-Providers und dem Vorliegen eines Schadens zum Schadensersatz verpflichten (*Briner*, in: *Hilty*, S. 506).

Im Bereich der Nebenpflichten wird darüber hinaus vereinzelt vertreten, dass der Provider **ausreichend viele Anschlüsse** oder eine **Störungsdiensthotline** bereitstellen müsse (*Briner*, in: *Hilty*, S. 502 ff). Solche Verallgemeinerungen gehen jedoch zu weit. Aufgrund fehlender Vorgaben wird man vertragliche Regelungen eines Access-Providers nicht objektiv bestimmen können. Entscheidend ist hier die Leistungspflichten eines Access-Providers nicht objektiv bestimmen können. Entscheidend ist hier die vertragliche Regelung im Einzelfall. Allein die **Parteivereinbarungen** entscheiden daher über den Umfang der Leistungspflichten. Eine Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff BGB scheidet bei solchen Leistungsbeschreibungen regelmäßig aus (*Hoeren*, Zweites Kapitel, Rn 17).

bb) Haftung

Für Anbieter von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit enthält § 44 a TKG eine (innerhalb seines Anwendungsbereiches abschließende) gesetzliche Haftungsprivilegierung für nicht

vorsätzlich erbrachte Vermögensschäden. Gegenüber Endkunden ist die Haftung auf 12.500 EUR, gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten auf 10 Millionen EUR je schadensverursachendes Ereignis beschränkt. Die Privilegierung besteht kraft Gesetzes und braucht daher nicht vertraglich wiederholt zu werden. Zu beachten ist, dass es sich hierbei lediglich um eine **Haftungshöchstsummenklausel**, nicht aber um eine Haftungsfreistellung (nach Verschuldensformen) handelt (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 328). § 44 a TKG findet somit auch auf Fälle grober Fahrlässigkeit Anwendung, für die die Haftung nach § 309 Nr. 7 BGB nicht abbedungen werden kann. Eine Erweiterung der Privilegierung zulasten des Kunden ist nach § 47 b TKG nicht möglich. Zulässig sind nach § 44 a S. 5 TKG nur einzelvertraglich vereinbarte Abweichungen gegenüber Endkunden, die keine Verbraucher sind.

225 Über den Anwendungsbereich des § 44 a TKG hinausgehende Haftungsbeschränkungen für Pflichtverletzungen außerhalb der Erbringung von Telekommunikationsleistungen sowie für Nicht-Vermögensschäden unterliegen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Die Haftung des Providers für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit darf somit vor dem Hintergrund des § 276 Abs. 3 BGB und § 309 Nr. 7 b BGB nicht begrenzt werden. Lediglich eine Einschränkung der Haftung des Providers für leichte Fahrlässigkeit ist möglich. Angesichts der hinsichtlich der Verschuldensformen nur in engen Grenzen möglichen Haftungsfreizeichnung liegt daher eine Beschränkung durch Verwendung von Haftungshöchstsummenklauseln nahe. Unwirksam sind in jedem Fall Haftungsfreizeichnungen, sofern es um die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten (sog. **Kardinalpflichten**) geht und der Haftungsbetrag die typischerweise voraussehbaren Schäden nicht abdeckt (BGH 15.9.2005 – I ZR 58/03, NJW-RR 2006, 267, 269).

226 Keine Haftungsbeschränkung ist nach § 309 Nr. 7 a BGB für Schädigungen des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit möglich, wengleich derartige Schäden angesichts der vom Access-Provider zu erbringenden Leistungen nur schwer denkbar sind. Eine Nichterwähnung dieser Schäden könnte im Umkehrschluss jedoch eine dem zwingenden Verbot von Haftungsfreizeichnungen für Körperschäden widersprechende Haftungsbegrenzung suggerieren und zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel führen (vgl. *Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 19 mit Verweis auf *Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 347).

227 Keine Bedenken bestehen gegen Haftungsausschlüsse für Leistungsausfälle oder -verzögerungen infolge höherer Gewalt und aufgrund unvorhersehbarer, vom Anbieter nicht zu vertretender Leistungshindernisse, etwa behördlicher Anordnungen oder der Ausfall von Kommunikationsnetzen. Ebenso ist eine Haftungsfreizeichnung des Anbieters für rechtmäßige unternehmensinterne Arbeitskampfmaßnahmen zulässig (*Hoeren*, Zweites Kapitel, Rn 18; *Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 118, 120). Für den Fall längerer Unterbrechungen sollte jedoch ein Kündigungsrecht des Kunden vorgesehen werden, um eine Unvereinbarkeit mit § 307 zu vermeiden.

228 Die **Haftungsprivilegierung** des Access-Providers nach §§ 8 und 9 TMG hat für das Verhältnis zwischen Provider und Kunden keine Bedeutung, da sie allein die Haftung gegenüber Dritten regelt (*Imhof*, in: *Weitnauer*, A1 Nr. 19).

5. Vertragsbeendigung

229 Wie bei jedem anderen Dauerschuldverhältnis kann auch bei Access-Provider-Verträgen aus mitunter vielschichtigen Motiven das **Bedürfnis** entstehen, sich vom Vertrag zu lösen. Die Möglichkeiten für die Vertragsparteien, sich vom Vertrag zu lösen, bestimmen sich im Wesentlichen nach den vertraglich vereinbarten Rechten und Pflichten.

a) Vertragslaufzeit

230 Internet-Access Providerverträgen werden regelmäßig als zeitlich unbegrenzte Verträge mit Kündigungsmöglichkeiten oder als Verträge mit Mindestvertragslaufzeiten abgeschlossen (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 48). Die Vertragsfreiheit ist hier jedoch insoweit eingeschränkt, als der Kunde nicht übermäßig lange an den Vertrag gebunden werden darf. Gem. § 309 Nr. 9 lit. a) BGB kann für Dauerschuldverhältnisse und somit auch für Access-Provider-Verträge eine **Vertragsbindung**

von **maximal bis zu zwei Jahren** vereinbart werden. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass § 309 Nr. 9 lit. a) BGB nur eine Höchstfrist bestimmt und somit auch kürzere Fristen der zusätzlichen Kontrolle gem. § 307 BGB unterliegen (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 306).

Häufig finden sich neben der Mindestvertragslaufzeit auch **automatische Verlängerungsklauseln**. 231
AGB-rechtlich müssen sich diese an § 309 Nr. 9 lit. b) messen lassen. Demnach ist eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr als unwirksam anzusehen (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 54).

b) Kündigung

aa) Ordentliche Kündigung

Wenn keine Mindestvertragslaufzeit festgelegt ist, werden Internetzugangsverträge meist als unbestimmte Verträge abgeschlossen, für die entspr. Kündigungsmöglichkeiten bestehen. Für die Internet-Access-Provider-Verträge muss nach der vertragstypologischen Einordnung durch den BGH (BGH 23.3.2005 – III ZR 338/04, MMR 2005, 373) davon ausgegangen werden, dass die §§ 620–623 BGB über das Kündigungsrecht bei Dienstverträgen zu berücksichtigen sind. 232

Für die Kündigungsfristen sieht § 309 Nr. 9 lit. c) BGB eine Begrenzung auf höchstens 3 Monate vor Ablauf der Vertragsdauer vor. Sind keine gesonderten Kündigungsfristen zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden, muss regelmäßig auf die gesetzliche Regelung des § 621 Nr. 3 BGB zurückgegriffen werden, wobei davon auszugehen ist, dass die Vergütung beim Access Providing nach Monaten bemessen wird. Demnach kann spätestens bis zum 15. eines Monats mit Wirkung für das Monatsende gekündigt werden. 233

Als fragwürdig wird die Vereinbarung eines **sofortigen Kündigungsrechts für beide Seiten** angesehen. 234 Dies würde bei einer Kündigung durch den Provider zu einer Umgehung des gesetzlichen Leitbilds des § 621 BGB führen und folglich gegen § 307 BGB verstoßen. Andersherum kann dem Nutzer der gesetzlichen Wertung nach sehr wohl das Recht eingeräumt werden, ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, weil dies eine für ihn günstigere Regelung als die gesetzliche Mindestvorschrift darstellt.

bb) Außerordentliche Kündigung

Unabhängig von der vertraglichen Gestaltung und einer ausdrücklichen Nennung im Vertragstext besteht für beide Seiten das Recht zur außerordentlichen dh **fristlosen Kündigung gem. §§ 314 Abs. 1 und 626 Abs. 1 BGB** (BGH 10.2.1993 – XII ZR 74/91, NJW 1993, 1133, 1135; BGH 5.11.1998 – III ZR 226/97, NJW 1999, 276, 278). Dieses kann auch nicht durch AGB ausgeschlossen werden (BGH 26.5.1986 – VIII ZR 218/85, NJW 1986, 3134; BGH 10.2.1993 – XII ZR 74/91, NJW 1993, 1133, 1135). § 626 BGB stellt insoweit zwingendes Recht dar, welches nicht über den gesetzlichen Rahmen hinaus ausgedehnt oder eingeschränkt werden darf. Entspr. Klauseln sind grds. unwirksam (Hk-BGB/*Schreiber*, § 626 Rn 11). 235

Fraglich ist insoweit nur, wann ein ausreichend **wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung** des Access-Provider-Vertrages gegeben ist. Im Allg. ist dies anzunehmen, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zur ordentlichen Beendigung des Vertrages unzumutbar erscheinen lassen (*Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Rn 87). 236

Auch wenn das Kündigungsrecht grds. nicht ausgeschlossen werden kann, obliegt es dennoch dem Provider, die **Gründe**, die zu einer außerordentlichen Kündigung führen können, für den Einzelfall **mittels AGB zu konkretisieren** (*Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 316). Einigkeit herrscht darüber, dass eine fristlose Kündigung zumindest bei **missbräuchlicher Nutzung** oder bei der Vornahme **rechtswidriger Handlungen** möglich ist. Hierbei muss der Provider jedoch möglichst präzise darstellen, was er genau unter einer missbräuchlichen Nutzung versteht, ohne dass jedoch eine abschließende Auflistung aller denkbaren Möglichkeiten erwartet werden kann. Eine ungenaue Beschreibung der Umstände durch den Provider kann uU gegen das Transparenzgebot bei der Einbeziehung von AGB verstoßen (LG München I 14.8.2003 – 12 O 2393/03, MMR 2004, 265). 237

Vgl die Formulierung bei *Scholz*, in: *Redeker*, Teil 4.1 Klausel § 4 Abs. 2: „Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Der Provider ist insbesondere zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt, wenn der Kunde Dienstleistungen missbräuchlich in Anspruch nimmt oder bei der Benutzung gegen Strafvorschriften verstößt.“

- 238 Einen besonders wichtigen Fall der außerordentlichen Kündigung stellt die Kündigung aufgrund der **Nutzung zu verbotenen oder zumindest vertragswidrigen Inhalten** dar. Die Fallgruppen in diesem Bereich reichen vom illegalen Downloaden von Musik uä bis zur Verbreitung verleumderischen und beleidigenden Materials (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 59). Um eine solche Verwendung durch die Nutzer zu unterbieten, werden regelmäßig Klauseln in die AGB aufgenommen, nach denen eben dieses Verhalten verboten sei und bei Zuwiderhandlung eine Sperrung bzw Kündigung möglich sein soll. Grds. lässt sich wohl sagen, dass diese Klauseln als rechtmäßig anzusehen sind (*Redeker*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 12 Rn 59; insb. auch zu Problemen die sich in der Praxis ergeben Rn 61 ff).

c) Formvorschriften für die Kündigung

- 239 Im Regelfall wird für die Kündigungserklärung die **Schriftform** vereinbart. Zweifel an der Wirksamkeit solcher Formklauseln bestehen nicht. Gem. § 309 Nr. 13 BGB verstoßen nur Regelungen, die eine strengere Form als die Schriftform vorschreiben, gegen die Inhaltskontrolle. Geringere Formerfordernisse unterfallen dem Klauselverbot hingegen nicht (*Dammann*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 309 Nr. 13 Rn 26). Als solche geringeren Formerfordernisse sind u.a. die in manchen Fällen vorgesehene Möglichkeit der **Kündigung durch Fax oder E-Mail** anzusehen, sofern diese alternativ und nicht ausschließlich neben die Schriftform treten (BGH 24.9.1992 – VII ZR 36/92, NJW 1993, 263, 264; *Spindler*, in: *Spindler*, Teil IV Rn 422). Die Verwendung der Schriftform muss mithin immer möglich sein.

II. Festnetz und Mobilfunk

1. Begrifflichkeiten

a) Angebotsseite: Telekommunikationsanbieter

- 240 Auf Angebotsseite verpflichten die Kundenschutzvorschriften des TKG regelmäßig den Anbieter von **Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit**. § 3 Nr. 24 TKG definiert Telekommunikationsdienste als idR gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich der Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Telekommunikationsdienste werden für die Öffentlichkeit erbracht, wenn sich das Angebot an einen unbestimmten Personenkreis richtet (*Schadow*, in: *Scheurle/Mayen*, § 43 a Rn 12). Anbieter dieser Dienste ist dabei gem. § 3 Nr. 6 TKG jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, wobei das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten keine Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt, § 3 Nr. 10 TKG.

b) Nachfrageseite: Teilnehmer, Endnutzer, Verbraucher

- 241 Auf Nachfrageseite verwenden die Kundenschutzvorschriften des TKG die Begriffe Teilnehmer, Endnutzer und Verbraucher. Häufigster Schutzadressat ist der **Teilnehmer**. Dieser ist in § 3 Nr. 20 TKG als jede natürliche oder juristische Person, die mit dem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten einen **Vertrag** über die Erbringung derartiger Dienste geschlossen hat, legaldefiniert. Teilnehmer ist folglich derjenige, der **zivilrechtlicher Vertragspartner** des Anbieters ist (*Schadow*, in: *Scheurle/Mayen*, § 43 a Rn 8). Der im Gesetz weitgehend durch den Begriff des Teilnehmers ersetzte Begriff des **Endnutzers** meint einen Nutzer, der weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, § 3 Nr. 8 TKG. **Endnutzer** ist also, wer **Telekommunikationsdienste für eigene Zwecke nutzt**, ohne sie an Dritte weiterzugeben, wobei keine Vertragsbeziehung zwischen Endnutzer und Telekommunikationsdiensteanbieter vorausgesetzt ist (*Schadow*, in: *Scheurle/Mayen*, § 43 a Rn 9). Der **Verbraucherbegriff** taucht

in den §§ 43 a Abs. 1, 44 TKG auf. **Verbraucher** ist jede natürliche Person, die einen öffentlichen Telekommunikationsdienst zu anderen als gewerblichen oder beruflichen Zwecken nutzt oder beantragt (Art. 2 Buchst. i der RL 2002/21/EG „Rahmenrichtlinie“; vgl auch § 13 BGB). Die Kundenschutzvorschriften gelten nicht für Teilnehmer, die keine Verbraucher sind und mit denen Individualvereinbarungen getroffen werden. Zudem ist die einzelvertragliche Vereinbarung mit einem Verbraucher über die Höhe einer möglichen Haftung ausgeschlossen.

c) Mehrwertdienste

Mehrwertdienste sind Dienstleistungen, die über die reine Verbindung hinaus weitere Dienstleistungen umfassen (Beck'scher TKG-Kommentar/*Schütz*, § 6 TKG Rn 29). Durch das Gesetz zur Änd. telekommunikationsrechtlicher Vorschriften v. 18.2.2007 wurde der Verbraucherschutz im Bereich der Mehrwertdienste, in deren Zusammenhang zuvor ein häufiger Missbrauch stattfand, erheblich ausgebaut. Auch nach dieser Änd. ist der Begriff der Mehrwertdienste im TKG zwar nicht einheitlich umschrieben, allerdings werden in § 3 TKG zahlreiche Erscheinungsformen und Untergruppen der Mehrwertdienste legaldefiniert, so zB Auskunfts-, Geteilte-Kosten-, Kurzwahl-, Massenverkehrs- oder besonders kostspielige Premium-Dienste (*Zagouras*, NJW 2007, 1914). Auf diese Weise soll der Missbrauch bei der Nutzung bestimmter Rufnummern und entgeltpflichtiger Kurzwahlrufnummern verhindert und eine **Flexibilität** bei der Nummernverwaltung gewährleistet werden (*Paschke*, in: *Scheurle/Mayen*, Vor §§ 66a-1 Rn 3; BR-Drucks. 92/05, S. 27).

d) Voice over IP

Die **Sprachtelefonie über IP-Netze** wie etwa Intranet oder Internet (Voice over Internet Protocol, kurz: „VoIP“) ist keine gesonderte Form eines Telekommunikationsdienstes, sondern die Nutzung einer alternativen Übertragungstechnologie zum Transport von Sprachdiensten (*Ditscheid/Rudloff*, in: *Spindler/Schuster*, § 45 e TKG Rn 18). VoIP – als Beispiel für Medienkonvergenz – verbindet die Telefonie mit dem Datentransport über das Internet (*Oster*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 4 Rn 5). Bei der VoIP-Technik werden Daten nicht leitungsvermittelt, sondern paketvermittelt, aufbauend auf dem IP-Protokoll, transformiert, so dass die Datenübertragung auf dem „Internet“ (-Protokoll) basiert (*Schmitz*, in: *Hoeren/Sieber*, Teil 16.2 Rn 71).

2. Gesetzgeberischer Hintergrund: Historische Entwicklung, Sinn und Zweck, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Aufgrund des ungleichen Kräfteverhältnisses zwischen Anbietern von Telekommunikationsdiensten und Nachfragern besteht die Notwendigkeit, die **Nachfrager** durch eine Regulierung **besonders zu schützen** (*Kühling/Elbracht*, Rn 261). Dieses Ziel des **Kundenschutzes** wird in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG ausdrücklich genannt. Die Regulierung soll die Wahrung der Nutzer-, insb. der Verbraucherinteressen auf dem Gebiet der Telekommunikation gewährleisten. Diesbezüglich stellen die §§ 43 a–47 b TKG detaillierte Regelungen auf. Diese gehen zum einen auf die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung und zum anderen auf die sog. **Universaldienstrichtlinie** (RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002) zurück, welche sich mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste für den Endnutzer befasst. Die 24 Vorschriften der §§ 43 a–47 b TKG beruhen vor allem auf den Art. 7, 10, 11, 20, 21, 22 dieser RL.

Die §§ 66 a ff TKG erweitern die mit den Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des **Missbrauchs** von 0190er bzw 0900er **Mehrwertdienstenummern** normierten Vorgaben (*Kühling/Elbracht*, Rn 261). Zweck des Änderungsgesetzes war die Bekämpfung einer verbraucher-schädigenden Verwendung von Mehrwertdienstenummern. Dazu wurden bestehende Regelungen angepasst und neu ausgestaltet. Ferner wurden durch die §§ 66 j, k TKG rechtliche Rahmenbedingungen für R-Gespräche und die Rufnummernübermittlung geschaffen (*Paschke*, in: *Scheurle/Mayen*, Vor §§ 66a-1 Rn 3). Am 23.9.2010 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie einen Referentenentwurf zu einer Novelle des TKG vorgelegt (Entwurf abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redak>)

tion/PDF/Gesetz/referentenentwurf-tkg,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf). Durch diese Novelle soll eine bis zum 25.5.2011 erforderliche Umsetzung von EU-Richtlinienvorgaben zur elektronischen Kommunikation, namentlich der Änderungsrichtlinien „Bessere Regulierung“ (2009/140/EG) und „Rechte der Bürger“ (2009/136/EG), vorgenommen werden. Der Referentenentwurf sieht umfassende Änderungen des TKG in den Bereichen der Marktregulierung, des Ausbaus von Netzen, des Kundenschutzes, des Datenschutzes und bei Fragen des Rechtsschutzes vor. Er beschränkt sich allerdings auf eine sinngemäße „ein-zu-eins“-Umsetzung der europäischen Vorgaben (Kafka/König, IR 2011, 7, 10): Auf die Auswirkungen des Referentenentwurfs in Bezug auf den Kundenschutz wird in der Folge an den entspr. Stellen eingegangen. Das Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen wurde am 9.2.2012 vom Bundestag beschlossen.

3. Abgrenzung zu den allgemeinen Verbraucherschutzvorschriften

- 247 Die gesetzlichen Regelungen zum Kundenschutz im 3. Teil des TKG sind gegenüber den Normen des Zivilrechts als „lex specialis“ vorrangig und schränken die Vertragsautonomie der Vertragsparteien ein (BT-Drucks. 16/2581, S. 21). Neben diesen spezifischen Kundenschutzvorschriften des TKG sind auf das Verhältnis zwischen Telekommunikationsdiensteanbieter und Teilnehmer allerdings auch die allg. Gesetze zum Schutz des Kunden anwendbar (Kühling/Elbracht, Rn 261).

4. Kundenschutz

- 248 Die §§ 43 a ff TKG bezwecken den Schutz der Kunden von Telekommunikationsdienstleistungen (Kessel, K&R 2007, 506). Die Berechtigten der §§ 43 a ff TKG sind meist Teilnehmer iSd § 3 Nr. 20 TKG. Zu beachten ist dabei, dass unter den Begriff des Teilnehmers auch Reseller und (sonstige) Wettbewerber des Diensteanbieters fallen und nicht nur Endkunden (Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 101; Schadow, in: Scheurle/Mayen, Vor § 43 a Rn 8; Kühling/Elbracht, Rn 268).

a) Vertragsabschluss: Transparenzvorschriften

- 249 Regelungen, die ein Höchstmaß an Transparenz schaffen wollen, sind ein wesentliches Element im Rahmen jedweder Verbraucherschutznormen. Derartige Informationspflichten sind im TKG für die Angebotsseite geregelt.

aa) Vertragliche Informationspflichten, § 43 a TKG

- 250 § 43 a Abs. 1 TKG gibt dem Telekommunikationsdiensteanbieter inhaltliche Mindestanforderungen für einen Vertrag mit einem Endnutzer vor. Die Norm setzt damit einen Vertrag zwischen Anbieter und Endnutzer voraus, der zumindest der Textform nach § 126 b BGB entspricht und bezieht sich daher vor allem auf Dauerschuldverhältnisse, wie etwa den Abschluss von Festnetz- und Mobilfunkverträgen (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 43 a Rn 3). Nicht erfasst von der Vorschrift sind Telekommunikationsdienstleistungen, die durch konkludenten Vertragsabschluss in Anspruch genommen werden (zB offenes Call-by-Call, Auskunft- und Mehrwertdienste). Denn entspr. Informationen können praktisch nicht „im Vertrag“ zur Verfügung gestellt werden (Beck'scher TKG-Kommentar/Dahlke, § 43 a TKG-E Rn 5; Kühling/Elbracht, Rn 283). Der primäre Zweck der Informationspflichten ist die Gewährleistung von Transparenz (Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 104). Ziel der Vorschrift ist darüber hinaus die Verbesserung der Vergleichbarkeit von Angeboten für den Endnutzer zur Wettbewerbsförderung durch festgelegte Mindestanforderungen an die Vertragsinhalte und ein Qualitätswettbewerb unter den Anbietern von Telekommunikationsdiensten (BT-Drucks. 15/5213, S. 21; Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 43 a Rn 1; Kühling/Elbracht, Rn 283).

bb) Veröffentlichungspflichten, § 45 n TKG

- 251 Durch eine nach § 45 n Abs. 1 TKG erlassene Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie kann jeder Telekommunikationsdiensteanbieter sowie jeder Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen verpflichtet werden, die in § 45 n Abs. 2 Nr. 1-4; Abs. 3

Nr. 1-7; Abs. 4 Nr. 1-6 TKG festgelegten Auskünfte und Informationen zu veröffentlichen. Bei den Veröffentlichungspflichten nach § 45 n Abs. 3 Nr. 1-7 TKG handelt es sich um allg. Publikationsvorschriften, die jeder Telekommunikationsanbieter zu befolgen hat. Im Vorfeld des Vertragsschlusses soll eine hinreichende Markttransparenz erreicht werden (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 n Rn 1; Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 104; Kühling/Elbracht, Rn 284). Diese Vorschrift ist letztlich ein klarer Ausdruck des Verbraucherschutzes, denn sie bezweckt ein höheres Maß an Transparenz für die Teilnehmer. § 45 n TKG soll sicherstellen, dass der interessierte Kunde einen möglichst umfassenden Überblick über die unterschiedlichen Konditionen der angebotenen Dienste erhält und in ausreichender Sachkenntnis eine Wahl zwischen den angebotenen Telekommunikationsdiensten treffen kann (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 n Rn 2; Beck'scher TKG-Kommentar/Dahlke, § 45 n TKG-E Rn 1 f; Kühling/Elbracht, Rn 284).

cc) Dauerschuldverhältnisse bei Kurzwahldiensten, § 45 l TKG

252 § 45 l TKG soll Transparenz hinsichtlich der Kosten und den Schutz des Teilnehmers für die Inanspruchnahme aus Dauerschuldverhältnissen für Kurzwahldienste iSd § 3 Nr. 11 b TKG schaffen. Bei derartigen Kurzwahldiensten ist die Gefahr besonders hoch, dass dem Teilnehmer die damit verbundenen beträchtlichen Kosten meist nicht genügend bewusst sind (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 l Rn 1). § 45 l Abs. 1 S. 1 TKG gewährleistet einen Anspruch auf einen kostenlosen Hinweis (Warn-SMS; sog. „Opt-in“-Modell) seitens des Mehrwertdiensteanbieters, falls die monatlichen Kosten eine Preisgrenze von 20 EUR übersteigen (sog. „Bill-Warning“) zwecks verbesserter Ausgabenkontrolle (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 l Rn 2, 5 f; Kühling/Elbracht, Rn 285). Ein Sonderkündigungsrecht ist in § 45 l Abs. 2 S. 1 TKG statuiert. Ein jederzeitiges fristloses Kündigungsrecht besteht bei ereignisbasierten Kurzwahldienst-Abonnements (§ 45 l Abs. 2 S. 3 TKG), wie etwa einem Benachrichtigungsservice für Bundesligatoren oder Informationen über Verkehrsstatus (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 l Rn 2, 7; Kühling/Elbracht, Rn 285; BT-Drucks. 16/3635, S. 52). § 45 l Abs. 3 S. 1 TKG normiert für bestimmte Kurzwahldienste das sog. „Handshake-Verfahren“, welches auf die Zusendung einer Information und einer Bestätigung derselben durch den Teilnehmer besteht, um den Teilnehmer vor unüberlegten Vertragsabschlüssen zu bewahren (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 l Rn 2, 8 ff; Kühling/Elbracht, Rn 285; Taeger/Rose, K&R 2007, 233, 237). § 45 l TKG hat jugendschutzrechtliche Relevanz, da vor allem Minderjährige auf die tatsächlichen Kosten von Downloadangeboten, wie zB Logos, Klingeltöne oder Handy-Games, insb. beim Bezug im Abonnement, hingewiesen werden sollen (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 l Rn 1; Kühling/Elbracht, Rn 285). Diese Norm steht in engem Zusammenhang zu den §§ 66 a ff TKG, die weitere Vorschriften zu Premium-Diensten beinhalten (Kühling/Elbracht, Rn 285).

b) Vertragsdurchführung

aa) Sicherstellung der Nutzbarkeit und Erbringung eines Telekommunikationsdienstes

(1) Netzzugang, § 45 d TKG

253 § 45 d TKG gewährt die Sicherung der Nutzung von Telekommunikationsdiensten. Nach § 45 d Abs. 1 TKG kann der Teilnehmer selbst den frei zugänglichen Ort des Festnetzanschlusses in seinen Räumlichkeiten iRd technischen Eignung und Möglichkeiten festlegen. Der Begriff „Telekommunikationsnetz an festen Standorten“ bedeutet dabei kabelgebundene Netze (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 d Rn 2; Kühling/Elbracht, Rn 276). Als Adressat des Anspruchs kommen Anbieter von Diensten oder Anschlüssen an festen Standorten in Betracht. Somit fallen Mobilfunkanbieter nicht in den Anwendungsbereich der Norm (Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 110). Dies kann jedoch nicht überzeugen, da gerade auch iRd Nutzung von Mobiltelefonen durch Kinder vergleichbare Gefahren bestehen (Kühling/Elbracht, Rn 276). Nach § 45 d Abs. 2 TKG kann der Teilnehmer vom Anbieter eine netzzeitige und unentgeltliche Sperrung eines bestimmten Rufnummernbereichs verlangen. Diese Anrufsperre soll der ungewollten eigenen Nutzung sowie dem Missbrauch durch Dritte, etwa Haushaltsangehöriger oder Mitarbeiter, entgegenwirken (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 d

Rn 3; BerlKommTKG/Schlotter, § 45 d TKG Rn 2). Begrenzt ist der Anspruch jedoch auf das technisch Mögliche und er bezieht sich nur auf abgehende Verbindungen. So ist die Sperre beschränkt auf die Rufnummernbereiche iSd § 3 Nr. 18 a TKG. Die Sperrung kann sowohl für das Festnetz als auch für den Mobilfunk eingerichtet werden (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 d Rn 3).

(2) Nutzung von Grundstücken, § 45 a TKG

- 254 Bei § 45 a TKG geht es um die Notwendigkeit der Nutzung des Grund und Bodens für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen an den einzelnen Nutzungsberechtigten. Häufig sind Teilnehmer (zB bei Mietshäusern) und Eigentümer (dinglich Berechtigter) nicht identisch. Die Norm regelt daher im Einzelnen, inwieweit der Netzbetreiber das Grundstück nutzen darf, weil er ohne die Einwilligung des Eigentümers nicht befugt ist, auf fremden Grundstücken Telekommunikationseinrichtungen zu errichten, zu kontrollieren und zu warten, was aber jeweils Voraussetzung für das Angebot seiner Leistung ist (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 a Rn 1; Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 107; Kühling/Elbracht, Rn 277 f). Der Netzbetreiber muss folglich zwei Verträge abschließen, nämlich einen Telekommunikationsvertrag mit dem Teilnehmer und einen Nutzungsvertrag mit dem Grundstückseigentümer. Durch den Nutzungsvertrag erhält der Anbieter das Recht, sämtliche erforderliche Einrichtungen auf dem Grundstück zu installieren, damit er seinen vertraglichen Verpflichtungen beim einzelnen Teilnehmer gerecht werden kann (BT-Drucks. 16/2581, S. 24; Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 a Rn 1; Kühling/Elbracht, Rn 277). Ein Beispiel eines solchen Nutzungsvertrages zwischen Eigentümer und Netzbetreiber befindet sich in der Anlage zu § 45 a TKG (BR-Drucks. 886/06, S. 15; Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 a Rn 2; Kühling/Elbracht, Rn 277). Nur bei Angebot dieses Standard-Nutzungsvertrages greift das Kündigungsrecht des § 45 a TKG, wobei der Inhalt dieses Nutzungsvertrages nicht dispositiv ist, soweit es sich um Abweichungen zum Nachteil des Teilnehmers handelt (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 a Rn 2; Kühling/Elbracht, Rn 277).

(3) Entstörungsdienst, § 45 b TKG

- 255 Durch § 45 b TKG wird an die Inanspruchnahme eines Telekommunikationsdienstes direkt die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit desselben geknüpft (Kühling/Elbracht, Rn 279). § 45 b TKG beinhaltet einen Servicemindeststandard, wonach eine Entstörungspflicht des marktmächtigen Netzbetreibers auch nachts und an Sonn- und Feiertagen besteht, also „rund um die Uhr“ (BerlKommTKG/Robert, § 45 b TKG Rn 1). Bezweckt wird damit ein weitestgehend störungsfreies und zuverlässiges Angebot öffentlich zugänglicher Telefondienste (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 b Rn 1). Unter Störung ist eine technisch bedingte Störung der Sprachkommunikation in Form eines nicht durchführbaren Verbindungsaufbaus oder der nicht vollständigen Nutzbarkeit des vertraglich zugesicherten Leistungsspektrums zu verstehen (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 b Rn 3; Kühling/Elbracht, Rn 279). Aufgrund fehlender entspr. Regelungen ist der Entstörungsdienst unentgeltlich bereitzustellen. Von entscheidender Bedeutung für den Teilnehmer ist jedoch, dass er bei gestörten Telefondiensten zumindest auch noch unentgeltlich Notrufe nach den europarechtlichen Vorgaben absetzen kann (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 b Rn 3). Vor allem im Bereich des VoIP kann es hier zu Problemen kommen (ausf. dazu bei § 45 k TKG).

(4) Normgerechte technische Dienstleistung, § 45 c TKG

- 256 Durch § 45 c TKG soll sichergestellt werden, dass ein Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten die verbindlichen Normen und Schnittstellenspezifikationen (vgl Art. 17 Abs. 4 S. 2 RRL) einhält und dem Endnutzer dieses Leistungsangebot auch komplett bereitstellt (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 c Rn 1; BerlKommTKG/Robert, § 45 c TKG Rn 1).

(5) Berücksichtigung der Interessen behinderter Menschen, § 45 TKG

257 § 45 TKG soll den Zugang behinderter Menschen zu öffentlichen Telekommunikationsdiensten sicherstellen und gleichzeitig eine Hilfestellung für die Möglichkeit der tatsächlichen und problemlosen Nutzung und Erbringung dieses Dienste geben. Gemäß § 45 Abs. 1 muss dieser Zugang dem der Mehrheit der Endnutzer gleichwertig sein. Zurückzuführen ist diese Regelung auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, demzufolge niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf (BT-Drucks. 16/2581, S. 26; Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 Rn 1; Kühling/Elbracht, Rn 281). Besonders hervorgehoben wird in Abs. 3 die Schaffung eines den Bedürfnissen gerecht werdenden Vermittlungsdienstes. Hörbehinderte Menschen sollen dadurch die Möglichkeit bekommen, auch mit hörenden Menschen kommunizieren zu können. Ergänzend zu den allg. Befugnissen der §§ 126 ff TKG werden der Bundesnetzagentur in § 45 Abs. 2 TKG Befugnisse zur Sicherstellung des Vermittlungsdienstes eingeräumt.

(6) Service-Hotline

258 Zum 1.3.2010 wurde eine neue Regelung für Service-Dienste in das TKG aufgenommen. Nach dem neuen § 66 d Abs. 3 TKG sind Höchstpreise pro Minute oder pro Anruf für Verbindungen aus dem Mobilfunknetz zu nennen. So darf der Preis für Anrufe bei Service-Diensten aus den Festnetzen höchstens 0,14 Euro pro Minute oder 0,20 Euro pro Anruf und aus den Mobilfunknetzen höchstens 0,42 Euro pro Minute oder 0,60 Euro pro Anruf betragen, soweit nach § 66 d Abs. 4 S. 4 TKG keine abweichenden Preise erhoben werden können. Dabei darf die Abrechnung höchstens im 60-Sekunden-Takt erfolgen. Somit genügt die Angabe „Mobilfunkpreise können abweichen“ nicht mehr den gesetzlichen Anforderungen. Im Zuge dessen wurde auch der Begriff der Service-Dienste legaldefiniert. Nach § 3 Nr. 8 b TKG sind Service-Dienste solche Dienste, insb. des Rufnummernbereichs (0)180, die bundesweit zu einem einheitlichen Entgelt zu erreichen sind. Der durch das Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen eingeführte § 66 d Abs. 5 TKG verlangt, dass der Preis für Anrufe innerhalb des Europäischen Telefontnummerierungsraumes (ETNS) mit den jeweils geltenden Höchstpreisen für Auslandsanrufe vergleichbar ist.

bb) Schutz vor überhöhten oder unberechtigten Forderungen

(1) Anspruch auf Einzelverbindungs nachweis, § 45 e TKG

259 Der Teilnehmer kann von seinem Anbieter jederzeit mit Wirkung für die Zukunft eine nach Einzelverbindungen aufgeschlüsselte Rechnung (Einzelverbindungs nachweis) verlangen (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 e Rn 1; Kühling/Elbracht, Rn 286). Eine Differenzierung nach der Art der Dienste findet nicht statt, wodurch sämtliche Dienste (Sprach- und Datendienste) unter § 45 e TKG fallen (BerlKommTKG/Schlotter, § 45 e TKG Rn 9). Nach § 45 e Abs. 1 S. 2 TKG besteht der Anspruch aber nicht, wenn technische Hindernisse entgegenstehen oder aber für eine Leistung üblicherweise keine Rechnung gestellt wird, wie etwa bei betragsmäßig limitierten Prepaid-Karten oder auch bei Calling-Cards (BT-Drucks. 15/5213, S. 22; BT-Drucks. 16/2581, S. 25; Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 e Rn 3; Oster, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 111). Die Rechtsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bleiben nach § 45 e Abs. 1 S. 3 TKG unberührt, wodurch insb. die §§ 97, 99 TKG angesprochen werden, die den Umfang der zu speichernden Daten festlegen (Schadow, in: Scheurle/Mayen, § 45 e Rn 4; Kühling/Elbracht, Rn 286; Kühling/Neumann, K&R 2005, 478).

(2) Verbindungspreisberechnung, § 45 g TKG

260 § 45 g TKG ist eine Regelung hinsichtlich der Verbindungspreisberechnung und dient der Abrechnungsgenauigkeit und Entgeltrichtigkeit. Es soll sichergestellt werden, dass der Rechnungsbetrag für die in Anspruch genommene Telekommunikationsdienstleistung auf der Basis ordnungsgemäß arbeitender Abrechnungssysteme ermittelt wurde. Dadurch soll das Vertrauen des Endnutzers in die ordnungsgemäße Entgeltermittlung gestärkt werden. Die Vorschrift kommt aber auch dem Anbieter zu

Gute, da bei Beachtung der Anforderungen aus § 45 g TKG davon ausgegangen wird, dass die aufgeführten entgeltrelevanten Daten richtig ermittelt und somit einer ordnungsgemäßen Entgeltberechnung zugrunde gelegt wurden (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 g Rn 1). Somit hat die Norm neben dem Schutz der Teilnehmer hinsichtlich der Übereinstimmung von Verbindungsentgelten und vertraglichen Vereinbarungen auch eine Kontrollfunktion bzgl der ordnungsgemäßen Entgeltermittlung durch die verwendeten Erhebungssysteme (BerlKommTKG/Robert, § 45 g TKG Rn 1; *Ditscheid*, MMR 2007, 210, 212) zum Ziel.

(3) Rechnungsinhalt, Teilzahlungen, § 45 h TKG

- 261 § 45 h Abs. 1 S. 1 TKG gibt genaue Anforderungen an den Umfang und den Inhalt einer gemeinsamen Rechnungsstellung vor (BGH 8.3.2007 – III ZR 128/06, MMR 2007, 367, 369). Dies kommt daher, dass in der Praxis häufig kleinere Diensteanbieter dem Kunden keine eigene Rechnung ausstellen, sondern ihre Posten zusammen mit der Rechnung des Netzbetreibers abrechnen lassen. Damit berücksichtigt § 45 h TKG die Vorgaben der §§ 18 und 21 Abs. 2 Nr. 7 TKG. Durch die näher definierten Angaben soll der Schutz der Teilnehmer bei unbegründeten Forderungen erhöht werden (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 h Rn 1; *Kühling/Elbracht*, Rn 288). Die Zahlung des gesamten Rechnungsbetrags hat für den Endnutzer auch befreiende Wirkung gegenüber den anderen auf der Rechnung aufgeführten Anbietern (§ 45 h Abs. 1 S. 3 TKG), womit eine Erleichterung der Zahlungsabwicklung für den Endnutzer bezweckt ist. § 45 h Abs. 2 TKG regelt den Fall der Teilzahlung durch den Kunden (*Oster*, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 114). Er stellt eine Spezialregelung zu § 366 BGB dar. Das Ziel dieser Vorschrift ist eine effektive und wirtschaftlich durchführbare Fakturierung durch den Teilnehmernetzbetreiber (BerlKommTKG/Schlotter, § 45 h TKG Rn 16). § 45 h Abs. 3 TKG enthält noch eine Hinweispflicht des rechnungsstellenden Unternehmens auf die Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen sowie bei Teilzahlungen unter Ausschluss des Abs. 2 die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Tilgungsbestimmung.

(4) Vorausbezahlte Leistung, § 45 f TKG

- 262 § 45 f TKG dient dem Schutz des Teilnehmers vor überhöhten Rechnungen. Der Teilnehmer bekommt nur auf Vorauszahlungsbasis Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz und kann nur so die gewünschten Telefondienste nutzen. Somit wird er in die Lage versetzt, seine Ausgaben effektiv zu kontrollieren und damit das Risiko einer überhöhten Rechnung zu minimieren (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 f Rn 1; *Kühling/Elbracht*, Rn 292). Der Gesetzgeber hat diese Regelung ausdrücklich als eine **Universaldienstleistung** iSd § 78 Abs. 1 TKG eingeordnet (BT-Drucks. 15/5694, S. 34), woraus folgt, dass es genügt, wenn der Teilnehmer ein entspr. Produkt am Markt in Anspruch nehmen kann (BT-Drucks. 16/2581, S. 25; *Kühling/Elbracht*, Rn 292). Aufgrund der bestehenden **Prepaid-Produkte im Mobilfunkbereich** und der **Calling-Karten im Festnetzbereich** ist dies gegeben (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 f Rn 3; *Kühling/Elbracht*, Rn 292).

cc) Begleitende Rechte und Pflichten

(1) Beanstandungen, § 45 i TKG

- 263 § 45 i TKG soll Abhilfe bei Streitigkeiten hinsichtlich der Höhe von Verbindungsentgelten schaffen. So regelt die Vorschrift Modalitäten einer möglichen Beanstandung und die Nachweispflichten des Anbieters und des Teilnehmers (*Kühling/Elbracht*, Rn 293).
- 264 Im Falle einer Beanstandung des berechneten Verbindungsentgelts muss diese an den Anbieter adressiert werden, der den Dienst des str. Rechnungspostens erbracht hat. Hinsichtlich der Frist gibt das Gesetz in § 45 i Abs. 1 S. 1 TKG eine Mindestanforderung von acht Wochen vor. Daneben unterliegt die Bestimmung der Frist entspr. dem Grundsatz der Privatautonomie den jeweils im Vertrag vereinbarten Zeitspannen (*Kühling/Elbracht*, Rn 294). Mit dem Zugang der Rechnung beim Teilnehmer beginnt die Beanstandungsfrist zu laufen, wobei die Nachweispflicht dem Anbieter obliegt (§§ 187, 130 BGB) (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 2; *Kühling/Elbracht*, Rn 294). Eine Besonderheit

stellen sog. **Einwendungsausschlussklauseln** dar (BT-Drucks. 16/2581, S. 26). Die bloße Nichtzahlung reicht dabei nicht für eine wirksame Beanstandung aus (BGH 24.6.2004 – III ZR 104/03, MMR 2004, 602, 604; *Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 2). Sobald der Teilnehmer die vereinbarte Frist verstreichen lässt, erklärt er sich mit der Abrechnung einverstanden. Ein Begründungserfordernis ist nicht im Gesetz erwähnt. Die Notwendigkeit einer Begründung erscheint jedoch im Hinblick auf § 45 h Abs. 3 TKG und § 45 k Abs. 2 S. 2 TKG angebracht (BerlKommTKG/Schlotter, § 45 i TKG Rn 9; *Pohle/Dorschel*, CR 2007, 153, 154).

Im Zuge einer Beanstandung hat der Anbieter nach § 45 i Abs. 1 S. 2 TKG das Verbindungsaufkommen in Gestalt eines Einzelbindungsnachweises entspr. dem in § 45 e TKG normierten Mindestumfang aufzuschlüsseln und im Regelfall eine **technische Prüfung** durchzuführen. Eine Durchführung ist dann nicht erforderlich, wenn die Beanstandung nachweislich nicht auf einen technischen Mangel zurückzuführen ist. Der Zweck des § 45 i TKG ist, dass dem Endnutzer die Kontrolle und Nachprüfung des berechneten Verbindungsentgelts ermöglicht werden soll (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 1; *Kühling/Elbracht*, Rn 295). Nach § 45 i Abs. 1 S. 4 TKG erlöschen die Ansprüche des Anbieters aus Verzug, wenn er nicht innerhalb von acht Wochen auf die Beanstandung mit den erforderlichen Maßnahmen reagiert. Der Umfang der technischen Prüfung ist nicht geregelt, jedoch sollte grds. die technische Prüfung in einem angemessenen Verhältnis zum beanstandeten Betrag stehen (*Kühling/Elbracht*, Rn 295).

Nach § 45 i Abs. 3 S. 1 TKG liegt die **Beweislast** für die technisch fehlerfreie Bereitstellung des Dienstes oder den Zugang zum Telekommunikationsnetz bis zum Übergabezeitpunkt grds. beim Anbieter. Es besteht daher ein **Anscheinsbeweis für die Richtigkeit** der erstellten Rechnung, sofern keine technischen Fehler bei der Überprüfung vorliegen. Ergibt die technische Prüfung dagegen entgeltrelevante Mängel oder erfolgt sie später als zwei Monate nach der Beanstandung, so wird nach § 45 i Abs. 3 S. 2 TKG widerleglich die Unrichtigkeit der Entgeltermittlung des Anbieters vermutet (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 6; *Kühling/Elbracht*, Rn 297; *Oster*, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 116). Folglich bezieht sich die Beweislastregelung nicht auf die richtige Berechnung, sie ist vielmehr allein auf technische Aspekte beschränkt (BT-Drucks. 15/5213, S. 38 f; *Kühling/Elbracht*, Rn 297).

Sobald der Teilnehmer nach § 45 i Abs. 4 S. 1 TKG nachweisen kann, dass ihm die Inanspruchnahme der Leistungen des Anbieters nicht zugerechnet werden kann, erfolgt eine vollständige Befreiung von der Zahlungspflicht. Als Haftungs- und Zurechnungsmaßstab sind die zivilrechtlichen Regelungen in §§ 276, 278 BGB analog heranzuziehen (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 7; BerlKommTKG/Schlotter, § 45 i TKG Rn 29). Auch entfällt der Zahlungsanspruch des Anbieters nach Abs. 4 S. 2 bei einer **Manipulation durch Dritte**, etwa mittels automatischer Einwahlprogramme wie Backdoor-Programmen (Backdoor-G, SubSeven, Explorer 32), Rootkits, Trojaner (Trojanisches Pferd) oder selbst einwählenden Dialern. Der Teilnehmer hat sein Vorbringen dabei durch nachprüfbarbare Tatsachen zu belegen (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 7; *Kühling/Elbracht*, Rn 298). Falls automatische Einwahlprogramme (sog. **Dialer**) unbemerkt installiert wurden und diese für einen durchschnittlichen Anschlussnutzer nicht erkennbar Verbindungen in das Internet über eine hochpreisige Mehrwertdiensternummer herstellen, trägt nach Ansicht des BGH der Netzbetreiber und nicht der Anschlussinhaber das **Risiko der heimlichen Installation**, sofern der Anschlussnutzer dies nicht zu vertreten hat. Ferner obliegt es dem Anschlussnutzer nicht, Vorkehrungen gegen sog. Dialer zu treffen, solange kein konkreter Hinweis auf einen Missbrauch vorliegt (BGH 4.3.2004 – III ZR 96/03 (KG), NJW 2004, 1590 = MMR 2004, 308 m.Anm. *Mankowski*; zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung § 16 Abs. 3 S. 3 TKV; *Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 i Rn 7; *Kühling/Elbracht*, Rn 299).

(2) Entgeltspflicht bei unrichtiger Ermittlung des Verbindungsaufkommens, § 45 j TKG

Nach § 45 j Abs. 1 S. 1 TKG hat der Anbieter lediglich einen Anspruch auf das **durchschnittliche Entgelt** der letzten sechs Abrechnungszeiträume, sofern im Fall des § 45 i Abs. 3 S. 2 TKG nachgewiesene Mängel, die sich auf die Berechnung des beanstandeten Entgelts zum Nachteil des Teilnehmers auswirken, vorliegen oder die technische Prüfung verspätet abgeschlossen wurde. Sobald der

Teilnehmer nach § 45 j Abs. 1 S. 2 TKG nachweist, dass er den Zugang nicht in entspr. Maße genutzt hat, kann der Abrechnungsbetrag sogar noch geringer sein. Der Teilnehmer ist für seine Behauptungen entspr. den allg. zivilrechtlichen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig. Diese Regelung stellt folglich eine Lösungsmöglichkeit für eine unklare Beweislage dar (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 j Rn 2 f; *Kühling/Elbracht*, Rn 300). Die Abwägung der widerstreitenden Interessen geht tendenziell zugunsten des Teilnehmers aus. Denn dieser muss bei entspr. Nachweis sogar weniger als den Durchschnitt der letzten Rechnungen aufbringen. Zu beachten ist aber, dass diese Vorschrift nur bei flexiblen Rechnungsposten greifen kann, da bei Pauschalkosten kein Durchschnittswert ermittelt werden muss (*Kühling/Elbracht*, Rn 300).

(3) Aufnahme in öffentliche Teilnehmerverzeichnisse, § 45 m TKG

269 Jeder Teilnehmer hat nach § 45 m Abs. 1 S. 1 TKG gegenüber seinem Zugangsanbieter zum Fest- und Mobilfunknetz als Normadressat einen Anspruch auf jederzeitige unentgeltliche Aufnahme seiner sog. Standarddaten in ein allg. zugängliches, nicht notwendig anbietereigenes Teilnehmerverzeichnis oder auch auf Löschung seines Eintrages. Eine sog. „Zwangseintragung“ besteht nicht mehr, sondern der Teilnehmer hat ein Wahlrecht auf Eintragung nach § 45 m Abs. 1 S. 1 TKG (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 m Rn 4 f). Durch die Eintragung kann dem Willen eines Teilnehmers entsprochen werden, für möglichst viele Dritte erreichbar zu sein (BerlKommTKG/*Robert*, § 45 m TKG Rn 1). Aus § 104 TKG ergibt sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer solchen Datenverwendung, wonach Teilnehmer mit ihrem Namen, ihrer Anschrift und zusätzlichen Angaben wie Beruf, Branche und Art des Anschlusses in öffentliche gedruckte oder elektronische Verzeichnisse eingetragen werden können, soweit sie dies beantragen (*Kühling/Elbracht*, Rn 301).

(4) Rufnummernmissbrauch, § 45 o TKG

270 Durch § 45 o TKG werden Netzbetreibern die Rufnummern in ihrem Netz einrichten, besondere Hinweis- und Handlungspflichten auferlegt. Hierzu zählt auch die Sperrung einer missbräuchlich verwendeten Rufnummer nach § 45 o S. 3 TKG als letzte Option des dreistufigen Verfahrensablaufs. Den Anbietern obliegt es dabei, bekannt gewordene Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften zu dokumentieren, um zu einer gesicherten Kenntnis zu gelangen (*Kühling/Elbracht*, Rn 302). Die Vorschrift dient hauptsächlich dem Jugendschutz (Kosten für Handy-Logos und Klingeltöne). Die Norm soll letztlich aber auch den Verbraucher vor der gesetzlich verbotenen Übersendung und Übermittlung von unerwünschten Informationen, Sachen oder sonstigen Leistungen mittels Verwendung von Rufnummern durch den Zuteilungsnehmer schützen, indem sie diese unterbindet. Darunter sind etwa die unverlangte Zusendung von Werbung an Dritte mittels Telekommunikation wie E-Mail, Telefax und SMS sowie automatisierte Anrufe, um auf diesem Wege bestimmte Produkte oder Dienstleistungen anzubieten oder auch um Rückrufe zu provozieren, zu verstehen. Viele Bürger empfinden die gesetzlich verbotene Informationsweitergabe als belästigend (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 o Rn 1). Dabei ist auch die komplementäre Exekutivkompetenz der Bundesnetzagentur in § 67 TKG zu beachten (*Kühling/Elbracht*, Rn 302).

(5) Sperre, § 45 k TKG

271 Durch § 45 k TKG hat der Anbieter unter fest geregelten Voraussetzungen die Möglichkeit, die grds. zu erbringende Leistung zu verweigern (sog. Sperre). Nach § 45 k Abs. 1 S. 1 TKG kann eine solche Leistungsverweigerung bzw. Sperre nur nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 des § 45 k TKG oder nach § 45 o S. 3 TKG (Rufnummernmissbrauch) vollzogen werden. Der Zahlungsverzug des Teilnehmers nach § 45 k Abs. 2 S. 1 TKG ist der praxisrelevanteste Fall (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 k Rn 1; *Kühling/Elbracht*, Rn 303). Jedoch muss die Möglichkeit, eine Notrufnummer wählen zu können, immer bestehen bleiben.

(6) Auskunftsanspruch über zusätzliche Leistungen, § 45 p TKG

Zur Schaffung größtmöglicher Transparenz und zur Erreichung einer bestmöglichen Aufschlüsselung der einzelnen Rechnungsposten, ist in § 45 p TKG eine zusätzliche Informationspflicht für solche Entgelte geregelt, die nicht ausschließlich Gegenleistungen einer Verbindungsleistung sind. Dabei kann die Informationspflicht, die nach § 45 i TKG grds. vorerst den Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit verpflichtet, auf den verantwortlichen Anbieter einer zusätzlichen Leistung übergehen, da der Netzbetreiber bei möglichen Streitigkeiten nicht über eine derartige Kenntnis verfügt. Dieser Anbieter ist dann wiederum möglicherweise mittels des Auskunftsanspruch aus § 66 i TKG zu ermitteln (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 p Rn 1 f; *Kühling/Elbracht*, Rn 304).

(7) Anbieterwechsel, § 46 TKG

§ 46 TKG regelt die Rufnummernmitnahme, die dem Teilnehmer den Vorteil bringt, seine zugewiesene Rufnummer auch nach dem Wechsel zu einem Konkurrenten beizubehalten (*Kühling/Elbracht*, Rn 305). Dem Bekanntheitsgrad von im Telefonverkehr eingeführten Rufnummern wird von Seiten der Rufnummerninhaber eine erhebliche finanzielle sowie ideelle Bedeutung zugemessen. Die Möglichkeit der Mitnahme zuteiliger Rufnummern beim Anbieterwechsel (Rufnummernportierung) ist ein zentraler Faktor für einen wirksamen Wettbewerb in öffentlichen Telefonnetzen; soweit es sich um öffentlich zugängliche Mobilfunkdienste handelt, kann der Endnutzer die Übertragung der zuteiligen Rufnummer sogar jederzeit verlangen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der bestehende Vertrag zwischen Endnutzer und abgebendem Anbieter davon unberührt bleibt. Darauf hat der aufnehmende Anbieter den Endnutzer vor Vertragsschluss in Textform hinzuweisen. Würde die Rufnummernbeibehaltung fehlen, wäre die Bereitschaft der Teilnehmer zu einem Anbieterwechsel erheblich gemindert (sog. lock-in-Effekt), wodurch der Dienstewettbewerb entscheidend geschwächt werden würde (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 46 Rn 1). Privatkunden haben in erster Linie ein Interesse an der Zeitersparnis bei einer Rufnummernübertragung. Geschäftskunden haben dagegen neben finanziellen Interessen ein hohes Interesse an der Wiedererkennbarkeit. In beiden Kundenbereichen tritt dazu noch die Kostenersparnis durch die Änd. der verschiedenen Unterlagen und Ausweise (*Kühling/Elbracht*, Rn 305). § 46 Abs. 3 TKG verpflichtet die Netzbetreiber, § 46 Abs. 4 TKG hingegen die Diensteanbieter. Im Hinblick auf die Besonderheiten im Mobilfunk ist vor allem die Verpflichtung in § 46 Abs. 4 TKG erforderlich, um auch den Teilnehmern die Möglichkeit der Portabilität zu geben, die nicht unmittelbar Vertragspartei eines Netzbetreibers sind (BT-Drucks. 15/2316, S. 72).

(8) Bereitstellen von Teilnehmerdaten, § 47 TKG

Der vorwiegende Zweck von § 47 TKG ist die Sicherstellung des netz- und diensteübergreifenden Angebots von Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 47 Rn 1). Dadurch sollen vor allem auch kleinere Marktteilnehmer, die ihren Kunden auch ein umfangreiches Verzeichnis anbieten möchten, unterstützt werden. Die Vorschrift gibt jedem Unternehmen einen Anspruch auf Herausgabe bzw. Überlassung gegenüber den Unternehmen, die über die entspr. Teilnehmerdaten verfügen. Dabei steht die Herausgabe der Daten stets unter dem Vorbehalt der datenschutzrechtlichen Unbedenklichkeit (*Kühling/Elbracht*, Rn 306). § 47 TKG steht damit im Kontext zu § 104 TKG und § 45 m TKG. Zu beachten ist, dass nach § 47 Abs. 4 S. 1 Hs 1 TKG für die Überlassung der Teilnehmerdaten ein Entgelt erhoben werden kann und dass dieses Entgelt nach § 47 Abs. 4 S. 1 Hs 2 TKG regelmäßig der nachträglichen Entgeltregulierung unterliegt.

dd) Haftung, § 44 a TKG

Im Bereich der Haftung gilt das unter „Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch“ Besprochene. 275

ee) Schlichtungsverfahren, § 47 a TKG

Im Interesse einer möglichst schnellen und kostengünstigen Streitentscheidung wird dem Teilnehmer durch § 47 a TKG die Möglichkeit eröffnet, Streitigkeiten mit den Betreibern oder Anbietern von 276

öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten durch ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren auf freiwilliger Basis durch die Bundesnetzagentur zu klären (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 47 a Rn 1; *Kühling/Elbracht*, Rn 308). § 47 a TKG steht im Kontext der Verpflichtungen zum Kundenschutz nach den §§ 43 a, 43 b, 45 bis 46 und § 84 TKG. Die Nichterfüllung einer Verpflichtung gegenüber dem Teilnehmer ist Voraussetzung für ein derartiges Verfahren (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 47 a Rn 2; *Kühling/Elbracht*, Rn 308). Nach § 47 a Abs. 2 S. 2 TKG hat die Bundesnetzagentur auf eine gütliche Einigung zwischen dem Teilnehmer und dem Anbieter hinzuwirken.

c) Vertragsbeendigung: Kündigung, Vertragsübernahme, Anbieterwechsel, Rufnummermitnahme

277 Grds. gelten hinsichtlich der Vertragsbeendigung die allg. zivilrechtlichen Regelungen (siehe dazu die obigen Ausführungen). Bzgl. des Anbieterwechsels und der Rufnummermitnahme gelten die obigen Ausführungen unter dem Punkt „Anbieterwechsel, § 46 TKG“. Eine spezialgesetzliche Regelung im Hinblick auf die Vertragsbeendigung findet sich in § 45 k Abs. 3 TKG. Danach darf der Telekommunikationsdiensteanbieter seine Leistung erst dann einstellen, sobald die Kündigung des Vertragsverhältnisses wirksam wird. Die Rechtmäßigkeit einer fristlosen oder fristgerechten Kündigung beurteilt sich nach den allg. zivilrechtlichen Vorschriften (*Schadow*, in: Scheurle/Mayen, § 45 k Rn 4).

d) Änderungen im Bereich des Kundenschutzes durch die TKG-Novelle

278 Die Novellierung des TKG hat ihre Auswirkungen in den folgenden Bereichen entfaltet: bei der Durchführung des Anbieterwechsels, beim Wohnortwechsel eines Verbrauchers, bei der Vertragslaufzeit sowie bei der Netzneutralität.

279 § 46 TKG erleichtert den Anbieterwechsel für den Kunden. § 46 Abs. 1 TKG bestimmt, dass die Leistungen des abgebenden Anbieters nicht unterbrochen werden dürfen, bevor die technischen und vertraglichen Voraussetzungen für den Wechsel zu einem anderen Anbieter vorliegen. Eine Versorgungsunterbrechung für Teilnehmer ist auf diese Weise ausgeschlossen. § 46 Abs. 2 TKG soll den Anbieterwechsel dadurch beschleunigen, dass dem abgebenden Unternehmen ab Beendigung der vertraglich vereinbarten Leistung nur noch ein reduzierter Entgeltanspruch zusteht. Dem abgebenden Unternehmen wird durch diese Entgeltreduktion ein Anreiz geschaffen, den Anbieterwechsel schnell zu vollziehen (*Holzengel*, K&R 2010, 761, 764).

280 § 46 Abs. 8 TKG verbessert die Position des Verbrauchers bei Wohnortwechseln. Soweit es technisch möglich ist, sind Telekommunikationsanbieter verpflichtet, die bisherige Leistung ohne Änderung der vereinbarten Vertragslaufzeit auch am neuen Wohnort des Kunden fortzuführen. Wenn dies technisch nicht möglich ist, ist der Verbraucher zur Kündigung des Vertrages unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats berechtigt. Gem. § 43 b TKG sind Telekommunikationsanbieter verpflichtet, Teilnehmern die Möglichkeit zu geben, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten abzuschließen.

281 Zudem soll der Grundsatz der Netzneutralität als politisches Ziel der Regulierung gewährleistet werden, § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG. Verbraucher sollen deshalb schon vor Vertragsschluss darüber informiert werden, ob sich ein Netzbetreiber an den Grundsatz der Netzneutralität hält, § 43 a Abs. 1 Nr. 2 TKG (*Holzengel*, K&R 2010, 761, 766). Weitere Regelungen in Bezug auf die Netzneutralität finden sich in § 45 n TKG.

5. Verbraucherschutz bei Mehrwertdiensten

282 Der Kundenschutz im Bereich der Mehrwertdienste ist in den speziellen Vorschriften der §§ 66 a-66 k TKG detailliert geregelt. Diese lassen sich in Transparenzvorschriften und Vorschriften der Preisbegrenzung unterteilen und können nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden, § 66 l TKG (BerlKommTKG/Brodkorb, § 66 l TKG Rn 1; *Oster*, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 137).

a) Transparenzvorschriften

Die §§ 66 a, 66 b, 66 c, 66 i TKG haben den Sinn, Preistransparenz auf Seiten des Verbrauchers zu schaffen. § 66 a TKG regelt dabei ausf. die Modalitäten der Preisangabe, um so eine Umgehung der Preisangabepflicht zu verhindern. Derjenige, der gegenüber einem Endnutzer wirbt, wird verpflichtet, den Preis des Mehrwertdienstes kontrastreich und in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rufnummer darzustellen (*Paschke*, in: Scheurle/Mayen, § 66 a Rn 3). Die Informationspflichten zur Höhe des Verbindungsentgeltes umfassen nunmehr auch die Mobilfunkpreise, § 66 a S. 5, 6 TKG. §§ 66 b TKG stellt genaue Anforderungen an eine Preisangabe bei sprachgestützten Mehrwertdiensten. Gem. § 66 b Abs. 1 TKG hat grds. der Anbieter dieser Dienste die Preisangabe zu erbringen. Handelt es sich um sprachgestützte Massenverkehrsdienste verpflichtet § 66 b Abs. 2 TKG den jeweiligen Diensteanbieter zur Preisangabe. Gem. §§ 66 b Abs. 3 TKG kann auch ein Auskunftsdiensteanbieter verpflichtet sein, wenn es um die Weitervermittlung eines Auskunftsdienstes geht. Für sog. Kurzwahl-Datendienste (zB SMS- oder MMS-Dienste) regelt § 66 c TKG die Pflicht zur Preisangabe, welche erst ab einem Preis von 2 € für die Inanspruchnahme besteht. Die Anzeige muss gut lesbar und deutlich sichtbar erfolgen und muss so platziert werden, dass sie für den Kunden leicht erkennbar ist (LG Hannover 21.6.2005 – 14 O 158/04, MMR 2005, 714, 715). Diese Pflicht zur Preisangabe besteht nicht, wenn ein Dauerschuldverhältnis iSd § 45 l TKG vorliegt. Ebenso wie die Preisangabe gem. § 66 b TKG muss auch die Preisangabe vor Beginn der Entgeltspflichtigkeit vorgenommen werden, so dass auch die von § 66 c Abs. 1 S. 1 TKG geforderte Bestätigung durch den Kunden zB per SMS unentgeltlich möglich ist. Eine Ausnahme von der Pflicht der Bestätigung durch den Kunden („Handshake-Verfahren“) ist bei der Erbringung von Diensten im öffentlichen Interesse möglich, § 66 c Abs. 2 S. 1 Alt. 1 TKG. Als weitere Transparenzvorschrift sieht § 66 i Abs. 1 TKG bei berechtigtem Interesse für Zuteilungsnehmer einen Auskunftsanspruch gegenüber der Bundesnetzagentur vor. Dieser umfasst alle Nummern, die direkt oder originär von der Bundesnetzagentur zugeteilt wurden. Als Formerfordernis für den Auskunftsantrag wird nicht mehr die Schriftform vorgesehen, vielmehr erfordert § 66 i TKG nun bei Auskunftsbegehren nur noch die Textform. § 66 i Abs. 2 TKG legt fest, dass die Bundesnetzagentur darüber hinaus eine Datenbank aller zugeteilten 0900er Rufnummern anzulegen hat, aus der jeder Endnutzer Auskunft verlangen kann.

Ein Verstoß gegen die Vorgaben der §§ 66 a-c TKG stellt gem. § 149 Abs. 1 Nr. 13 a-e TKG eine Ordnungswidrigkeit dar, welche mit einem Bußgeld belegt werden kann. Zudem kommt im Falle einer Verletzung des §§ 66 a TKG ein Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung gem. § 44 TKG in Betracht, der lex specialis zu §§ 823 Abs. 2 und 1004 BGB ist und von den speziellen Kundenschutzvorschriften unberührt bleibt (*Oster*, in: Hoeren/Sieber, Teil 4 Rn 103). Ein Verstoß gegen §§ 66 b, c TKG lässt den Entgeltanspruch gem. §§ 66 g Nr. 1, 2 TKG entfallen.

b) Vorschriften zur Preisbegrenzung

Unter die Vorschriften zur Preisbegrenzung bei Mehrwertdiensten fallen die §§ 66 d-f, j, k TKG. § 66 d TKG bestimmt dabei Preisobergrenzen für Mehrwertdienste. Bei zeitabhängiger Tarifierung liegt diese Grenze bei 3 Euro/Minute, wobei höchstens ein 60-Sekunden-Abrechnungstakt erlaubt ist, § 66 d Abs. 1 TKG. Die Preisobergrenze bei Blocktarifen, also zeitunabhängigen Tarifen, liegt bei 30 Euro, § 66 d Abs. 2 TKG. Allerdings hat die Bundesnetzagentur die Befugnis abweichende Preisobergrenzen zu bestimmen, § 67 Abs. 2 TKG. Als weiteres Instrument des Kundenschutzes legt § 66 e TKG eine Verpflichtung zur Zwangstrennung von zeitabhängig abgerechneten Verbindungen nach 60 Minuten fest. § 66 f TKG soll eine Preisbegrenzung durch den Schutz vor Dialern, also der Telekommunikationsdienstleistung besondere Inhalte abgerechnet werden, sicherstellen. Demnach darf ein Dialer nur betrieben werden, wenn er zuvor bei der Bundesnetzagentur registriert wurde. Eine solche Registrierung erfolgt nur bei Zuverlässigkeit des Antragsstellers. § 66 j TKG dient dem Schutz vor R-Gesprächen, also Gesprächen bei denen dem Angerufenen das Verbindungsentgelt in Rechnung gestellt wird. Der Missbrauch von R-Gesprächen soll dadurch verhindert werden, dass Zahlungen an den Anrufer unzulässig sind, so dass keine zusätzlichen Dienste abgerechnet werden

können. Zudem kann sich jeder Endkunde in sog. **Sperrlisten** eintragen lassen, die von der Bundesnetzagentur verwaltet werden, § 66 j Abs. 2 TKG. Umstr. ist in Bezug auf R-Gespräche jedoch weiter, ob bei der Gesprächsannahme durch **Minderjährige** von einer etwaigen Anscheinsvollmacht der Minderjährigen ausgegangen werden kann (LG Paderborn 10.2.2005 – 5 S 142/04, MMR 2005, 480; AG Menden 24.2.2005 – 3 C 531/04, NJW-RR 2005, 850; AG Kassel 13.5.2005 – 430 C 955/04, NJW-RR 2005, 1142 ff; AG Crailsheim 4.1.2005 – 4 C 393/04, NJW-RR 2005, 851). Schließlich soll § 66 k TKG vor Identitätsdiebstahl, Tarifverschleierung und sog. **Ping-Calls** (Lockanrufe) schützen. Diese automatischen Rückrufbitten zu Mehrwertdienstnummern sind eine unzulässige Form der Telefonwerbung (VG Köln 28.1.2005 – 11 K 3734/04, MMR 2005, 490). Deshalb darf gem. § 66 k Abs. 1 S. 3 TKG bei Mehrwertdiensten ausnahmsweise keine Rufnummer übermittelt werden.

286 Bei Verstoß gegen die Vorschriften zur Preisbegrenzung entfällt der **Entgeltanspruch** gem. § 66 h Nr. 3 f TKG. Dies gilt nicht für einen Verstoß gegen § 66 k TKG (*Paschke*, in: Scheurle/Mayen, § 66 j Rn 8). Zudem stellen solche Verstöße eine Ordnungswidrigkeit gem. § 149 Abs. 1 Nr. 13 f TKG dar, die mit einem Bußgeld bis zu 100.000 EUR bedroht ist. Bei Verstößen gegen § 66 f TKG können Wettbewerber ferner gem. § 8 UWG vorgehen.

c) Neuerungen im Bereich der Mehrwertdienste durch die TKG-Novelle

287 § 66 g TKG kodifiziert eine **Kostenbremse für Warteschleifen** und stärkt so die Transparenz im Bereich sprachgestützter Premiumdienste (*Kafka/König*, IR 2011, 7, 9). Dazu wird in § 3 Nr. 30 c TKG der Begriff der „Warteschleife“ erstmalig legaldefiniert. Grundsätzlich dürfen Warteschleifen nur noch eingesetzt werden, wenn der Anruf für den Anrufer kostenfrei ist oder die gesamte Verbindung zu einem Festpreis abgerechnet wird, § 66 g Abs. 1 TKG. § 66 Abs. 2 TKG legt zudem die Informationspflichten des Serviceanbieters gegenüber dem Anrufenden über die Warteschleife fest.

6. Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch

288 Die Vorschrift des § 44 Abs. 1 TKG bietet Betroffenen einen zivilrechtlichen Anspruch auf **Schadensersatz, Beseitigung und Unterlassung** gegen ein Unternehmen (vgl. § 3 Nr. 29 TKG), das gegen Vorschriften des TKG, Rechtsverordnungen aufgrund des TKG oder Verwaltungsakte der Bundesnetzagentur verstößt. Dieser Anspruch besteht neben den allg. zivilrechtlichen Ansprüchen wie etwa den Schadensersatzansprüchen aus dem Telekommunikationsvertrag gem. §§ 280, 611 ff BGB (BerlKommTKG/*Rugullis*, § 44 TKG Rn 31). Klagebefugt sind als Betroffene **Endverbraucher** und **Wettbewerber**. Während für die Definition der Wettbewerber auf das GWB zurückgegriffen werden kann und es mithin darauf ankommt, ob die Unternehmen auf demselben Markt tätig sind (BerlKommTKG/*Rugullis*, § 44 TKG Rn 12), taucht der Begriff des Endverbrauchers nur in § 44 Abs. 1 TKG auf und wird im TKG auch nicht weiter definiert. Es handelt sich bei dieser Begrifflichkeit um ein Redaktionsversehen, so dass der Begriff des Endverbrauchers mit dem des Endnutzers gleichzusetzen ist (*Shadow*, in: Scheurle/Mayen, § 44 Rn 9 f). Die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung bestehen für den Betroffenen verschuldensunabhängig, wobei der Anspruch auf Unterlassung eine Wiederholungsgefahr erfordert, § 44 Abs. 1 S. 1 TKG. Der Anspruch auf Schadensersatz besteht hingegen nur bei vorsätzlichem oder fahrlässigem, also schuldhaftem Handeln des Unternehmens. Gem. § 44 Abs. 2 TKG sind auch **Verbraucherschutzorganisationen** klagebefugt. § 44 TKG ermöglicht also eine dezentrale Rechtsdurchsetzung durch Betroffene, die neben der zentralen Rechtsdurchsetzung durch die Bundesnetzagentur besteht (*Kühling/Elbracht*, Rn 273).

289 § 44 a TKG begrenzt die **Schadensersatzpflicht von Unternehmen** in mehrfacher Hinsicht. Bei nicht vorsätzlichem Verhalten liegt die **Haftungshöchstsumme** gegenüber einem einzelnen Endnutzer bei 12.500 EUR, § 44 a S. 1 TKG. Die Haftungshöchstsumme gegenüber mehreren Endnutzern liegt bei insgesamt 10 Mio. EUR, § 44 a S. 2 TKG. Darüber hinaus regelt § 44 a die anteilige Kürzung der **Haftungssumme** (§ 44 a S. 3 TKG), Ausnahmen für den Verzugsschaden (§ 44 a S. 4 TKG) und die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung mittels einzelvertraglicher Vereinbarung (§ 44 a S. 5 TKG).

7. Telekommunikationsdatenschutz

a) Anwendungsbereich, § 91 TKG

Der Telekommunikationsdatenschutz ist im 2. Abschnitt des TKG in den §§ 91–107 TKG geregelt. Diese Vorschriften sollen den **Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung**, welches sich aus dem allg. Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG ableiten lässt, gewährleisten. Die datenschutzrechtlichen Regelungen des TKG schützen dabei nicht nur die personenbezogenen Daten natürlicher Personen. Im Bereich der Telekommunikation wird der Anwendungsbereich nach § 91 Abs. 1 S. 2 TKG auch auf juristische Personen oder Personengesellschaften, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, erweitert. Dies stellt eine **Besonderheit** zu dem sonst im deutschen Datenschutzrecht geltenden Grundsatz dar, dass sich nur natürliche Personen auf ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen können (*Kühling/Elbracht*, Rn 395). Verpflichtet werden durch die Datenschutzbestimmungen des TKG geschäftsmäßige Telekommunikationsdienste. Diese werden in § 3 Nr. 10 TKG legaldefiniert.

b) Informationspflichten, § 93 TKG

§ 93 TKG regelt die einen Diensteanbieter (§ 3 Nr. 6 TKG) treffenden Informationspflichten bzgl. der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten. Hierbei ist zwischen den Informationspflichten gegenüber Teilnehmern (§ 3 Nr. 20 TKG) und denen gegenüber Nutzern (§ 3 Nr. 14 TKG) zu unterscheiden (BerlKommTKG/*Kleszczewski*, § 93 TKG Rn 1). Gem. § 93 Abs. 1 S. 1 TKG haben Diensteanbieter die Teilnehmer bei Vertragsschluss zu unterrichten, so dass diese die notwendigen Informationen ohne vorherige Aufforderung erlangen. Diese Unterrichtung muss in allg. verständlicher Form erfolgen und soll über Art, Umfang, Ort und Zweck der Erhebung und Verwendung der personenbezogenen Daten aufklären. Darüber hinaus sind die Teilnehmer gem. § 93 Abs. 1 S. 2 TKG auf die nach dem TKG zulässigen **Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten** hinzuweisen. Nutzer sind vom Diensteanbieter durch allg. zugängliche Informationen über die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zu unterrichten (§ 93 Abs. 1 S. 3 TKG). Diese Unterscheidung zwischen Teilnehmern und Nutzern ist dadurch gerechtfertigt, dass das zwischen Teilnehmer und Diensteanbieter bestehende Vertragsverhältnis ein besonderes Vertrauen schafft und eine umfassende Information des Teilnehmers ermöglicht (*Albers*, in: Scheurle/Mayen, § 93 Rn 3).

c) Zulässigkeitstatbestände

Die §§ 95 ff TKG nennen Voraussetzungen unter denen Erhebung, Verwendung und Nutzung personenbezogener Teilnehmerdaten durch den Diensteanbieter zulässig sind. Innerhalb der Zulässigkeitstatbestände ist hierbei zwischen Bestandsdaten (§§ 95, 3 Nr. 3 TKG), Verkehrsdaten (§§ 96, 3 Nr. 30 TKG) und Standortdaten (§§ 98, 3 Nr. 19 TKG) zu unterscheiden.

§ 95 Abs. 1 S. 1 TKG enthält eine **datenschutzrechtliche Befugnis** zur Erhebung und Verwendung personenbezogener **Bestandsdaten**. Eine solche Erhebung ist zulässig, soweit sie zur Erreichung des in § 3 Nr. 3 TKG genannten Zweckes erforderlich ist. § 95 Abs. 1 S. 2 TKG bestimmt, dass auch zwei in einem Vertragsverhältnis zueinander stehende Diensteanbieter ihre jeweiligen Bestandsdaten gegenseitig verwenden dürfen, soweit dies zur Erfüllung des Vertrages zwischen den Diensteanbietern erforderlich ist. Hingegen schließt § 95 Abs. 1 S. 3 TKG eine Übermittlung von Bestandsdaten an Dritte ohne Einwilligung des Teilnehmers aus. § 95 Abs. 2 TKG enthält eine **Sonderregelung** für die Verwendung von Bestandsdaten zu Zwecken der Werbung, des Marketings und der Marktforschung, welche nur nach Einwilligung und im Falle der Erforderlichkeit der Verwendung zur Erreichung der in § 95 Abs. 2 S. 1 TKG genannten Zwecke zulässig ist (BerlKommTKG/*Kleszczewski*, § 95 Rn 7). Gem. § 95 Abs. 3 TKG hat der Diensteanbieter ferner die **Bestandsdaten eines Kunden** mit Ablauf des Kalenderjahres zu löschen, das auf die Vertragsbeendigung folgt.

Auch die Verwendung von **Verkehrsdaten** wird in § 96 Abs. 1 TKG von der Erforderlichkeit abhängig gemacht (BerlKommTKG/*Kleszczewski*, § 96 TKG Rn 4). § 96 Abs. 1 TKG listet dabei abschließend auf, welche Verkehrsdaten erhoben und verwendet werden dürfen (*Holzengel/Enaux/Nienhaus*,

Rn 668). Liegt keine Erforderlichkeit vor, sind die Verkehrsdaten vom Diensteanbieter nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen, § 96 Abs. 1 S. 3 TKG. Eine Verarbeitung von Verkehrsdaten zu besonderen Zwecken ist nur nach **Einwilligung des Teilnehmers** möglich, § 96 Abs. 3, 4 TKG.

- 295 Ebenso ist eine Verarbeitung von **Standortdaten** auf das für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen (§ 3 Nr. 5 TKG) erforderliche Maß begrenzt, wobei eine **sofortige Anonymisierung** der Daten oder die Einholung einer **Einwilligung des Teilnehmers** nötig sind, § 98 Abs. 1 TKG. Teilnehmer haben die Möglichkeit ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen (§ 98 Abs. 1 S. 5 TKG) und die Verarbeitung ihrer Daten zeitweise zu untersagen (§ 98 Abs. 2 TKG).

d) Weitere Erhebungs- und Verwendungszwecke

- 296 Gem. § 97 Abs. 1 S. 1 TKG können Daten auch zur **Entgeltermittlung** und **Entgeltabrechnung** erhoben werden. Hierbei listet § 97 Abs. 2 TKG auf, welche personenbezogenen Daten zu diesem Zwecke erhoben werden dürfen. In § 97 Abs. 3-6 TKG werden die Rechte und Pflichten bzgl. einer solchen Datenerhebung, wie bspw. eine Löschungspflicht für nicht erforderliche Daten gem. § 97 Abs. 3 S. 3 TKG, weiter konkretisiert. Regelungen über **Einzelverbindungs-nachweise** trifft § 99 TKG. Danach sind einem Teilnehmer die bis zur Versendung der Rechnung gespeicherten Daten der Verbindungen, für die er entgeltpflichtig ist, nur mitzuteilen, wenn er vor dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum in Textform einen Einzelverbindungs-nachweis verlangt hat. Ein Recht zur Erhebung und Verwendung von **Bestandsdaten** besteht für Diensteanbieter unter den weiteren Voraussetzungen des § 100 TKG auch, soweit dies zum Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen erforderlich ist.

8. Sonstige Teilnehmerschutzbestimmungen

a) Mitteilen ankommender Verbindungen, § 101 TKG

- 297 § 101 TKG gibt demjenigen, der durch mehrmalige bedrohende und belästigende Anrufe in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wurde, die Möglichkeit einer **Fangschaltung**, um zu ermitteln, von wem diese Anrufe ausgingen. Nach schriftlichem Antrag haben die Diensteanbieter auch netzübergreifend Auskunft über den jeweiligen Anschlussinhaber zu erteilen. Der Begriff des Anrufs ist in § 3 Nr. 1 TKG legaldefiniert. Unter den Anrufbegriff fallen auch Nachrichten auf dem Anrufbeantworter, Faxe und VoIP Verbindungen (Beck'scher TKG-Kommentar/*Büning/Weißenfels*, § 101 TKG Rn 12; *Kühling/Elbracht*, Rn 411; BT-Drucks. 15/2316, S. 90).

b) Rufnummernanzeige und -unterdrückung, § 102 TKG

- 298 § 102 TKG regelt die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für die Rufnummernübermittlung in digitalen Netzen (BerlKommTKG/*Kleszczewski*, § 102 TKG Rn 1). Ein Diensteanbieter muss es Anrufer und Angerufenem ermöglichen, die Rufnummernanzeige dauernd oder nur für bestimmte Anrufe **unentgeltlich** zu unterdrücken. Zudem müssen Angerufene eingehende Anrufe, bei denen die Rufnummernanzeige durch den Anrufenden unterdrückt wurde, auf einfache Weise und unentgeltlich abweisen können. Ird Kundenschutzes von besonderer Bedeutung ist § 102 Abs. 2 TKG. Nach dieser Regelung dürfen Anrufende bei **Werbung mit einem Telefonanruf** ihre Rufnummer nicht unterdrücken.

c) Automatische Anrufweitschaltung, § 103 TKG

- 299 § 103 TKG soll vor den Gefahren schützen, die dadurch entstehen, dass Dritte ohne Kenntnis des Teilnehmers Anrufe automatisch auf ihr Endgerät weiterleiten (*Ohlenburg*, MMR 2004, 431, 438). Daher ist der Diensteanbieter verpflichtet, seinen Teilnehmern die Möglichkeit einzuräumen, eine solche **Weitschaltung** auf einfache Weise und unentgeltlich abzustellen, soweit dies technisch möglich ist.

d) Auskunftserteilung bei Teilnehmerverzeichnissen, §§ 104, 105 TKG

Gem. § 104 TKG können Teilnehmer mit ihrem Namen, ihrer Anschrift und zusätzlichen Angaben wie Beruf, Branche und Art des Anschlusses in **öffentliche gedruckte oder elektronische Verzeichnisse** eingetragen werden, soweit sie dies beantragen. Gem. § 105 Abs. 1 TKG besteht die Möglichkeit, Auskünfte über die in diesen Verzeichnissen enthaltenen Rufnummern zu erlangen. Eine solche Auskunft darf jedoch nur unter den Voraussetzungen der §§ 104, 105 Abs. 2, 3 TKG erteilt werden. Danach ist es insb. erforderlich, dass die Teilnehmer kein Gebrauch von ihrem Widerspruchsrecht bzgl. der Weitergabe ihrer Rufnummer gemacht haben.

e) Nachrichtenübermittlungssysteme mit Zwischenspeicherung, § 107 TKG

Durch § 107 TKG sollen vor allem die **datenschutzrechtliche Gefahren**, die sich aus der Möglichkeit der Speicherung von Telekommunikationsinhalten beim Diensteanbieter für einen späteren Abruf ergeben, verringert werden. Diese zwischengespeicherten Daten erscheinen als besonders schutzbedürftig (*Kühling/Elbracht*, Rn 416). § 107 Abs. 1 TKG legt in den Nummern 1-5 für eine solche Zwischenspeicherung **allg. Grenzen und Mindestbefugnisse** des Teilnehmers fest. Der Diensteanbieter von **Zwischenspeicherungsdiensten** muss dem Teilnehmer die **volle Kontrolle** über die gespeicherten Inhalte geben und ist selbst auf die Bereitstellung von Speicherkapazität beschränkt (*Kammenberg*, in: Scheurle/Mayen, § 107 Rn 2). § 107 Abs. 2 TKG regelt den **Schutz vor unbefugtem Zugriff** auf die gespeicherten Inhalte. Insb. sollen Fehlübermittlungen und ein unbefugtes Offenbaren von Nachrichteninhalten vermieden werden, § 107 Abs. 2 S. 1 TKG.