

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

von Boris Blank, Schwerte

Erstgutachter:	Prof. Dr. Thomas Pfeiffer
Zweitgutachter:	Prof. Dr. Ingo Reichard
Tag der mündlichen Prüfung:	22.August 2002

**Die Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Endkunden
im Sprachtelefondienst nach der Liberalisierung des
Telekommunikationsmarktes**

Erscheinungsformen, telekommunikationsrechtlicher Hintergrund,
rechtstypologische Qualifizierung und Rechtsfolgenbestimmung

Gliederung

Einführung	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	2
A. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes unter sachlichen Gesichtspunkten	2
B. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes unter persönlichen Gesichtspunkten	3
§ 3 Technischer Hintergrund	4
A. Grundzüge der Telekommunikationstechnik	4
I. Einführung - Terminologie und Entwicklung	4
II. Differenzierung nach Telekommunikationsendgeräten, -netzen und -diensten	5
1. Telekommunikationsendgeräte	5
2. Telekommunikationsnetze	5
a. Übertragungswege	6
b. Vermittlungsstellen	6
3. Telekommunikationsdienste	7
B. Differenzierung von Telekommunikationsdienstleistungen	8
I. Einführung	8
II. Unterschiedliche Netzstrukturen: Teilnehmer- und Verbindungsnetze	8
1. Teilnehmernetze	9
2. Verbindungsnetze	9
III. Wahlmöglichkeiten des Endkunden	9
1. Entscheidung für einen Anbieter von Ortsverbindungen (allgemeiner Netzzugang)	9
2. Entscheidung für einen Anbieter von Fernverbindungen	9
a. Preselection / Vorauswahl	10
b. Call by Call - Selection / Einzelauswahl	10
§ 4 Problemstellung	11
§ 5 Zielsetzung	11
§ 6 Methodik	11
§ 7 Gang der Untersuchung	12

§ 2 Wesentliche Leistungspflichten	36
A. Einzelne inhaltliche Elemente	37
I. Präambeln	37
II. Vertragsabschlußklauseln	37
III. Installation und Überlassung eines Teilnehmeranschlusses	38
1. Der Teilnehmeranschluß - Definition	38
a. Physischer Netzzugang	40
b. Logischer Netzzugang	40
2. Einrichtung des Teilnehmeranschlusses	41
a. Herstellung des physischen Netzzugangs	42
b. Herstellung des logischen Netzzugangs	43
3. Überlassung des Teilnehmeranschlusses	45
a. Überlassung der Infrastruktur für den physischen Netzzugang	46
b. Überlassung des logischen Netzzugangs	47
4. Einordnung der Leistungsverpflichtungen	48
IV. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern	49
1. Vermittlung vom "eigenen" Anschluß zu anderen Anschlüssen - Anrufen	49
2. Vermittlung von anderen Anschlüssen zum "eigenen" Anschluß - Angerufen werden	50
3. Aufrechterhaltung der Verbindung - Sprechen und Hören	51
4. Durch Auslegung zu gewinnende Leistungsbeschränkung	52
5. Ausdrückliche Leistungsbeschränkungen	53
6. Gläubiger der Anbieterleistung	53
V. Vergütungspflicht - Äquivalenzverhältnis	54
1. Nutzungsabhängige Entgelte - Verbindungsentgelt	54
2. Nutzungsunabhängige Entgelte	56
aa. Bereitstellungsentgelt	56
bb. Grundpreis	56
3. Einordnung der Leistungsverpflichtungen	58
4. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund - Preisregulierung	58
5. Zwischenergebnis	59
VI. Besondere Nutzungsfunktionen	59
VII. Aufnahme in ein Teilnehmerverzeichnis, Überlassung eines Teilnehmerverzeichnis	60
VIII. Nutzung des Anschlusses durch Dritte	60
1. Vertragliche Regelung	61
2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	61
3. Einordnung der Regelung	62

IV.

IX. Rechnungserstellung / Einzelverbindungsnaehweis	62
1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	62
2. Vertragliche Regelungen / Einordnung der Regelung	63
X. Einwendungen / Einwendungsausschluß	63
1. Vertragliche Regelung	63
2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	64
3. Einordnung der Regelung	65
XI. Allgemeine Pflichten des Kunden	65
1. Bereitstellung von Grundstück und Strom	65
2. Sonstige allgemeine Pflichten des Kunden	66
3. Einordnung der Leistungsverpflichtungen	67
XII. Leistungsstörungen	67
1. Zahlungsrückstand des Endkunden	67
a. Sperre des Anschlusses bei Zahlungsrückstand des Endkunden	67
b. Vertragsbeendigung bei Verzug	69
2. Nichterbringung / Unterbrechung der Anbieterleistung	70
a. Vertragliche Regelung	70
b. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	70
3. Entstörung	71
a. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	71
b. Vertragliche Regelung	71
4. Sonstige Leistungsstörungen	72
5. Einordnung der Leistungsstörungenregeln	72
XIII. Haftung	73
1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	73
2. Vertragliche Regelung	74
3. Einordnung der Regelung	75
XIV. Laufzeit / ordentliche Kündigung	76
1. Vertragliche Regelung	76
2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund / Einordnung	76
XV. Datenschutz und Fernmeldegeheimnis	77
1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund	77
2. Vertragliche Regelung / Einordnung	78
XVI. Sonstige Vereinbarungen	78
B. Ergebnis	79
§ 3 Die Rechtsnatur einzelner Elemente	80
A. Erfordernis und Relevanz rechtlicher Qualifizierung	80
I. Anwendung zwingenden Rechts	81
II. Anwendung dispositiven Rechts bei Vertragslücken	81
III. Leitbildfunktion des Vertragstypus bei Anwendung des AGBG	82

V.

B. Rechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und den Endkunden	83
I. Qualifizierung durch die Parteien	84
II. Qualifizierungsversuche in Rechtsprechung und Literatur	84
1. Überkommene Qualifizierung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses"	85
2. Qualifizierung der neuartigen Rechtsverhältnisse	86
III. Typologische Qualifizierung	87
1. Mietvertrag	87
a. Charakter des Mietvertrages	87
b. Mietvertragliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden	88
c. Ergebnis	104
2. Pachtvertrag	104
a. Charakter des Pachtvertrages	104
b. Pachtrechtliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden	104
c. Ergebnis	105
3. Gesellschaftsvertrag	105
a. Charakter des Gesellschaftsvertrages	105
b. Gesellschaftsrechtliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden	105
c. Ergebnis	106
4. Dienst- und Werkvertrag	106
a. Charakter von Dienst- und Werkvertrag	106
b. Notwendigkeit einer Abgrenzung	107
c. Abgrenzung	107
d. Anwendung	112
IV. Ergebnis	123
§ 4 Einfluß der Verquickung der Leistungselemente auf die Rechtsnatur	124
A. Verknüpfung von Leistungselementen durch das Zeitmoment	124
I. Kategorien von Schuldverhältnissen nach zeitlicher Bewandtnis	125
1. Separate Einzelverträge ohne zeitliche Verknüpfung - Vertragsmehrheit, Geschäftsbeziehung	126
2. Rahmenvereinbarung / Normenvereinbarung	126
3. Rahmenvertrag	126
4. Wiederkehrschuldverhältnis	128
5. Sukzessivlieferungsvertrag (Raten- und Dauerlieferungsvertrag)	128
6. Dauerschuldverhältnis "im engeren Sinne"	130

II. Einordnung der Verknüpfung der Leistungselemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden	130
1. Empfangsbereitschaft	130
2. Errichtung und Aufrechterhaltung abgehender Telekommunikationsverbindungen	130
a. Einzelleistung	130
b. Verknüpfung der Leistungspflichten	131
c. Ergebnis	141
3. Zusammenwirken von Dauerlieferungsvertrag und Dauerschuldverhältnis im engeren Sinne	141
B. Ergebnis	141
§ 5 Die rechtliche Behandlung der Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden	142
A. Der Vertrag über die Empfangsbereitschaft	142
I. Vertragsschluß	142
1. Abschlußfreiheit und spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang	142
2. Vertragsschluß durch Angebot und Annahme	144
II. Vertragswirkungen - der Dauercharakter als Regelungsproblem	144
1. Synallagma	144
2. Zurückbehaltungsrecht	145
3. Abnahme, Fälligkeit, Gefahrübergang und Verjährung	146
a. Abnahme	146
b. Fälligkeit	148
c. Gefahrübergang	149
d. Verjährung	150
e. Ergebnis	150
4. Leistungsstörungen	150
a. Unmöglichkeit und Verzug	150
b. Gewährleistung	158
c. Ergebnis	162
5. Beendigungsregeln	162
6. Bewältigung der Regelungsprobleme	163
a. Einordnung als atypisches Vertragsverhältnis	163
b. Teleologische Reduktion der Rechtsbehelfe Rücktritt, Wandelung und großer Schadensersatzanspruch	164
c. Beendigungsrechte kraft analoger Rechtsanwendung	165
7. Zusammenfassung und Ergebnis	176
III. Nichtigkeitsgründe	177
1. Problematik	177
2. Ausschluß von Nichtigkeitsfolgen - fehlerhaftes Dauerschuldverhältnis	178

VII.

a. Sittenverstoß, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, fehlende Geschäftsfähigkeit	179
b. Anfechtung gemäß § 123 BGB	180
c. Anfechtung gemäß § 119 BGB / Dissens	180
3. Ergebnis	181
IV. Ergebnis	181
B. Der Dauerlieferungsvertrag	181
I. Vertragsschluß	181
II. Vertragswirkungen	181
1. Die Einzellieferung in Form der abgehenden Telekommunikations- verbindung	182
a. Zustandekommen	182
b. Vertragswirkungen	188
c. Nichtigkeitsgründe	195
d. Ergebnis	196
2. Der Gesamtvertrag	196
a. Synallagma	196
b. Zurückbehaltungsrecht	196
c. Auswirkungen der Störungen im Einzellieferungsverhältnis auf den Gesamtvertrag	197
d. Nichtigkeitsgründe	200
e. Zusammenfassung und Ergebnis	201
C. Das Verhältnis des Dauerlieferungsvertrages zum Vertrag über die Empfangsbereitschaft	201
§ 6 Zusammenfassung und Ergebnis	202
Dritter Abschnitt: Das Rechtsverhältnis zwischen Endkunden und Anbietern von Fernverbindungen	202
§ 1 Rechtsverhältnisse im Preselection- Verfahren	203
A. Einführung	203
B. Tatsachenmaterial	205
C. Wesentliche Leistungspflichten	206
I. Einzelne inhaltliche Elemente	206
1. Präambeln und Vertragsabschlußklauseln	206
2. Netzzugang	207
3. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern	207
a. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern	208
b. Empfangsbereitschaft	209
4. Vergütungspflicht - Äquivalenzverhältnis	209

VIII.

5. Nutzung des Anschlusses durch Dritte	210
6. Rechnungserstellung	210
7. Einwendungen / Einwendungsausschluß	212
8. Allgemeine Pflichten des Endkunden	212
9. Leistungsstörungen	213
a. Verzug und Zurückbehaltungsrecht	213
b. Unmöglichkeit	214
c. Entstörung	215
d. Ergebnis	215
10. Haftung	216
11. Vertragslaufzeit	216
12. Datenschutz und Fernmeldegeheimnis	217
13. Sonstige Vereinbarungen	217
II. Ergebnis	217
D. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses über das Preselection- Verfahren	217
I. Feststellung und Beurteilung divergierender und übereinstimmender Inhalte der bisher behandelten Rechtsverhältnisse	218
1. Fernverbindungen statt Ortsverbindungen	218
2. Keine ausschließliche Bezugsbindung	219
3. Keine Empfangsleistung	219
II. Rechtliche Qualifizierung	219
1. Fehlen der Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Empfangsbereitschaft	220
2. Transport und Vermittlung von Sprache	219
3. Dauerhafte Leistungsbereitschaft	219
III. Ergebnis	220
E. Die rechtliche Behandlung des Preselection- Rechtsverhältnisses	220
I. Das Rechtsverhältnis über die Einzellieferung	220
1. Zustandekommen	220
a. Notwendige Mitwirkung des Anbieters von Ortsverbindungen	220
b. Ergebnis	222
2. Vertragswirkungen des Einzelrechtsverhältnisses	222
II. Der Dauerlieferungsvertrag	223
1. Vertragsschluß	223
2. Vertragswirkungen	224
a. Synallagma und Zurückbehaltungsrecht	224
b. Auswirkungen der Störungen der Einzellieferungen auf den Gesamtvertrag	224
c. Ergebnis	225
3. Nichtigkeitsgründe	225
III. Ergebnis	225

§ 2 Rechtsverhältnisse im Call by Call- Verfahren	226
A. Einführung	226
B. Garantie des Verfahrens	227
C. Unterschiedliche Ausgestaltung des Verfahrens: "offene" und "geschlossene" Netze	228
D. Tatsachenmaterial	229
E. Wesentliche Leistungspflichten	231
I. Einzelne inhaltliche Elemente	231
1. Präambeln und Vertragsabschlußklauseln	231
2. Installation und Überlassung des Netzzugangs / Teilnehmeranschluß	232
3. Vermittlung und Transport von Sprache	232
a. Abgehende Telekommunikationsverbindungen	233
b. Dauerhafte rechtliche Bindung zur Erbringung der Einzelleistung	233
c. Empfangsbereitschaft	236
d. Ergebnis	236
4. Leistungsbeschränkungen	236
5. Vergütungspflicht	237
6. Nutzung des Anschlusses durch Dritte	237
7. Rechnungserstellung	238
8. Einwendungen / Einwendungsausschluß	239
9. Allgemeine Pflichten und Obliegenheiten des Kunden	239
10. Leistungsstörungen und Haftung	239
II. Ergebnis	239
F. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses über das Call by Call - Verfahren	239
I. Feststellung und Beurteilung von Divergenzen und Überein- stimmungen mit den zuvor behandelten Rechtsbeziehungen	239
II. Rechtstypologische Zuordnung / Ergebnis	240
G. Die rechtliche Behandlung des Call by Call- Rechtsverhältnisses	240
I. Zustandekommen	240
1. Vertragsschluß	241
a. Bereitstellung des Netzes als Angebot	241
b. Die Wahl der Netzbetreiberkennziffer als Angebot	242
c. Die Ermöglichung des Zugriffs auf das Dienstleistungsangebot im Einzelfall als Angebot	243
d. Die Wahl der Rufnummer des Zielteilnehmers als Angebot	243
e. Der Versuch des Verbindungsaufbaus als Annahme	244
f. Einfluß der Vertragsabschlußklauseln auf den Vertragsschluß	244
2. Ergebnis	245

Vierter Teil: AGBG- Konformität ausgewählter Klauseln	253
§ 1 Leistungsbeschränkende Klauseln	254
A. Verstoß gegen das Transparenzgebot	255
B. Verstoß gegen Klauselverbote	256
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 9 - 11 AGBG	257
II. Verstoß gegen § 9 AGBG	257
C. Ergebnis	258
§ 2 Zahlungsverpflichtung des Anschlußinhabers bei unbefugter Inanspruchnahme des Anschlusses durch Dritte	258
A. Dem Klauselinhalt entsprechender vertraglicher Anspruch	259
B. Dem Klauselinhalt entsprechender Schadensersatzanspruch	259
I. Obhutspflicht	259
1. Obhutspflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Anbieter von Preselection	259
2. Obhutspflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Anbieter von Call by Call	261
a. Vertragsschluß nach Voranmeldung	261
b. Vertragsschluß ohne Voranmeldung	261
3. Ergebnis	265
II. Schuldhaftige Pflichtverletzung und Schaden	265
III. Beweislast - Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a) und b) AGBG.	265
C. Ergebnis	266
§ 3 Ergebnis	267
Schluß	267

Literaturverzeichnis

A. Kommentare:

Alternativ-Kommentar

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 6 Bd., bearbeitet von Gert Brüggemeier..., Neuwied, Darmstadt, Bd. 2: Allgemeines Schuldrecht, bearbeitet von Roland Dubischar, 1980 (Zitierweise: AK-Dubischar)

Büchner, Wolfgang / Ehmer, Jörg und andere [Hrsg.]

Beck'scher TKG-Kommentar / herausgegeben von Wolfgang Büchner..., bearbeitet von den Herausgebern und von Georg Bönsch..., München, 1997 (Zitierweise: BeckTKG-Komm-Bearbeiter)

Eidenmüller, Alfred

Post-und Fernmeldewesen: Kommentar, begründet von Ludwig Kaemmerer, Frankfurt am Main, 1986

Erman, Walter

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Abzahlungsgesetz, HaustürwiderrufsG, AGB-Gesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Schifffrechtgesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, Beurkundungsgesetz (teilkommentiert) in zwei Bänden, bis zur 4. Auflage herausgegeben von Walter Erman, herausgegeben von Harm Peter Westermann,

1. Band: 8., neubearbeitete Auflage: Aschendorff, 1989 (Zitierweise: Erman-Bearbeiter, 8. Auflage),

1. Band: 9., neubearbeitete Auflage: Aschendorff, 1993 (Zitierweise: Erman-Bearbeiter),

2. Band: 9., neubearbeitete Auflage: Aschendorff, 1993 (Zitierweise: Erman-Bearbeiter)

XIII.

Etling-Ernst, Martina

TKG, Telekommunikationsgesetz: Ein erläuternder juristischer Kommentar mit praxisnahem Aufbau – Ratingen, 1996 (Zitierweise: Etling-Ernst, TKG)

Fangmann, Helmut

Telekommunikations- und Postrecht: Kommentar und alle neuen Rechtsvorschriften; 2. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin, 1996

Fangmann, Helmut

Das neue Telekommunikationsgesetz, Texte und Kommentierung für die Praxis, Heidelberg, 1997

Jaeger, Ernst /

Henckel, Wolfram

Konkursordnung; Großkommentar; §§ 1- 42, Register / begründet von Ernst Jaeger. - 9., völlig neu bearbeitete Auflage / bearbeitet von Wolfram Henckel. Berlin, New York, 1997 (Zitierweise: Jaeger / Henckel, KO)

Kilger, Joachim /

Schmidt, Karsten

Insolvenzgesetze. KO / VglO / GesO / bearbeitet von Karsten Schmidt. - 17. Auflage des von Alois Böhle-Stammschräder begründeten und von Joachim Kilger bis zur 15. bzw. 11. Auflage bearbeiteten Kommentars zur Konkursordnung, München, 1997 (Zitierweise: Kilger / Schmidt, KO)

Kuhn, Georg

Konkursordnung: Kommentar / von Georg Kuhn. Fortgeführt seit der 9. Auflage von Wilhelm Uhlenbruck. Unter Mitarbeit von Hans-Jochen Lüer.- 11., überarbeitete Auflage des von Franz Mentzel begründeten Werks. – München, 1994 (Zitierweise: Kuhn, KO)

XIV.

Münchener Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch / hrsg. von Kurt Rebmann...- 3. Auflage, München,
Bd. 1. Allgemeiner Teil (§§ 1–240), AGB-Gesetz,
Red. Franz Jürgen Sacker, 1993,
Bd. 2. Schuldrecht.–Allgemeiner Teil (§§ 241-432).
Red. Helmut Heinrichs, 1994,
Bd.3. Schuldrecht.-Besonderer Teil (§§ 433-606).
Red. Harm Peter Westermann, 1995,
Bd.4. Schuldrecht.-Besonderer Teil II (§§ 607-704).
Red. Harm Peter Westermann, 1997
(Zitierweise für alle Bände: MüKom-Bearbeiter)

Palandt, Otto

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
(Auszug), Gesetz zur Regelung des Rechts der
Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Verbraucher-
kreditgesetz, Gesetz über den Widerruf von Haus-
türgeschäften und ähnlichen Geschäften, Gesetz zur
Regelung der Miethöhe, Produkthaftungsgesetz,
Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentums-
gesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, 58., neu-
bearbeitete Auflage, München, 1999 (Zitierweise:
Palandt-Bearbeiter)

Planck, Gottlieb

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz, hrsg. Von Emil Strohal. Bd. 1.
Berlin, 1913 (Zitierweise: Planck)

RGRK

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berück-
sichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofes; Kommentar, hrsg. von
Mitgliedern des Bundesgerichtshofes. -Berlin, New
York, 12., neubearbeitete Auflage,
Bd. 1. §§ 1-240, bearbeitet von Kurt Herbert
Johannsen..., 1982, Bd. 2. Teil 3. §§ 611-620,
bearbeitet von Monika Anders..., 1997, Bd. 2. Teil 4.
§§ 631-811, bearbeitet von Walther Dehner..., 1978
(Zitierweise für alle Bände: RGRK-Bearbeiter)

Scheurle, Klaus-Dieter

[Hrsg.]

Telekommunikationsrecht: Telekommunikationsgesetz, Rechtsverordnungen, EG-Richtlinien, Glossar, Textausgabe mit einer Einführung von Klaus-Dieter Scheurle, Stand: 15. November 1996, München, 1996

Soergel, Hs. Th.

Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / begründet von Hs. Th. Soergel. Neuhrsg. von W. Siebert, Jürgen F. Baur... - Stuttgart [u.a], 12., neubearbeitete Auflage,

Bd.2: 1. Schuldrecht. (§§ 231-432), Stand: Juli 1990,
Bd. 3: Schuldrecht. - 2. (§§ 433-515), AGB-Gesetz, ARG, EAG, EKG, UNKaufAb., Stand: Februar 1991,
Bd. 4: 1. Schuldrecht. - 3. -1. (§§ 516-651) Gesetz zur Regelung der Miethöhe, Verbraucherkreditgesetz, Stand: Frühjahr 1997 – 1998

(Zitierweise für alle Bände: Soergel-Bearbeiter)

Staub, Herman

Staub's Kommentar zum HGB; 12. und 13. Auflage, bearbeitet von Heinrich Koenige, Albert Pinner, Felix Bondi, Berlin und Leipzig, 1927.

Vierter Band. §§ 376– 473

Staudinger, Julius von

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentatoren: Karl-Dieter Albrecht ...]-Berlin.

Teilweise hrsg. von Günther Beitzke...-teilweise unter dem Titel J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung,

Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134-163 / von Reinhard Bork.... Red. Norbert Habermann, 1996,

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zu §§ 241 ff.; §§ 241-243 / von Gottfried Schiemann; Jürgen Schmidt. Red. Michael Martinek, 1995.

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 293-327 / v. Manfred Löwitsch. Red. Manfred Löwitsch, 1995

Staudinger, Julius von

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433–534 / von Matthias Cremer. Red. Heinrich Honsel, 1995.

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611 – 615 / von Reinhard Richardi. Red. Dieter Reuter, 1999.

Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 631-651 / von Frank Peters. Red. Dieter Reuter, 1994.

(Zitierweise für alle Bände: Staudinger-Bearbeiter)

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze

II. Band. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil, §§ 433-610 erläutert von Karl Kober und Hans Nipperdey, 9., neubearbeitete Auflage, München, Berlin, Leipzig, 1928 (Zitierweise: Staudinger-Bearbeiter, 9. Auflage)

Ulmer, Peter /

Brandner, Erich /

Hensen, Diether

AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 8., umfassend überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln, 1997 (Zitierweise: Ulmer/Brandner /Hensen-Bearbeiter)

Wolf, Manfred /

Horn, Norbert /

Lindacher, Walter F.

AGB-Gesetz: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Kommentar, 3., völlig neubearbeitete Auflage, München, 1994 (Zitierweise: Wolf / Horn / Lindacher-Bearbeiter)

B. Lehrbücher und Monographien:

- Aubert, Joachim Fernmelderecht, I. Teil. Eine systematische Darstellung von Joachim Aubert, 2., völlig neubearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage, Hamburg, Berlin, 1962 (Zitierweise: Aubert, Fernmelderecht I)
- Bauer, Brigitte Verbraucherschutz und Wettbewerb in der Telekommunikation, Berlin [u.a.], 1996 (Schriftenreihe des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste, Bd. 20)
- Beitzke, Günther Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauer-schuldverhältnissen, Schloss Bleckede an der Elbe, 1948 (Zitierweise: Beitzke, Nichtigkeit)
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht.-4., durchgesehene und ergänzte Auflage, Berlin, 1969
- Brox, Hans Besonderes Schuldrecht, 23., neubearbeitete Auflage, München, 1998 (Zitierweise: Brox, BT)
- Büdenbender, Ulrich Energierrecht. Eine systematische Darstellung des gesamten Rechts der öffentlichen Energieversorgung. Handbuchreihe Energie, herausgegeben von Thomas Bohn, München [u.a.], 1982 (Zitierweise: Büdenbender, Energierrecht)
- Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen [Hrsg.] Reform des Post- und Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland: Konzeption der Bundesregierung zur Neuordnung des TK-Marktes, Heidelberg, 1988 (Zitierweise: Bundesregierung, Konzeption)

XVIII.

Christodoulou, Phoebus

Vom Zeitelement im Schuldrecht. Vorstudien aus der Sicht der Dauerschuldverhältnisse, Hamburg, 1968 (Zitierweise: Christodoulou, Zeitelement)

Cosack, Konrad

Lehrbuch des Handelsrechts. Siebente, neubearbeitete Auflage. – Stuttgart, 1910

Danner, Wolfgang [Hrsg.]

Energierrecht: mit Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Elektrizität, Gas, Fernwärme; Textausgabe mit Einleitung, Anmerkungen, hrsg. von Wolfgang Danner.-Stand: 1. April 1980, München, 1980

Deutsche Telekom AG

Geschäftsbericht für das Jahr 1997

Dellios, Georgios

Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei "gemischten" Verträgen, Regensburg, 1981

Ehrenberg, Victor

Handbuch des gesamten Handelsrechts: mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts.
Fünfter Band, II. Abteilung,- Leipzig, 1915 (Zitierweise; Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts-Bearbeiter)

Enneccerus, Ludwig /
Lehmann, Heinrich

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff.
Zweiter Band, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen, 1958 (Zitierweise: Enneccerus-Lehmann)

Esser, Josef /
Schmidt, Eike

Schuldrecht: ein Lehrbuch / begründet von Josef Esser.-Bd. I. Allgemeiner Teil, Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen. - 7., völlig neubearbeitete Auflage, 1992 (Zitierweise: Esser / Schmidt, Bd. I Tb. 1)

XIX.

Esser, Josef /

Schmidt, Eike

Schuldrecht ein Lehrbuch / begründet von Josef Esser.-Bd. I. Allgemeiner Teil, Teilband 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrseitigkeit beim Schuldverhältnis / fortgeführt von Eike Schmidt, 7., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1993 (Zitierweise: Esser / Schmidt, Bd. I Tb. 2)

Esser, Josef /

Weyers, Hans-Leo

Schuldrecht: ein Lehrbuch / begründet von Josef Esser.-Bd. II. Besonderer Teil, Teilband 1: Verträge / fortgeführt von Hans-Leo Weyers.-8., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1998 (Zitierweise: Esser / Weyers)

Fangmann, Helmut

Rechtliche Konsequenzen des Einsatzes von ISDN, Opladen, 1993

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft, 3., ergänzte Auflage, Heidelberg, New York, 1979 (Zitierweise: Flume, AT II)

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht. - 9., durchgesehene und ergänzte Auflage, Berlin, New York, 1997 (Zitierweise: Fikentscher)

Freiberger, Georg Friedrich

Die Nichtigkeit, die Anfechtung und der Rücktritt bei Dauerrechtsverhältnissen, München, 1948 (Zitierweise: Freiberger, Nichtigkeit)

Frey, Erich

Das Fernsprech-Anschlußverhältnis, Bruchsal, 1933

Fuchs-Wisseemann, Georg

Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag, Marburg 1990 (Zitierweise: Fuchs-Wisseemann, Abgrenzung)

Geppert, Martin /
Ruhle, Ernst-Olav /
Schuster, Fabian

Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation /
Martin Geppert / Ernst-Olav Ruhle / Fabian Schuster-
1. Auflage, Baden-Baden, 1998 (Zitierweise:
Geppert/Ruhl/Schuster, Handbuch)

Gerhoff, Hartmut /
Grote, Elisabeth /
Siering, Barbara /
Statz, Klaus-Peter

Allgemeine Geschäftsbedingungen der Deutschen
Telekom – AGB der Deutschen Telekom, Heidelberg,
Loseblattsammlung, Stand: 55. Ergänzungslieferung,
Juli 1999 (Zitierweise: Gerhoff / Grote / Siering / Statz
– Bearbeiter)

Gernhuber, Joachim

Das Schuldverhältnis, 1989,
Handbuch des Schuldrechts: in Einzeldarstellungen
(hrsg. von Joachim Gernhuber), Bd. 8 (Zitierweise:
Gernhuber, Das Schuldverhältnis)

Gitter, Wolfgang

Gebrauchsüberlassungsverträge, Tübingen, 1988,
Handbuch des Schuldrechts: in Einzeldarstellungen
(hrsg. von Joachim Gernhuber). Bd. 7. Gitter,
Wolfgang (Zitierweise: Gitter,
Gebrauchsüberlassungsverträge)

Haar, Brigitte

Marktöffnung in der Telekommunikation, Kommuni-
kation ohne Monopole II / Ein Symposium über
Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der
Telekommunikation und der elektronischen Medien.
1. Auflage, Baden-Baden, 1995

Haass, Wolf-Dieter

Handbuch der Kommunikationsnetze, Einführung in
die Grundlagen und Methoden der Kommunika-
tionsnetze, Berlin [u.a.] 1997. (Zitierweise: Haass,
Handbuch der Kommunikationsnetze)

- Hagmann, Andreas Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses, Tübingen, 1981
- Heinzelmann, G. Fernmeldebenutzungsrecht (Handwörterbuch), Grafenau / Württemberg, 1979. (Zitierweise: Heinzelmann, Handwörterbuch)
- Hueck, Alfred Der Sukzessivlieferungsvertrag, Berlin, 1918
- Jungblut, Johann Das Fernsprechanschlußverhältnis, Greifswald, 1916
- Kilian, Wolfgang /
Heussen, Benno [Hrsg.] Computerrechts-Handbuch, Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, München, Stand: 31. August 1994 (Zitierweise: Kilian / Heussen [Hrsg], Computerrechts-Handbuch)
- Klodt, Henning, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, Tübingen, 1995
- Kluth, Thomas-Sönke Telekommunikationsrecht und Telekommunikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland, Kommunikation ohne Monopole II. / Ein Symposium über Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation und der elektronischen Medien. 1. Auflage, Baden-Baden, 1995
- Korintenberg Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, Köln, 1926
- Kuhn, Matthias Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation: Zurechenbarkeit und Haftung, München 1991 (Zitierweise: Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation)

Larenz, Karl /
Wolf, Manfred

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Fortgeführt von Manfred Wolf, - 8., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, 1997 (Zitierweise: Larenz, AT)

Larenz, Karl /
Canaris, Claus-Wilhelm

Lehrbuch des Schuldrechts / von Karl Larenz. Fortgeführt von Claus-Wilhelm Canaris. Bd. 2. Besonderer Teil. Halbband 2.- 13., völlig neu verfaßte Auflage, München, 1994 (Zitierweise: Larenz / Canaris, Schuldrecht II / 2)

Leenen, Detlef

Typus und Rechtsfindung.- Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin, 1971 (Zitierweise: Leenen, Typus und Rechtsfindung)

Medicus, Dieter

Bürgerliches Recht: eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 17. Neubearbeitete Auflage, Köln [u.a.], 1996 (Zitierweise: Medicus, BR)

Medicus, Dieter

Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch, 7., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1997 (Zitierweise: Medicus, AT)

Medicus, Dieter

Schuldrecht: Ein Studienbuch, 1. Allgemeiner Teil, 9. Neubearbeitete Auflage, München 1996 (Zitierweise: Medicus, Schuldrecht I, AT)

Medicus, Dieter

Schuldrecht: Ein Studienbuch, 2. Besonderer Teil, München, 6. neubearbeitete Auflage 1993 (Zitierweise: Medicus, Schuldrecht II, BT)

Meili, Friedrich

Das Telephonrecht: eine rechtsvergleichende Abhandlung von F. Meili, Leipzig, 1885. (Zitierweise: Meili, Das Telephonrecht)

XXIII.

Mittelstein, Max

Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs, 4. Auflage, Berlin, 1932 (Zitierweise: Mittelstein, Mietrecht)

Mugdan, Benno

Die gesammten [gesamten] Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich / herausgegeben und bearbeitet von Benno Mugdan, Berlin, 1899.

Bd. I. Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil,

Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse

(Zitierweise: Mugdan, Motive, zitiert werden die Seitenzahlen der Motive, nicht des Bandes)

Nikisch, Arthur

Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin, 1926

Oetker, Hartmut

Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen: Mohr, 1994 (Zitierweise: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung)

Redeker, Helmut

Der EDV- Prozeß (Schriftenreihe der Neuen juristischen Wochenschrift, 53), München, 1992

Rümelin, Gustav

Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen, 1905

Regulierungsbehörde für

Post und Telekommunikation

Halbjahresbericht 1999, Stand: 30. Juni 1999,

[www. regtp.de /Aktuelles/halbjahresbericht/start.htm](http://www.regtp.de/Aktuelles/halbjahresbericht/start.htm)

Jahresbericht1998, [www.reptp.de/Aktuelles/jahresb1. htm](http://www.reptp.de/Aktuelles/jahresb1.htm)

XXIV.

Scherer, Joachim

Telekommunikation und Wirtschaftsrecht: Zivilrecht und Vertragsgestaltung, Unlauterbarkeitsrecht, Kartellrecht, Fernmelderecht, Datenschutz, Europa- und Völkerrecht, Köln, 1988 (Zitierweise: Scherer, Telekommunikation und Wirtschaftsrecht)

Scherer, Joachim

Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1. Auflage, Baden Baden, 1985

Schmidt, Karsten

Handelsrecht, 4., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln [u.a.], 1994

Schwoerbel, Dieter Herbert

Automation als Rechtstatsache des Bürgerlichen Rechts. Ein Beitrag zu den Rechtsfragen der Verwendung elektronischer Datenverarbeitungsanlagen und automatischer Produktionseinrichtungen in der Wirtschaft, Hamburg, 1970 (Zitierweise: Schwoerbel, Automation als Rechtstatsache)

Siber, Heinrich

Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Schuldrecht, Leipzig 1931 (Zitierweise: Siber, Schuldrecht)

Steinberger, Max

Die Verträge auf dauernde Leistung (Dauerverträge), Erlangen, 1910

Ulmer, Peter

Der Vertragshändler, Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München, 1969 (Zitierweise: Ulmer, Der Vertragshändler)

Vetter, Andrea

Privatrechtliche Leistungsbeziehungen der Unternehmen der Deutschen Bundespost: die Umstellung von öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen auf privatrechtliche Kundenbeziehungen, 1. Auflage, Baden-Baden, 1992 (Zitierweise: Vetter, Umstellung von öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen auf privatrechtliche Kundenbeziehungen)

XXV.

Weber, Gerald

Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, München, 1977

Westphalen,

Friedrich Graf von [Hrsg.]

Vertragsrecht und AGB- Klauselwerke, München, Stand der Nachlieferungen: April 1999 (Zitierweise: von Westphalen, AGB- Klauselwerke)

C. Aufsätze

Aubert, Joachim

Kündigung des Fernsprechanchlusses durch den Konkursverwalter, NJW 1952, Seite 732

Beese, Dietrich

Vorzeitiges Aus des Call by Call zum 30. 9. 1999 ? MMR 1999 (MMR aktuell), Seite V

Berger, Ernst Georg

Netzbetreiber und Zusammenschaltung im Telekommunikationsrecht. Zum Stand der Diskussion um die Netzbetreiber-Definition im TKG, CR 1999, Seite 222

Bock, Matthias /

Völcker, Sven B.

Regulatorische Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung von TK-Netzen, CR 1998, Seite 473

Böhm, Steffen

Die Regelung der TKV 1995 - eine ausgewogene Berücksichtigung der Interessen der Telekom und ihrer Kunden? ArchivPT 1997, Seite 118

Brinckmann, Hans

Telekommunikationsordnung und Fernmeldebenutzungsrecht, CR 1989, Seite 1 ff. (Teil I); Seite 95 ff. (Teil II); Seite 186 ff. (Teil III); Seite 271 ff. (Teil IV); Seite 478 ff. (Teil V); Seite 574 ff. (Teil VI)

- Büchner, Lutz Michael Liberalisierung und Regulierung im Post- und Telekommunikationssektor – Vom Monopol zum Wettbewerb, CR 1996, Seite 581
- Bydlinski, Franz Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauer-schuldverhältnissen, Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag, Graz, Köln, 1958, Seite 140. (Zitierweise: Bydlinski, Steinwenter-FS)
- Callies, Peter-Graff /
Säcker, Franz Jürgen Billing und Inkasso fremder Telekommunikations-dienstleistungen, K&R 1999, Seite 289
- Fuchs-Wisseemann, Georg Ist § 17 KO auf den Stromlieferungsvertrag anwend-bar? NJW 1984, Seite 27
- Fuhr, Karl-Michael /
Kerckhoff, Bärbel Entbündelter Zugang - Vereinbarkeit mit der Eigentums-garantie des Art. 14 GG? MMR 1998, Seite 6
- Gertz, Winfried Otto Normalverbraucher im Tarifdschungel, Computerwoche Spezial "Kommunikation" vom 5. 12. 1997
- Gierke, Otto von Dauernde Schuldverhältnisse, IherJb 64 (1914), Seite 355
- Gilles, Peter Partnerschaftsservice statt Ehemakelei, NJW 1983, Seite 361
- Göckel, Andreas Anmerkungen zum Urteil des LG Hamburg vom 10. 5. 1996, ArchivPT 1996, Seite 269
- Gramlich, Ludwig Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinba-rungen, CR 1997, Seite 65

XXVII.

- Gramlich, Ludwig Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post im Jahre 1998, CR 1999, Seite 489
- Großkopf, Volker /
Ritgen Klaus Entgeltgenehmigung nach dem Telekommunikationsgesetz, CR 1998, Seite 86
- Grosskopf, Volker /
Taubert, Helmut Kundenschutz beim Mobilfunk, CR 1998, Seite 603
- Grote, Elisabeth Die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung - Neue Rechtslage für die Kundenbeziehungen im Telekommunikationsgeschäft, BB 1998, Seite 1117
- Grote, Elisabeth Call by call - oder: Wenn der Zählimpuls nicht richtig tickt, K&R 1998, Seite 61
- Hackemann, Martin Fragen des Austauschverhältnisses beim Online-Vertrag, CR 1987, Seite 660
- Hahn, Bernhard AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, MMR 1999, Seite 251
- Hahn, Bernhard AGB in TK-Dienstleistungsverträgen, MMR 1999, Seite 586
- Hahn, Bernhard Inhaltskontrolle von Telekommunikationsdienstleistungs-Verträgen, ZAP 1999, Fach 6, Seite 279
- Hefekäuser, Hans-Willi;
Wehner, Andrea Regulierungsrahmen in der Telekommunikation, CR 1996, Seite 698
- Hefekäuser, Hans-Willi Einstellung der Inkassoleistung durch die Deutsche Telekom, MMR 1999 (MMR aktuell), Seite V
- Hefekäuser, Hans-Willi /
Schulz, Alexander Inkasso bei Preselection und Call-by-Call, CR 1998, Seite 403

XXVIII.

Herschel, Wilhelm

Die Einrede des § 320 BGB bei Dauerschuldverhältnissen, MDR 1983, Seite 899

Jaeger, Ernst

Aus der Praxis des Konkursrechts. Verträge über Lieferung von Wasser, Gas und Elektrizität aus städtischen Werken, LZ 1912, Spalte 286

Jakobs, Horst Heinrich

Die Abnahme beim Werkvertrag, AcP 1983, Seite 145

Jakobs, Horst Heinrich

Nichterfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, Festschrift für Günter Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979, hrsg. von Otto Sandrock, Berlin, New York, 1979, Seite 67. (Zitierweise: H.H. Jakobs, Beitzke-FS)

Jakobs, Horst Heinrich

Der Architektenvertrag im Verhältnis zum Dienst- und Werkvertragsrecht, Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, hrsg. von Werner Flume, 1975, Seite 355. (Zitierweise: H.H. Jakob, Ballerstedt-FS)

Jessen, Tanja

Vertragsgestaltung und -praxis der Online-Dienste, ZUM 1998, Seite 282

Joerges

Zum Recht des Fernsprechverkehrs, ZHR, Bd. 56, Seite 44

Kemmler, Anne

Telekommunikationsgesetz (TKG), Archiv PT 1996, Seite 321

Knetsch, Werner A.

Wettbewerbsszenarien für den deutschen Telekommunikationsmarkt, CR 1996, Seite 569

XXIX.

Köhler, Helmut

Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), Seite 128

Königshofen, Thomas

Die Umsetzung von TKG und TDSV durch Netzbetreiber, Service-Provider und Telekommunikationsdiensteanbieter, RDV 1997, Seite 97

Korf, Ralph

Umsatzsteuerliche Behandlung grenzüberschreitender Telefongespräche (I), CR 1995, Seite 518

Kubis, Dietmar

§ 320 BGB - eine zweifelhafte Waffe in der Hand des mängelgeschädigten Mieters, MDR 1983, Seite 285

Küppers, Stefan

Die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV 1995), Archiv PT 1996, Seite 133

Leo, Hubertus

Rechnungen nach der neuen TKV. Telekommunikations-Kundenschutzverordnung und Praxisfragen des "Billing", K&R 1998, Seite 381

Ludewig

Über den rechtlichen Charakter der durch die neuere Entwicklung [Entwicklung] der Elektrizität hervorgerufenen Verträge und ihr Verhältnis zum preußischen Stempelgesetz vom 7. März 1822, ZHR, Bd. 35, Seite 14

Mangold, Wolfgang

Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, NJW 1961, Seite 2284

Martina, Dietmar

Die Monopole der Deutschen Telekom AG und ihr rechtliches Umfeld nach dem Fernmeldeanlagen-gesetz, NJW 1995, Seite 681

Mehrings, Josef

Vertragsabschluß im Internet-Eine neue Herausforderung für das "alte" BGB, MMR 1998, Seite 30

XXX.

<u>Michalski, Lutz</u>	Die (Un-)wirksamkeit der neuen Gebührentarife der Telekom, BB 1996, Seite 1177
<u>Michalski, Lutz</u>	Die (Nicht-) Einbeziehung der neuen Telefontarife der Telekom in laufende und neue Verträge, ZIP 1996, Seite 1327
<u>Michalski, Lutz</u>	Kurzkomentar zu LG Traunstein, Ur. v.7.11.1996, Ewir § 138 2 / 97, Seite 151
<u>Michalski, Lutz</u>	Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses, JA 1979, Seite 401
<u>Mohrbuter, Jürgen</u>	Insolvenzrechtliche Fragen zum Fernsprechananschluß, KTS 1984, Seite 401
<u>Moritz, Hans-Werner</u>	Schwächen der TK-Liberalisierung, Folgen der Übereignung des Festnetzes an die Deutsche Telekom AG, CR 1998, Seite 13
<u>Müller-Terpitz, Ralf</u>	Internet-Telefonie - Eine regulatorische Betrachtung, MMR 1998, Seite 65
<u>Musielak, Hans-Joachim</u>	Leistungsstörungen beim Sukzessivlieferungsvertrag, JuS 1979, Seite 96
<u>Nolte, Norbert</u>	Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz, BB 1996, Seite 2629
<u>Ordemann, Klaus-Dieter</u>	Schaffung der Rahmenbedingungen für einen liberalisierten Telekommunikationsmarkt in Europa ab 1998, ArchivPT 1997, Seite 109
<u>Padeck, Ekkehard</u>	Rechtsprobleme bei Schadensfällen in Autowaschanlagen, VersR 1989, Seite 541
<u>Pape, Gerhard</u>	Aktuelle Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung zur Gesamtvollstreckungsordnung, DtZ 1997, Seite 2
	XXXI.
<u>Pfeiffer, Thomas</u>	Die Wirksamkeit von Nr. 7.1. AGB-Kabelanschluß der

Deutschen Telekom AG, K&R 1998, Seite 465

Pfeiffer, Thomas

Der gesetzliche Inhalt des allgemeinen Freigabeanspruchs - Eine neue Phase im Streit über die Sicherheitenfreigabe, ZIP 1997, 49.

Picker, Eduard

Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht, Teil 2, JZ 1985, Seite 693

Redeker, Helmut

Vertragsgestaltung für die Benutzung privater Telematikdienste, Scherer, J. [Hrsg.], Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, Köln 1988, Seite 111

Redeker, Helmut

Der Abruf von Informationen im Bildschirmtext als Rechtsgeschäft, DB 1986, Seite 1057

Redeker, Helmut

Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, 2390

Riehmer, Klaus W.

Compliance-Pflichten für TK-Unternehmen, CR 1998, Seite 273

Riehmer, Klaus W.

Anmerkungen zu OVG Münster MMR 1998, 98, 100, ebenda, Seite 101

Scherer, Joachim

Das neue Telekommunikationsgesetz, NJW 1996, Seite 2953

Scherer, Joachim

Die Entwicklung des Telekommunikationsrechts in den Jahren 1996, 1997, NJW 1998, Seite 1607

Scherer, Joachim /
Ellinghaus, Ulrich

Die neue Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, NJW 1998, Seite 883

- Schmidt, Kurt Entgeltregulierung für Telekommunikationsdienstleistungen, K&R 1999, 385
- Scholz, Franz Die Rechtstellung [Rechtsstellung] der Fernsprechverwaltung im Konkurse des Anschlußteilnehmers, Gruchot, Julius, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts: des Handels- und Wechselrechts, durch Theorie und Praxis.- Hamm, Bd. 52, Seite 359 ff.
- Schöpflin, Martin Der Mobilfunkvertrag, BB 1997, Seite 106
- Schütz, Raimund Telefondienst und Telekom-Monopol, BB 1996, Seite 1445
- Schütz, Raimund /
Cornils Matthias Universaldienst und Telekommunikation, DVBl. 1997, Seite 1146
- Schütz, Raimund /
Müller, Rolf-Georg Entgeltregulierung in der Telekommunikation, MMR 1999, Seite 128
- Schulz, Klaus Peter AGB der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, CR 1998, Seite 213
- Schulz, Klaus Peter Kundenschutz im Bereich der Telekommunikation: Dargestellt am Beispiel der Haftung nach der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, NJW 1999, Seite 765
- Sommer, Ron Perspektiven des Telekommunikationsstandortes Deutschland, MMR 1998, Editorial, Seite 113
- Statz, Klaus-Peter Anmerkungen zu den Urteilen des LG Freiburg vom 21. 12. 1993 - 5 O 417 / 93 - und des OLG Karlsruhe vom 15. 9. 1994 -18a U 13 / 93 -, ArchivPT 1995, Seite 57
- Statz, Klaus-Peter Anmerkungen zum Urteil des AG Chemnitz vom 25. 8. 1995 - 16 C 1789 / 95 -, ArchivPT 1996, 66

- Statz, Klaus-Peter Anmerkungen zum Urteil des AG Eschweiler vom 9. 12. 1994 - 18 C 313 / 94 -, ArchivPT 1995, Seite 333
- Stern, Klaus / Dietlein, Johannes Netzzugang im Telekommunikationsrecht. Zur verfassungsrechtlichen Problematik eines "entbündelten" Zugangs zu den Teilnehmeranschlußleitungen, Teil 1, ArchivPT 1998, Seite 309; Teil 2, RTkom 1999, Seite 2
- Stolz, Dirk Die neue ONP-Richtlinie der EG, K&R 1998, Seite 292
- Tintelnot, Albrecht Die gegenseitigen Verträge im neuen Insolvenzrecht, ZIP 1995, Seite 616
- Ulmen, Winfried / Gump, Thomas Klaus Die neue Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, CR 1997, Seite 396
- Westphalen, Friedrich Graf von Zur Rechtmäßigkeit der Tarifreform der Deutschen Telekom AG, DB, Beilage Nr. 5/96 zu Heft Nr. 11/96
- Weyers, Hans-Leo Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, AcP 1982, Seite 61.
- Weyers, Hans-Leo Werkvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. II, Köln 1981, Seite 1115 (Zitierweise: Weyers, Gutachten)
- Wieland, Joachim / Enderle, Bettina Rechtsprobleme der Netzzusammenschaltung. Zum Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, MMR 1999, Seite 379
- Windthorst, Kay / Franke, Nicole Internet-Telefonie - Sprengsatz im System der Telekommunikationsregulierung? CR 1999, Seite 14

XXXIV.

Zirke, Herbert

Das Verhältnis zwischen Zulieferer und Assembler -
eine Vertragsart sui generis? NJW 1990, Seite 345

Zuber, Stefan

Die große Vertrauenskrise, connect 8 / 1998,
Seite 25

Abkürzungsverzeichnis

Entscheidungen werden nach Band und Seite, Kommentare nach Paragraph und Randnummer, Monographien entweder nach Gliederungsnummer, Seitenzahl oder Randnummer und Zeitschriften nach Jahrgang und Seite zitiert. Soweit nicht die erste Zahl die Fundstelle hinreichend konkret bestimmt, wird sie durch die zweite Seitenzahl gekennzeichnet.

Verwendete Abkürzungen:

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
amtl.	amtliche
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BMPT	Bundesministerium für Post und Telekommunikation
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BverwG	Bundesverwaltungsgericht
ca.	Zirka
CDMA	Code Division Multiple Access
CR	Computer und Recht

DB	Der Betrieb
DBP	Deutsche Bundespost
DECT	Digital Enhanced Cordless Telecommunication
Drs.	Drucksache
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EheG	Ehegesetz
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen
f.	Folgende
ff.	mehrere folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
hrsg.	Herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
IherJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
ISDN	Integrated Services Digital Network
luKD	Informations- und Kommunikationsdienstegesetz
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
K&R	Kommunikation und Recht
KO	Konkursordnung
KOM	EG-Kommission

lit.	Buchstabe
LZ	Leipziger Zeitung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MMR	Multimedia und Recht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZV	Netzzugangsverordnung
OLG	Oberlandesgericht
ONP	Open Network Provision
pFV	positive Forderungsverletzung
PostG	Postgesetz
PostVerfG	Postverfassungsgesetz
PostVwG	Postverwaltungsgesetz
PTNeuOG	Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz)
PTRegG	Gesetz über die Regulierung der Telekommunikation und des Postwesens
Red.	Redaktion
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RGBI. I	Reichsgesetzblatt Teil I
RiLi	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungsreport
RTkom	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation
S.	Seite oder - je nach Sinnzusammenhang - Satz
TAE	Telekommunikations- Anschluß-Einheit
TDSV	Verordnung über den Datenschutz für Unternehmen, die Telekommunikationsdienstleistungen erbringen
teilw.	Teilweise
TEntgV	Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKO	Verordnung über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Fernmeldewesens – Telekommunikationsverordnung

XXXVIII.

TKV	Telekommunikationskundenschutzverordnung
TKZuIV	Telekommunikationszulassungsverordnung
TUDLV	Telekommunikations-Universaldienstverordnung
u.a.	und andere
usw.	und so weiter
v.	vor oder je nach Zusammenhang vom
VersR	Versicherungsrecht
Vfg.	Verfügung
Vgl.	Vergleiche
Vorbem	Vorbemerkungen
VuR	Verbraucher und Recht
www	world wide web (Internetadresse)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZAP	Zeitschrift für die anwaltliche Praxis
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht; bis 1933: Zentralblatt für Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einführung

§ 1 Einleitung

Das Telekommunikationsrecht unterlag seit den achtziger Jahren durchgreifenden Veränderungen: Durch supranationale und nationale Rechtsreformen wurde der monopolistische Telekommunikationsmarkt für den Wettbewerb geöffnet. Das Rechtsverhältnis Kunden und "Anbietern"¹ von Telekommunikationsdienstleistungen wurde von einer öffentlich-rechtlichen auf eine privatrechtliche Grundlage gestellt².

Zivilrechtliche Beziehungen zwischen einer Vielzahl von Anbietern und Nachfragern prägen nunmehr das Bild, dessen Rahmen der Gesetzgeber durch Normen abgesteckt hat, die der Gewährleistung flächendeckenden Universaldienstes, dem Schutz der Kunden und vor allem der Förderung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu dienen bestimmt sind.

Die Instrumentarien, die die Gesetzgeber zur Errichtung des neuen Rechtsrahmens eingesetzt haben, waren Gegenstand profunder juristischer Untersuchungen³. Nunmehr steht die Anwendung der neuen Rechtsordnung im Vordergrund. Der erstrebte Wettbewerb muß sich auf der Grundlage der einzelnen Geschäftsbeziehungen zwischen Kunden und Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit konstituieren. Rechtsklarheit und -sicherheit in den damit verbundenen, millionenfach geknüpften Rechtsverhältnissen sind grundlegende Voraussetzungen für die Verwirklichung der Reformziele. Die Rechtsentwicklung hat den Beziehungen zwischen Kunden und Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen jedoch ein ganz neues Gesicht gegeben und dadurch eine Vielzahl juristischer Probleme aufgeworfen.

Zur Bewältigung dieser Probleme soll die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten.

¹ In dieser Untersuchung wird die Terminologie des TKG und der TKV zugrunde gelegt. Diese kongruiert z.T. nicht mit der Nomenklatur des bürgerlichen Rechts. "Anbieter" sind daher beispielsweise nicht (ohne weiteres) gleichzusetzen mit solchen Personen, die ein Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB unterbreiten. Es handelt sich vielmehr um gewerbliche Anbieter von Telekommunikations- "Dienstleistungen" im Sinne von § 3 Nr. 17 und Nr. 18 TKG.

² Die Einzelheiten der rechtlichen Entwicklung werden nachfolgend im ersten Teil unter § 1 geschildert.

³ Exemplarisch und weiterführend: Haar, Marktöffnung in der Telekommunikation; Vetter, Privatrechtliche Leistungsbeziehungen der Unternehmen der deutschen Bundespost: die Umstellung von öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen auf privatrechtliche Kundenbeziehungen; Ordemann, ArchivPT 1997, 109 ff..

§ 2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Analyse der neuartigen Rechtsbeziehungen konzentriert sich auf den Sprachtelefondienst als den wirtschaftlich bedeutendsten Telekommunikationsdienst⁴ und fokussiert auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Anbietern und den Endkunden. Dadurch wird der Untersuchungsgegenstand in sachlicher und persönlicher Hinsicht eingegrenzt:

A. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes unter sachlichen Gesichtspunkten

Unter sachlichen Gesichtspunkten bedingt die Legaldefinition des § 3 Nr. 15 TKG eine thematische Konzentration. Danach ist Sprachtelefondienst *"die gewerbliche Bereitstellung für die Öffentlichkeit des direkten Transports und der Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu den Netzabschlußpunkten des öffentlichen, vermittelten Netzes, wobei jeder Benutzer das an solch einem Netzabschlußpunkt angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlußpunkt verwenden kann"*⁵.

Andere als Sprachkommunikationsprozesse, also insbesondere die Übermittlung von elektronischen Daten per Modem und Telefaxdaten per Fernkopierer, gehören damit nicht zum Gegenstand dieser Untersuchung⁶.

Das Definitionsmerkmal der "Vermittlung" führt zu einer weiteren Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes: Bei der Vermittlung handelt es sich um den Vorgang der Verbindung von Funktionseinheiten, der dazu dient, eine zeitweise, dialogfähige Kommunikationsverbindung jeweils aus mehreren möglichen Endpunkten auszuwählen⁷. Weil die somit den Sprachtelefondienst kennzeichnende Selektionsmöglichkeit fehlt, werden

⁴ In Deutschland entfielen im Jahr 1998 etwa 83 % der Telekommunikationsdienste auf den Sprachtelefondienst. Mitte des Jahres 1999 betrug das durchschnittliche Tagesverkehrsvolumen des Sprachtelefondienstes deutlich über 600 Millionen Minuten, vgl. Halbjahresbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Stand: 30.6.1999.

⁵ Vgl. auch die übereinstimmende Definition der ursprünglichen Diensterichtlinie: Art. 1 Richtlinie 90/388/EWG, Richtlinie der Kommission vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikation, ABl. L 192/10. Vgl. nunmehr: Art. 2 Abs. 2 lit. e Richtlinie 98/10/EG, ABl. L 101, 24.

⁶ Faktisch kann allerdings der Teilnehmer am Sprachtelefondienst die Leistungen auch für Nicht- Sprache - Signale nutzen. So auch ausdrücklich die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Telekom AG Telefondienst (T-Net- Anschlüsse) (Abl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 2 nebst Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) (Abl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3..

⁷ Der frühere Streit zwischen den Anhängern eines weiten und den Vertretern eines (engen) technischen Vermittlungsbegriffes hat sich 1992 durch die Festlegung des Vermittlungsbegriffes durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation in der Praxis erledigt. BMPT, Vfg. 123/1992, ABl. BMPT Nr. 16/92 v. 26.8.1992, Teil 1, II.2.; zum Streit: BeckTKG- Komm- Schütz § 6 Rn. 52 und Schütz, BB 1996, 1445 ff..

festgeschaltete und semi- permanente Verbindungen durch den Sprachtelefondienst nicht erfaßt⁸.

Nach nicht unumstrittener Ansicht⁹ fällt auch die Internet- Telefonie nicht unter die Definition des § 3 Nr. 15 TKG, da sie ganz überwiegend nicht zwischen Menschen, sondern Computern stattfindet, Sprache nicht in Echtzeit, sondern erheblich verzögert überträgt¹⁰, nicht der Öffentlichkeit, sondern nur den Nutzern bestimmter Software zur Verfügung steht¹¹, zumindest aber funktionell dem Sprachtelefondienst nicht gleichgestellt werden kann¹².

Daß auch der Mobilfunk nach der Systematik der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften nicht zum Sprachtelefondienst zählt, zeigt sich insbesondere an der strengen Trennung der Lizenzklassen in § 6 Abs. 2 TKG für Mobilfunk (Klasse 1) einerseits und für Sprachtelefondienst (Lizenzklasse 4) andererseits sowie der Ableitung des Terminus "Sprachtelefondienst" aus der Sprachtelefondiensttrichtlinie¹³, die den Mobilfunk ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich exkludiert¹⁴.

B. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes unter persönlichen Gesichtspunkten

In persönlicher Hinsicht erstreckt sich die Untersuchung durch die Beschränkung auf den Sprachtelefondienst kraft der Legaldefinition in § 3 Nr. 15 TKG ausschließlich auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Anbietern von Sprachtelefondienst und den Nutzern, die nicht zu einem sogenannten "geschlossenen Benutzerkreis" (corporate network) gehören, sondern Teil der Öffentlichkeit sind¹⁵.

⁸ Vgl. BeckTKG- Komm- Schütz § 6 Rn. 53.

⁹ Zu dieser Kontroverse: Scherer, NJW 1998, 1607, 1609 und Windthorst/Franke, CR 1999, 14 ff..

¹⁰ Siehe dazu: Windthorst/Franke, CR 1999, 14, 20; vgl. auch Mitteilung der Kommission über den Status der Sprachübermittlung im Internet in Bezug auf die Richtlinie 90/388/EWG, ABI. C 6 v. 10.1.1998, S. 4.

¹¹ Vgl. hierzu BeckTKG- Komm- Schütz § 6 Rn. 59. Anderer Ansicht Windthorst/ Franke, CR 1999, 14, 17.

¹² So Müller- Terpit, MMR 1998, 65, 68, i.E. auch Windthorst/Franke, CR 1999, 14 ff..

¹³ Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst vom 31.12.1995, ABI. L 321, nunmehr ersetzt durch Richtlinie 98/10/EG vom 26.2.1998, ABI. L 101/24.

¹⁴ So auch: Scherer/Ellinghaus, NJW 1998, 883, 884; Riehmer, CR 1998, 273, 275; auch die amtliche Begründung zur TKV, BR- Drs. 551/97 vom 24.7.1997, geht davon aus, daß der Mobilfunk nicht zum "klassischen Sprachtelefondienst" zählt, vgl. insoweit Begründung zu § 22 TKV; zum Problem: Grosskopf/Taubert, CR 1998, 603, 605. Die Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre, die den Mobilfunk betreffen, sind daher nur begrenzt auf die hier untersuchten Rechtsverhältnisse übertragbar. Soweit sie im Rahmen dieser Untersuchung verwertet werden, wird auf den Bezug zum Mobilfunk ausdrücklich hingewiesen.

¹⁵ Vgl. Definition der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit in

Die Restriktion der Untersuchung auf das Verhältnis der Anbieter zum Endkunden¹⁶, also zu den Nutzern, die nicht selbst Anbieter sind, grenzt darüber hinaus die Rechtsverhältnisse zwischen den Anbietern untereinander insoweit aus, als sie für das Verhältnis zum Verbraucher nicht relevant sind. In den Grenzen dieser Arbeit erfolgt daher eine erschöpfende Analyse der "Zusammenschaltungsvereinbarungen", in denen die Anbieter insbesondere die technischen Details der Zusammenschaltung von Netzen, aber auch die sie wechselseitig treffenden Rechte und Pflichten regeln, nicht¹⁷.

§ 3 Technischer Hintergrund

Der so eingegrenzte Untersuchungsgegenstand betrifft eine Materie, die durch die komplexe Telekommunikationstechnik determiniert ist.

A. Grundzüge der Telekommunikationstechnik

Vor der Analyse der rechtlichen Beziehungen zwischen Anbietern und Endkunden ist daher der telekommunikationstechnische Hintergrund der Rechtsverhältnisse aufzuhellen¹⁸.

I. Einführung - Terminologie und Entwicklung

Durch die revolutionierenden Innovationen der Mikroelektronik hat sich in der Telekommunikationstechnologie in den letzten 20 Jahren ein fundamentaler Wandel vollzogen. Volldigitale, speicherprogrammierte Vermittlungssysteme und breitbandige, als Glasfaserstrecken ausgelegte Übertragungsverfahren haben bis dahin ungeahnte technische Möglichkeiten erschlossen: Während bis zum Beginn der achtziger Jahre ein Dienstangebot im "Fernmeldewesen" untrennbar an das dazu jeweils benötigte Netz gekoppelt war, für jeden Dienst (etwa für den Telefon-, den Telex-, den Bildschirmtextdienst etc.) je ein Telekommunikationsnetz zur Verfügung stehen mußte, hat der Übergang von der analogen zur digitalen Übertragung und Vermittlung Möglichkeiten immenser Kapazitätserweiterung und der

§ 3 Nr. 19 TKG. Zu den "geschlossenen Benutzergruppen" vgl.: Schütz, BB 1996, 1445, 1448 m.w.N..

¹⁶ Mit "Endkunde" (vgl. §§ 7 Abs. 2, S. 4; 20 Abs. 2 S. 3, 27 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 TKG; 35 Abs. 1 TKV), "Verbraucher" (vgl. § 41 Abs. 1 TKG), und "Endnutzer" (Vgl. § 13 Abs. 1 TKG) werden im folgenden die Nutzer bezeichnet, die nicht selbst Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sind.

¹⁷ Zu den Zusammenschaltungsvereinbarungen siehe: BeckTKG- Komm- Salger Anh. § 39, Anlage 12 ff.; Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch, Rn. 307 ff.; Bock/Völcker, CR 1998, 471; Gramlich, CR 1997, 65 ff.; Wieland/Enderle, MMR 1999, 379 ff..

¹⁸ Die Untersuchung bezieht sich zur Klärung der technischen Fragen auf Haass, Handbuch der Kommunikationsnetze, 1997.

Integration bislang nach Art der Information getrennter Netze sichtbar gemacht¹⁹.

Ergebnis dieser Entwicklung war eine verwirrende technologische Vielfalt und Verquickung. Daraus ergab sich die Notwendigkeit der Entflechtung und der differenzierten Behandlung der zuvor einheitlich unter dem Begriff "Fernmeldeanlage" gefaßten Telekommunikationsendgeräte, - netze und - dienste, die nunmehr in Technik und Recht maßgeblich ist²⁰.

II. Differenzierung nach Telekommunikationsendgeräten, - netzen und - diensten

Die Differenzierung nach Telekommunikationsendgeräten, Telekommunikationsnetzen und Telekommunikationsdiensten liegt auch der vorliegenden Untersuchung zugrunde.

1. Telekommunikationsendgeräte

Zwingende Voraussetzung für jeden Telekommunikationsvorgang sind Telekommunikationsendgeräte, mit denen gesendet und empfangen werden kann²¹. Im Sprachtelefondienst ist das Endgerät²² das Telefon, das über die beim Endkunden befindliche Netzabschlußeinheit (TAE) angeschaltet wird an das Telekommunikationsnetz.

2. Telekommunikationsnetze

Telekommunikationsnetze bestehen gemäß § 3 Nr. 21 TKG²³ aus Übertragungswegen²⁴ und Vermittlungsstellen.

¹⁹ ISDN, die Integration aller Dienste in einem vollständig digitalisierten Netz, entspricht technischen Integrationskonzepten, die darauf gerichtet sind, gleichartige Signale in einem und nicht in mehreren Netzen zu übertragen und ermöglicht die einheitliche Übertragung von Sprache, Bild, Text und Daten.

²⁰ So auch: Bundesregierung, Konzeption, S. 25; zur Umsetzung dieser Einteilung vgl. die Legaldefinitionen für Telekommunikationsnetze in § 3 Nr. 21 TKG, für Telekommunikationsdienste (gleichbedeutend mit Telekommunikationsdienstleistungen) in § 3 Nr. 18 TKG und für Telekommunikationsdienste in § 3 Nr. 2 TKG.

²¹ Vgl. Legaldefinition in § 3 Nr. 3 TKG: "Endeinrichtungen" sind Einrichtungen, "die unmittelbar an die Abschlußeinrichtung eines Telekommunikationsnetzes angeschlossen werden sollen oder die mit einem Telekommunikationsnetz zusammenarbeiten und dabei unmittelbar oder mittelbar an die Abschlußeinrichtung eines Telekommunikationsnetzes angeschlossen werden sollen".

²² Die Bereitstellung und der Verkauf von Endgeräten unterfällt nicht (mehr) dem Leistungsangebot des Sprachtelefondienstes und fällt daher aus dieser Untersuchung heraus.

²³ § 3 Nr. 21 TKG: Telekommunikationsnetz ist "die Gesamtheit der technischen Einrichtungen (Übertragungswege, Vermittlungseinrichtungen und sonstige Einrichtungen, die zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Betriebs des Telekommunikationsnetzes unerlässlich sind), die zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen oder zu nichtgewerblichen Telekommunikationszwecken dient."

a. Übertragungswege

Übertragungswege in Form von Kabelstrecken und Anschlußeinrichtungen dienen dem Transport von Telekommunikationssignalen zwischen zwei oder mehreren angeschalteten Endgeräten.

Diese Übertragungswege sind vernetzt²⁵. Das "klassische" Telekommunikationsnetz ist hierarchisch aufgebaut²⁶: Die unterste Stufe der Telekommunikationsnetze bilden die Ortsnetze. Diese bestehen aus Ortsvermittlungsstellen, die über Anschlußleitungen mit den bei den Teilnehmern installierten Netzabschlußpunkten verknüpft sind. Zur Übermittlung von Signalen über den Ortsnetzbereich hinaus werden über die hierarchisch höher geordneten Ebenen der Bereichsvermittlungsstelle und gegebenenfalls der Weitervermittlungsstelle Fernleitungen eingesetzt. Der Transport der Signale im Einzelfall erfolgt in aufsteigender Reihenfolge von der untersten bis zu derjenigen Ebene, die jeweils erforderlich ist, um die Signale über die entsprechenden Ebenen in umgekehrter Reihenfolge über das beim Empfänger vorgeschaltete Netz weiterzuleiten. Bei einem Ferngespräch gelangt also - abstrakt und vereinfacht ausgedrückt - das Signal vom Anrufer beispielsweise über die Ebenen eins, zwei und drei und von dort über die dem Anschluß des Angerufenen vorgeschalteten Ebenen drei und zwei bis zum Ortsnetz mit dem Anschluß des Empfängers.

b. Vermittlungsstellen

Für die Verbindung und Auswahl der Übertragungswege, über die ein einzelner Telekommunikationsvorgang abgewickelt wird, sorgen die Vermittlungseinrichtungen in den Netzknoten. Diese stellen aufgrund vorgegebener Zielinformationen vollautomatisch Nachrichtenwege gezielt zur Verfügung und halten diese für die Dauer der Nachrichtenübermittlung aufrecht.

An die Stelle der ursprünglichen Handvermittlung sind schon in den Zwanzigerjahren des zwanzigsten Jahrhunderts elektromagnetische Vermittlungsverfahren getreten²⁷, die nunmehr durch digitale, programm-

²⁴ Vgl. Definition in § 3 Nr. 22 TKG: Übertragungswege sind "Telekommunikationsanlagen in Form von Kabel- oder Funkverbindungen mit ihren übertragungstechnischen Einrichtungen als Punkt- zu- Punkt oder Punkt- zu- Mehrpunkt-Verbindungen mit einem bestimmten Informationsdurchsatzvermögen (Bandbreite oder Bitrate) einschließlich ihrer Abschlußeinrichtungen."

²⁵ Ende 1999 verfügte die Bundesrepublik über Glasfaserstrecken von ca. 237.000 km Länge, vgl. Halbjahresbericht der Regulierungsbehörde; Stand: 30.6.1999.

²⁶ Obwohl das moderne digitale Overlaynetz dieser strengen Gliederung nicht mehr folgt, ist der stufenweise Aufbau erhalten geblieben und kann zumindest zur Veranschaulichung weiterhin zugrunde gelegt werden.

²⁷ Handvermittelte Verbindungen werden zwar auch heute noch angeboten, allerdings ist das Aufkommen so gering, daß die sie betreffenden Besonderheiten im folgenden keine Berücksichtigung finden.

gesteuerte Vermittlungssysteme²⁸ abgelöst wurden. Vermittlungssysteme müssen folgende Funktionen ausfüllen: Eine Vermittlungsstelle im Ortsnetz muß bemerken, daß ein Anrufer einen Verbindungsaufbau wünscht, sich nach Überprüfung der Zugangsberechtigung des Anschlusses bei diesem Teilnehmer aufnahmebereit melden (Wählton, Freizeichen), den vom Anrufer ausgewählten Verbindungswunsch aufnehmen und einen Übertragungsweg zum gewünschten Teilnehmer suchen. Vermittlungseinrichtungen überprüfen, ob ein Weg zum Empfänger frei ist, geben entweder ein Besetztzeichen oder rufen den fernen Teilnehmer, während dem Anrufer das entsprechende Signal (Rufton) zugeleitet wird. Meldet sich der Angerufene, müssen die Vermittlungseinrichtungen dafür sorgen, daß der Ruf abgeschaltet und die Verbindung durchgestellt wird. Zugleich wird die Gebührenzahlung aufgenommen, die mit Abbau der Verbindung, die aufgrund der Betätigung des Unterbrecherkontaktes (Telefongabel) durch einen der Teilnehmer erfolgt, einzustellen ist²⁹.

Über die durch die Vermittlungseinrichtungen verbundenen Übertragungswege werden in der Regel, aber nicht zwingend³⁰, die von den Endgeräten in analoge oder digitale Signalform umgewandelten Sprachsignale³¹ zwischen den Netzabschlußpunkten übertragen, um sodann von den Endgeräten wieder in Sprache transformiert zu werden³².

3. Telekommunikationsdienste

Auf Grundlage der Gesamtheit der beschriebenen Einrichtungen, die zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Betriebs des Telekommunikationsnetzes unerlässlich sind³³, werden von einem Anbieter Telekommuni-

²⁸ Es handelt sich dabei um SPC- (Stored Programme Control) Vermittlungssysteme, die zusätzliche Leistungsfunktionen, insbesondere der Datenverarbeitung bereitstellen.

²⁹ Diese Funktionen werden durch Vermittlungsrechner ausgeführt, die insbesondere zunächst die Nummer des anrufenden und des gerufenen Anschlusses speichern und sodann eine günstige freie Verbindung über das Netz aussuchen.

³⁰ Es ist durchaus nicht selten, daß eine Sprachübertragung in eine Richtung nicht erfolgt, so etwa bei einem Ansagedienst.

³¹ Bei analoger Übertragungs- und Vermittlungstechnik wurden die Schwingungen in für Sprache, Zeichen, Daten und Bilder unterschiedliche analoge elektrische Schwingungen über die Leitung (das Kabel) vom Sender zum Empfänger geschickt. Ist ein Übertragungsvorgang digitalisiert, werden die in Abschnitte unterteilten elektrischen Schwingungen gemessen und binär codiert (eins oder null), so daß aus den Schwingungen endlose Zahlenketten werden.

³² Diese Trennung zwischen Sprachsignalen, die erst noch in den Endgeräten in Sprache umgewandelt werden müssen, und Sprache verfolgt die Definition des Sprachtelefondienstes nicht. Objekt der Vermittlung und des Transportes ist danach einheitlich "Sprache".

³³ Vgl. Definition für Telekommunikationsnetze in § 3 Nr. 21 TKG.

kationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit erbracht³⁴. Dazu gehört auch der Sprachtelefondienst³⁵.

B. Differenzierung von Telekommunikationsdienstleistungen

Neben der Trennung von Telekommunikationsendgeräten, -netzen und -diensten ist in den telekommunikationsrechtlichen Vorschriften³⁶ eine weitere Differenzierung nach technischen Kriterien angelegt:

I. Einführung

Während die Monopoleistung der Post und ihrer Nachfolgeunternehmen den Telefonanschluß einschließlich der Abwicklung aller Orts-, Nah- und Fernverbindungen über Orts- und Verbindungsnetze umfaßte, kann der Kunde jetzt mit den Diensteanbietern auch Vereinbarungen ausschließlich über einzelne dieser Leistungen treffen.

Diese Aufgliederung der Sprachtelefondienstangebote in eine Vielzahl von vertikal differenzierten Teilmärkten prägt den gesamten Telekommunikationsmarkt³⁷. Sie hängt zusammen mit der unterschiedlichen Struktur des vom jeweiligen Anbieter eingesetzten Telekommunikationsnetzes: Je nachdem, ob der Telekommunikationsdienstleister ein Teilnehmernetz oder ein Verbindungsnetz einsetzt, umfaßt sein Angebot Orts- oder Fernverbindungen. Kumuliert werden diese Angebote zu einem sogenannten "Komplettangebot" eines "Vollsortimenters".

Das Angebot von Fernverbindungen ist weiter danach zu unterscheiden, unter welchen Modalitäten der Endkunde dieses in Anspruch nehmen kann.

II. Unterschiedliche Netzstrukturen: Teilnehmer- und Verbindungsnetze

Grundlegend ist danach die Unterscheidung zwischen Teilnehmernetzen, die dem Angebot von Ortsverbindungen dienen, und Verbindungsnetzen, die dem Angebot von Fernverbindungen dienen.

³⁴ Vgl. Definition für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit in § 3 Nr. 18, 19 TKG.

³⁵ Daneben zählen zu den Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit beispielsweise Mehrwertdienste wie Datenmehrwertdienste (z.B. Fernwirkdienste wie Fernüberwachung, Fernwartung und Ferndiagnose oder Faxabruf.), Sprachmehrwertdienste (z.B. "Mailboxen"), Informationsdienste (insbesondere Online-Dienste), Datenübermittlungsdienste und Netzmanagementdienste (z.B. Internet-Provider, Callback-Dienste, intelligente Netzdienste).

³⁶ Vgl. insbesondere § 43 Abs. 6 TKG.

³⁷ Zur Bedeutung dieser Differenzierung siehe auch Säcker/Calliess, K&R 1999, 289.

1. Teilnehmernetze

Bei den Teilnehmernetzen handelt es sich um öffentliche Telekommunikationsnetze, die einen Teilnehmeranschluß aufweisen³⁸. Alle Telekommunikationsverbindungen beginnen und enden in einem solchen Teilnehmernetz. Nachrichten, die der Endkunde aussendet, gelangen stets vom Teilnehmeranschluß zunächst in ein Teilnehmernetz und können vom angewählten Teilnehmer auch nur empfangen werden, wenn dieser seinerseits an ein Teilnehmernetz angeschlossen ist. Über das Teilnehmernetz wird somit (mittels des Teilnehmeranschlusses) der allgemeine Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz bereitgestellt, der Voraussetzung für jeden Telekommunikationsvorgang ist. Teilnehmer, die an dasselbe Teilnehmernetz angeschlossen sind, kommunizieren über Ortsverbindungen, die allein im entsprechenden Teilnehmernetz (Ortsnetz) errichtet und vom Anbieter von Ortsverbindungen erbracht werden.

2. Verbindungsnetze

Die Verbindungen zwischen den Teilnehmernetzen werden über Verbindungsnetze (Fernnetze) hergestellt. Verbindungsnetze sind gemäß § 3 Nr. 23 TKG Telekommunikationsnetze, die keine Teilnehmeranschlüsse aufweisen und Teilnehmernetze miteinander verbinden. Ihr Einsatz ist daher notwendig für das Angebot von Fernverbindungen.

III. Wahlmöglichkeiten des Endkunden

Unter den Anbietern von Ortsverbindungen und den Anbietern von Fernverbindungen hat der Endkunde jeweils die Wahl.

1. Entscheidung für einen Anbieter von Ortsverbindungen (allgemeiner Netzzugang)

Der Endkunde muß sich entscheiden für einen Anbieter von Ortsverbindungen, der ihm über den Teilnehmeranschluß den direkten Zugang (direct access) zu den Funktionen des öffentlichen Telekommunikationsnetzes verschafft und³⁹ für alle Telekommunikationsverbindungen innerhalb des Ortsnetzes verantwortlich ist.

2. Entscheidung für einen Anbieter von Fernverbindungen

Will der Endkunde mit Teilnehmern anderer Teilnehmernetze kommunizieren, hat er verschiedene Möglichkeiten, Leistungen von Anbietern von Fernverbindungen in Anspruch zu nehmen.

³⁸ Umkehrschluß aus § 3 Nr. 23 TKG, der die Definition für Verbindungsnetze enthält, wonach diese gerade keine Teilnehmeranschlüsse aufweisen.

³⁹ Der Anbieter, der den Teilnehmeranschluß zur Verfügung stellt, ist notwendig identisch mit dem Anbieter, der für die Ortsverbindungen zuständig ist. Eine Wahlmöglichkeit besteht insoweit nicht.

a. Preselection / Vorauswahl

Er muß für Fernverbindungen einen bestimmten Anbieter vorauswählen⁴⁰ ("Preselection"). Bei jeder Wahl der "0" als erste Ziffer, die die Anforderung von Fernverbindungen signalisiert⁴¹, wird dann das vom Endgerät über die Vermittlungseinrichtungen und Transportwege des Anbieters von Ortsverbindungen ausgesandte Signal automatisch auf das Netz des fest vorausgewählten ("preselected") Anbieters von Fernverbindungen "geroutet", der sodann für die gewählte Fernverbindung zuständig ist⁴². Mit den Ortsverbindungen hat dieser Anbieter- abgesehen von Fällen zufälliger Identität - nichts zu tun.

b. Call by Call - Selection / Einzelauswahl

Jeder Anrufer kann sich bei Ferngesprächen aber auch von Telefonat zu Telefonat ("call by call") in das Verbindungsnetz eines anderen Anbieters einwählen und dessen Leistungen in Anspruch nehmen, indem er vor der Ortsnetzkenzahl und der Teilnehmerrufnummer zunächst die vom entsprechenden Anbieter von Fernverbindungen verwendete Verbindungsnetzbetreiberkennzahl⁴³ wählt. Durch diese Kennzahl wird in den Vermittlungseinrichtungen des Anbieters von Ortsverbindungen identifiziert, welchen Anbieter der Endkunde im Einzelfall ausgewählt hat, so daß der für Ferngespräche vorausgewählte Anbieter umgangen und die Gesprächsanforderung zu den Vermittlungseinrichtungen des Call by Call- Anbieters geleitet wird, der somit kraft individueller Auswahl für die einzelne Fernverbindung zuständig ist⁴⁴.

⁴⁰ Diese Entscheidung muß bereits bei Abschluß eines Vertrages mit einem Anbieter von Ortsverbindungen erfolgen. Die Deutsche Telekom nimmt in diesen Fällen eine Voreinstellung für ihr Verbindungsnetz vor.

⁴¹ Ausgeschlossen sind insoweit die sogenannten "Netzbetreiberkennziffern" von Call by Call- Anbietern und Sonderrufnummern mit dem Präfix "0190", "0180" usw..

⁴² Dementsprechend lauten beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der o.tel.o communications GmbH & Co, Leistungsbeschreibung o.tel.o Voice- Service (ABl. RegTP, Nr. 65/1998, S. 918 Ziffer 1.): *"Es können alle Gespräche, die mit einer "0" eingeleitet werden, bei gleichbleibender Rufnummer, und ohne Änderung des Wählverhaltens über das Netz von o.tel.o geführt werden. Der Kunde kann seine vorhandenen Endgeräte, Anschlüsse und bisher genutzten Leistungsmerkmale weitestgehend ohne Einschränkungen weiter benutzen."*

⁴³ Es handelt sich dabei um eine von der Regulierungsbehörde vergebene fünfstellige Nummer, die stets mit der Zahlenfolge "010" einleitet. Die letzten beiden Ziffern divergieren je nach Anbieter. 1998 hatten 122 Unternehmen eine Verbindungsnetzbetreiberkennziffer erhalten, vgl. Jahresbericht der Regulierungsbehörde 1998.

⁴⁴ Sogenannte "least - cost- router", die dem Netzanschluß vorgeschaltet sind oder sich in einem Verbindungsknoten im Netz eines Anbieters befinden, ermitteln mit Hilfe laufend zu aktualisierender Software vor jedem Einzelgesprächsaufbau das jeweils günstigste Angebot und nehmen eine entsprechende Anbieterauswahl vor. Da diese Geräte für eine Einzelauswahl der Anbieter von Fernverbindungen sorgen, handelt

§ 4 Problemstellung

Die technische Entwicklung hat also neue Leistungsangebote und Wahlmöglichkeiten hervorgebracht, die neuartige Geschäftsbeziehungen zwischen verschiedenen Anbietern und Endkunden bedingen. Die rechtlichen Regeln für diese Geschäftsbeziehungen ergeben sich nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes nicht länger aus abschließenden und zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Anwender und Anbieter müssen vielmehr zur Regelung der wechselseitigen Rechte und Pflichten auf dem Boden der Zivilrechtsordnung privatautonom Verträge schließen. Die Parteien betreten dabei juristisches Neuland, das mit Hilfe noch junger telekommunikationsrechtlicher Regelungen zu erschließen ist, deren Handhabung in der Praxis noch nicht geklärt ist.

§ 5 Zielsetzung

Die rechtliche Behandlung der neuartigen Rechtsbeziehungen soll durch das Ergebnis dieser Arbeit erleichtert werden. Dazu dient in erster Linie die rechtliche Qualifizierung der Rechtsverhältnisse zwischen Anbieter und Endkunde. Denn erst durch die Reflexion der Rechtsbeziehungen an den bekannten Vertragstypen wird die Bestimmung einer adäquaten Rechtsfolgenanordnung ermöglicht, die wiederum Ausgangspunkt für die Frage der Anwendung zwingenden Rechts ist. Durch die rechtliche Qualifizierung ist zu ermitteln, welches Recht bei Vertragslücken Anwendung findet und welcher Maßstab als "Leitbild" für die Inhaltskontrolle bei Anwendung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) gilt⁴⁵.

Im Zusammenhang mit der Qualifizierung der Rechtsverhältnisse ist eine Erörterung der auf die jeweilige Leistungsbeziehung einwirkenden telekommunikationsrechtlichen Vorschriften, insbesondere des TKG und der TKV, unvermeidlich, aber auch beabsichtigt.

§ 6 Methodik

Zur Qualifizierung der Rechtsbeziehungen folgt die Untersuchung methodisch der sogenannten "rechtstypologischen Erkenntnislehre"⁴⁶. Diese basiert auf der Erkenntnis, daß die im Rechtsverkehr vorgefundenen rechtlichen Gebilde nach "typischen" rechtlichen Strukturen geordnet und entsprechend ihrem Gesamtbild einer als "passend" erkannten normierten oder im Rechtsleben entwickelten Regelungsmaterie unterworfen werden können.

sich um einen Unterfall des Call-by-Call- Verfahrens, der im weiteren keiner gesonderten Behandlung bedarf.

⁴⁵ Siehe im einzelnen auch unten im zweiten Teil, zweiter Abschnitt, § 3 A.

⁴⁶ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 461 ff..

Ausgangspunkt für die Erfassung des rechtlichen Strukturtypus ist die Gesamtheit der Informationen über die im Tatsächlichen relevanten Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Dazu zählen auch die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften. Diese regeln jedoch nur wenige inhaltliche Detailfragen. Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen bleibt weitestgehend den Parteien überlassen. Grundlage für die Bestimmung des Rechtscharakters müssen daher die tatsächlichen Erscheinungsformen der Verträge im Wirtschaftsleben, also die gebräuchlichen Vertragsmuster, sein.

Diese sind *"auf dem Hintergrund der von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Zwecke, ihrer 'typischen' Interessenlage und der von den Parteien in Betracht zu ziehenden Risiken zu betrachten"*⁴⁷. Durch Beschreibung, Analyse und Abstraktion werden sodann die Strukturmerkmale herausgebildet, die für die Verträge im Hinblick auf das wirkliche Rechtsleben charakteristisch sind und in ihrer sinnhaften Verbindung den Typus ausmachen. Auf diese Weise ist anhand des objektiven Inhalts des vorgefundenen Schuldverhältnisses ein Typus herauszubilden, der an den (gesetzlich geregelten und nicht geregelten) Vertragstypen zu spiegeln ist, um Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu ermitteln, die sich für rechtliche Schlußfolgerungen fruchtbar machen lassen.

§ 7 Gang der Untersuchung

Die Methodik zeichnet den Gang der Untersuchung vor.

Aufgabe des ersten Teils ist es, durch Darstellung des gewachsenen rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergrundes die für die vertragstypologische Einordnung maßgeblichen Ziele und Interessen der Endkunden und Anbieter sowie die von ihnen zu erwägenden Risiken zu beleuchten. Zu diesem Zweck werden die individuellen ökonomischen Interessen der Parteien in Kontext gesetzt mit der interdependierenden wirtschaftlichen Bedeutung und Struktur des gesamten Telekommunikationsmarktes. Da die Motivationslage der Parteien auch maßgeblich durch die - zum Teil heute noch virulente - rechtliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen in der Vergangenheit beeinflusst wird, leitet der erste Teil mit einem Überblick über die rechtshistorische Entwicklung des "Fernmeldewesens" ein.

Der zweite Teil fokussiert auf den Inhalt der aktuellen Vertragswerke. Zur Ermittlung der Realtypologie werden die im Rechtsverkehr gebräuchlichen Verträge des Endkunden mit dem Anbieter von Ortsverbindungen sowie die Vereinbarungen des Endkunden mit dem Anbieter von Fernverbindungen abschnittsweise getrennt auf ihren Inhalt untersucht. Dazu werden aus dem Vertragsganzen jeweils die einzelnen Leistungspflichten abstrahiert,

⁴⁷ So Larenz, Methodenlehre, S. 469.

beschrieben und deren Regelungsinhalt und -ziel ermittelt. Der jeweilige Inhalt und Charakter der je nach ihrer Relevanz im einzelnen diskutierten telekommunikationsrechtlichen Vorschriften tritt in diesem Zusammenhang deutlich hervor. Unter Würdigung des im ersten Teil aufgezeigten Hintergrundes kristallisieren sich unter den beschriebenen Leistungspflichten sodann diejenigen heraus, die in ihrer sinnvollen Zusammenstellung als für das Vertragsverhältnis "typisch" gekennzeichnet werden können.

An die Bestimmung der wesentlichen Leistungspflichten knüpft jeweils ein Vergleich der typischen Strukturmerkmale der analysierten Rechtsbeziehung mit den Strukturen anderer Vertragstypen an. Dadurch wird die rechtliche Qualifizierung der Einzelleistungen und schließlich der gesamten Rechtsbeziehung ermöglicht. Die gewonnenen Erkenntnisse werden am Ende des zweiten Teiles für die Fragen der rechtlichen Handhabung der Rechtsbeziehungen, insbesondere des Vertragsschlusses, der Vertragsbeendigung und der Behandlung von Sekundäransprüchen ausgewertet.

Nach der Erörterung der rechtlichen Folgen des Zusammenwirkens der zunächst getrennt erörterten Verträge im dritten Teil der Arbeit befaßt sich der abschließende Teil mit der AGBG- Konformität einzelner markanter Klauseln.

Erster Teil: Rechtlicher und ökonomischer Hintergrund

§ 1 Telekommunikationsrechtliche Rahmenbedingungen - rechtliche Entwicklung

In kaum einer Leistungsbeziehung hat sich in der jüngeren Vergangenheit eine derart starke Umgestaltung des rechtlichen Rahmens vollzogen wie beim Rechtsverhältnis zwischen den Anbietern von Sprechtelefondienst und Endkunden. Spuren der Rechtsentwicklung sind in allen telekommunikationsrechtlichen Normen wie auch in den Vertragswerken deutlich sichtbar. Die hier behandelten Rechtsverhältnisse sind daher im Kontext mit der rechtshistorischen Entwicklung zu sehen⁴⁸.

A. Rechtliche Ausgestaltung vor der Neustrukturierung

Das rechtliche Schicksal des "Fernmeldewesens" war lange Zeit mit demjenigen des Postwesens untrennbar verknüpft.

Im Gegensatz zur Thurn- und Taxis'schen Reichspost, die Ende des 15. Jahrhunderts entstand, privatwirtschaftlich organisiert war und lediglich dem

⁴⁸ Zur Rechtsentwicklung vgl. auch ausführlich Bauer, Verbraucherschutz und Wettbewerb in der Telekommunikation, S. 25 ff..

kaiserlichen Postregal" unterlag⁴⁹, befand sich die Telekommunikation in Deutschland allerdings von vornherein in öffentlicher Hand. Die Preußische Post errichtete bereits im Jahr 1877, also ein Jahr nach der Patentierung des Bell'schen Telefons, die erste Telefonanlage im Reich⁵⁰. Mit dem "*Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegrafenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten, Fernsprechanlagen und Funkanlagen zu errichten*", erhielt der Bund erstmals durch das Telegrafengesetz (verkündet am 6. April 1892)⁵¹ ein umfassendes Monopol⁵², das durch das bis zum Jahr 1989 kaum veränderte Fernmeldeanlagenengesetz (FAG) vom 14.1.1928⁵³ weitgehend übernommen wurde.

Trotz der einseitigen staatlichen Ausprägung des Rechtsverhältnisses sah das Reichsgericht⁵⁴ noch in den dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts, unterstützt vom überwiegenden Teil der Rechtsliteratur⁵⁵, in dem "Fernmeldebenutzungsrecht" eine Rechtsbeziehung privatrechtlicher Natur⁵⁶. Diese Einordnung beruhte auf der Zuordnung des noch jungen "Fernmeldewesens" zu dem Rechtskreis, dem nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts auch das Postrecht angehörte⁵⁷. Erst allmählich⁵⁸ setzte sich die Auffassung durch, das sogenannte "Fernsprech-

⁴⁹ Im Preußen des 19. Jahrhunderts wurde freilich gegen 1650 die Landespost eingerichtet, die den Landesherrn, also "dem Staat", die Befugnis einräumt, Personen oder Sachen gegen Bezahlung zu befördern, vgl. dazu: Büchner, CR 1996, 581, 582; Kluth, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 69.

⁵⁰ Vgl. Eidenmüller, Post- und Fernmelderecht, Band 1, Abschnitt I,7.

⁵¹ RGBl. I S. 467.

⁵² Dieses Monopol wurde vom Telegrafen auf das Telefon ausgedehnt. Schon in § 1 des Gesetzes über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs hieß es: "*Unter Telegraphenanlagen sind die Fernsprechanlagen mit einbegiffen.*".

⁵³ RGBl. I S. 8. Das Monopol ergab sich aus § 1 FAG.

⁵⁴ Siehe RGZ 86, 311 ("keine Bedenken am Rechtsweg"); RGZ 91, 273; 109, differenzierend: RGZ 101, 103.

⁵⁵ Zum Streit umfassend: Frey, Das Fernsprechananschlußverhältnis, 1933; Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, 1916, S. 9 ff. mit umfangreichen Nachweisen; siehe auch Joerges, ZHR, Bd. 56, S. 44, 52 f.; Kluth, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 122 ff..

⁵⁶ Ungenau daher die Einleitungssätze von Statz in Gerhoff/Grote/Siering/Statz D 01.100 Rn. 1 ("*Ein privatrechtliches Vertragsverhältnis gibt es erst seit dem 1. 7. 1991*") und Siering in Gerhoff/Grote/Siering/Statz, Teil B, Einleitung ("*Seit Beginn des Fernmeldewesens war die rechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme von Fernmeldedienstleistungen öffentlich-rechtlicher Natur*").

⁵⁷ Vgl. dazu: RGZ 57, 150, 151 ("vorrangiges privatrechtliches Vertragsverhältnis"); RGZ 60, 24 (Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung); RGZ 63, 337 (Postschließfach); RGZ 67, 182 (Anspruch aus § 823 bei Benutzung eines Postfuhrwerks); RGZ 73, 270 (Genehmigungsreichweite im Nachbarrecht); RGZ 76, 414, 424 (Ersatzpflicht bei Wertsendungen); RGZ 84, 338, 340 (Zollamtliche Haftung); RGZ 104, 141 (Postscheckkonto).

⁵⁸ Der BGH spricht noch im Jahr 1963 von einer "neueren Ansicht", vgl. BGHZ 39,35,36.

teilnehmerverhältnis" sei, wie alle postalischen Rechtsverhältnisse, als öffentlich- rechtliches Nutzungsverhältnis einzustufen⁵⁹, da (nach der schließlich herrschenden Lehre) der Staat das ihm im Bereich der Leistungsverwaltung zustehende Wahlrecht zwischen öffentlich- rechtlichem und privatrechtlichem Handeln im Fernmeldewesen zugunsten des öffentlichen Rechts ausübe. Diese Ansicht wurde vom Bundesgerichtshof⁶⁰, vom Bundesverwaltungsgericht⁶¹ und vom gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe⁶² übernommen und weiter vertieft.

Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung des "öffentlich - rechtlichen Dauerschuldverhältnisses"⁶³ zwischen den Kunden und der Post ergab sich vor der Poststrukturreform (Postreform I) zuletzt aus dem Gesetz über das Postwesen⁶⁴, dem Gesetz über Fernmeldeanlagen (FAG)⁶⁵ und insbesondere aus den Benutzungsverordnungen, die der Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen unter Mitwirkung des Fernmelderates gemäß § 14 PostVerwG erließ⁶⁶. In der Telekommunikationsverordnung (TKO)⁶⁷ waren unter Umorientierung vom hardwarebezogenen Recht auf "*Benutzung von Fernmeldeanlagen*" zum servicebezogenen Recht auf Bereitstellung von Dienstleistungen⁶⁸ die bis dato⁶⁹ isoliert bestehende Fernmeldeordnung (FO)⁷⁰, die Telegrammordnung (TO)⁷¹, die Verordnung für den Fernschreib- und Datexdienst (VFsDx)⁷² und die Verordnung über das öffentliche

⁵⁹ Grundlegend: RGZ 155, 333, 335; vgl. auch RGZ 98, 341, 342; weitere Nachweise bei Kluth, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 124 ff..

⁶⁰ In BGHZ 12, 89; 20, 102, 104; 39, 35; 66, 302.

⁶¹ In BVerwGE 10, 274, 278; 13, 133, 134; 29, 133.

⁶² Vgl. NJW 1971, 1606 (für das Verhältnis von § 9 Fernmeldeanlagenengesetz zu § 40 Abs. 1 VwGO).

⁶³ So § 361 TKO.

⁶⁴ Postgesetz vom 28. 7. 1969, BGBl. I, 1006.

⁶⁵ Das FAG bestand auch während der Postreformen zunächst in der Fassung des PTNeuOG vom 14. 9. 1994 befristet fort.

⁶⁶ Verordnung über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Fernmeldewesens -Telekommunikationsverordnung, TKO. Zur Rechtslage unter der TKO vgl. die Aufsatzserie von Brinckmann in: CR 1989, 1 ff. (Teil I); 95 ff. (Teil II); 186 ff. (Teil III); 271 ff. (Teil IV); 478 ff. (Teil V); 574 ff. (Teil VI).

⁶⁷ TKO vom 5. 11. 1986; BGBl. I, 1749.

⁶⁸ So Brinckmann, CR 1989, 95.

⁶⁹ Die TKO trat am 1.1.1988 in Kraft und ersetzte alle bisherigen Benutzungsverordnungen, § 396 TKO.

⁷⁰ FO in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. 5. 1979, BGBl. I, 541; zur Rechtslage unter der FO insbesondere Aubert, Fernmelderecht I und Hagmann, Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses.

⁷¹ Telegrammordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 2. 1974, BGBl. I, 373.

⁷² Verordnung für den Fernschreib- und den Datexdienst in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 2. 1974, BGBl. I, 541.

Direktrufnetz für die Übertragung digitaler Nachrichten (DirRufV)⁷³, also die wesentlichen benutzungsrechtlichen Vorschriften⁷⁴, zusammengefaßt⁷⁵.

In diesem Rechtsrahmen wurden Telekommunikationsleistungen im Einzelfall von der Deutschen Bundespost als Monopolist nach Versorgungsgrundsätzen im Interesse der Bedarfsdeckung der Bevölkerung erbracht. Vereinbarungen zwischen Kunde und Anbieter waren von allenfalls untergeordneter Bedeutung. Die öffentlich-rechtlichen Regelungen mußte jeder Kunde ebenso wie die Bundespost unabhängig von individueller Kenntnisnahme und ohne Verhandlungsspielraum gegen sich gelten lassen. Die Modalitäten, in denen sich das "Teilnehmerverhältnis" vollzog, wurden vom Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen in Form staatlicher Rechtssätze einseitig, mitunter sogar unter Einwirkung auf bereits bestehende Teilnehmerverhältnisse, mit Verbindlichkeit für die Beteiligten verkündet. Einfluß auf die Leistungsbedingungen wurde den Nutzern allein durch die Mitwirkung des 24-köpfigen weisungsunabhängigen Verwaltungsrates im Verordnungsgebungsverfahren gemäß § 12 Abs. 1 Ziffer 4, 13 PostVwG gewährt. Wenngleich der Verwaltungsrat aufgerufen war, sich der privaten Postkunden anzunehmen, wurden die Interessen der Verbraucher in diesem Gremium nicht in persona wahrgenommen; die Postnutzer wurden lediglich durch fünf Repräsentanten der Gesamtwirtschaft vertreten⁷⁶.

B. Europäische und nationale Rechtsreformen

Ordnungspolitischen Anforderungen und modernen wirtschaftlichen Bedürfnissen wurden diese monopolistischen, öffentlich-rechtlichen Strukturen schließlich nicht mehr gerecht.

Die bereits skizzierte rasante technische Entwicklung der Telekommunikation auf der Basis der sich auf einem unregulierten Markt entwickelnden elektronischen Datenverarbeitung führte in allen Industrienationen zu der Erkenntnis, daß monopolistische Wirtschaftsstrukturen zur flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung nicht mehr notwendig sind⁷⁷. Das

⁷³ Verordnung über das öffentliche Direktrufnetz für die Übertragung digitaler Nachrichten vom 24. 6. 1974, BGBl. I, 1325.

⁷⁴ Hinzu traten die Verwaltungsanweisungen, die zur einheitlichen Ermessensausübung beitragen sollten.

⁷⁵ Vgl. dazu Kluth, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland, S. 130.

⁷⁶ Die übrigen Mitglieder des Verwaltungsrates waren fünf Vertreter des Deutschen Bundestages, fünf Vertreter des Bundesrates, sieben Vertreter des Personals der Deutschen Bundespost, die den dort vertretenen Gewerkschaften angehörten, und je ein Sachverständiger auf dem Gebiet des Nachrichten- und Finanzwesens (§ 5 Abs. 2 Postverwaltungsgesetz).

⁷⁷ Vgl. "Dienstrichtlinie" 90/388/EWG, ABl. L 192 v. 24.7.1990, S. 10, Erwägungsgründe (1).

staatliche Monopol wurde - im Gegenteil - als für den ökonomischen Fortschritt (zumindest⁷⁸) hinderlich empfunden⁷⁹. Denn ein einzelnes mit besonderen und ausschließlichen Rechten ausgestattetes Unternehmen ist in einem dynamischen technischen Umfeld nicht in der Lage, das Innovationspotential auszuschöpfen und den differenzierten Bedürfnissen der Kunden zeitadäquat nachzukommen⁸⁰. Konkurrenz wurde als der Mechanismus anerkannt, der Neuentwicklungen generieren und deren ökonomische Verwertung garantieren kann. Innovationshemmende staatliche Regelungen sollten daher möglichst rasch abgebaut und durch unternehmerische Initiative in einem Wettbewerbsmarkt mit Steuerung durch die Nachfrage ersetzt werden.

I. Europarechtliche Entwicklung

Die entscheidenden Impulse zur damit als Ziel erkannten Deregulierung und Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes gingen von der EU aus⁸¹:

Den Ursprung nahm die europarechtliche Entwicklung im Jahr 1984 mit der Empfehlung des Rates betreffend die Durchführung der Harmonisierung auf dem Gebiet des Fernmeldewesens⁸², in dem die Installation von ISDN-Anlagen und Breitbandkabelnetzen zum Anlaß genommen wurde, die Harmonisierung des Fernmeldewesens als Ziel festzulegen.

Ein detailliertes Aktionsprogramm für die künftige gemeinschaftspolitische Entwicklung auf dem Telekommunikationssektor legte die Kommission im Jahr 1987 mit dem ersten "*Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte*" vor⁸³. Als anzustrebender Erfolg wurde darin die Öffnung der nationalen Fernmeldemärkte und der Abbau von ordnungspolitischen und institutionellen Hemmnissen im Fernmeldeverkehr festgelegt.

⁷⁸ Nach der "Diensterichtlinie" 90/388/EWG, ABI. L 192 v. 24.7.1990, S. 10, Erwägungsgründe (12) ist wohl sogar von einer Rechtswidrigkeit im Hinblick auf Art. 90, 59 EWG- Vertrag auszugehen.

⁷⁹ Vgl. "Diensterichtlinie" 90/388/EWG, ABI. EG L 192 v. 24.7.1990, S. 10, Erwägungsgründe (8).

⁸⁰ Vgl. Begründung zum TKG- Entwurf, BT.- Drs. 13/3609, S. 33; Bundesregierung, Konzeption, S. 1.

⁸¹ Siehe dazu auch: Fangmann, Das neue Telekommunikationsgesetz, S. 11; Fangmann, Telekommunikations- und Postrecht, S. 291, Nr. 1.3.1. (Chronologie bis Anfang 1996); Klodt, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, S. 6 ff..

⁸² 84/549/EWG; ABI. L 298 v. 16.11.1984.

⁸³ KOM [87] 290, v. 30.6.1987.

Das erste Monopol sollte durch die 1988 erlassene Richtlinie 88/301/ EWG⁸⁴ im Endgerätebereich fallen⁸⁵.

Einen Meilenstein in der telekommunikationsrechtlichen Entwicklung setzte die Kommission sodann, um dem Vertragsrecht der EU auch im Bereich der Telekommunikation Geltung zu verschaffen, mit dem Erlass der Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (90/388/ EWG)⁸⁶ im Jahr 1990. Diese sogenannte "Diensterichtlinie" hob das Dienstemonopol auf - freilich mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes, in dem das Monopol im Interesse der Sicherung der Finanzkraft der Anbieter aufrechterhalten wurde. In den Erwägungsgründen forderte die Kommission bereits eine Öffnung der Telekommunikationsdienste für den Wettbewerb auch in dem verbliebenen Monopolbereich.

Weitere Etappen zur Liberalisierung des Marktes sind die Entschlüsse des Rates zur Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastrukturen zum 1.1.1998 vom 22.7.1993⁸⁷ und vom 22.12.1994⁸⁸, die Festlegung des künftigen ordnungspolitischen Rahmens für die Telekommunikation in der Entschluß vom 18.9.1995⁸⁹ und schließlich die Änderungsrichtlinie zur Richtlinie 90/ 388/ EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten vom 13.3.1996⁹⁰.

Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Verbraucher und Anbieter sind auch die Gemeinschaftsnormen zum offenen Netzzugang (ONP - Open Network Provision) von Bedeutung, deren

⁸⁴ Richtlinie der Kommission vom 16.5.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations- Endgeräte, ABl. L 131 v. 27.5.1988, S. 73.

⁸⁵ Diese Richtlinie wurde erst mit der Postreform I (§ 1 Abs. 3 FAG) in innerstaatliches Recht umgesetzt, obwohl die Bundesregierung das Urteil über die (von ihr gemeinsam mit anderen Staaten angestrebte und im wesentlichen erfolglose (vgl. EuGH, Rs C- 202/88)) Klage gegen die Richtlinie vor dem EuGH nicht mehr abwartete.

⁸⁶ Richtlinie der Kommission vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste (90/388/EWG), ABl. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 10.

⁸⁷ Entschluß des Rates der EU zur Prüfung der Lage im Bereich der Telekommunikation und zu den notwendigen künftigen Entwicklungen in diesem Bereich vom 22. 7. 1993 (93/C 213/01), ABl. C 213/1 vom 6. 8. 1993.

⁸⁸ Entschluß des Rates vom 22. 12. 1994 über die Grundsätze und den Zeitplan für die Liberalisierung der Telekommunikationsinfrastrukturen, ABl. Nr. C 379 vom 31. 12. 1994, S. 4. Später wurde die vollständige Liberalisierung wegen der Allianz der Deutschen Telekom AG mit France Télécom (Atlas) auf den 1. 7. 1996 vorgezogen.

⁸⁹ Entschluß des Rates vom 18. 9. 1995 zur Entwicklung des künftigen ordnungspolitischen Rahmens für die Telekommunikation, ABl. C 258 vom 3. 10. 1995, S. 1.

⁹⁰ Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. 3. 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. L 74 vom 22. 3. 1996, S. 13.

Einhaltung nach dem TKG⁹¹ von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post überwacht wird⁹². Sie zielen darauf ab, durch die Festlegung verbindlicher technischer Normen und Standards für technische Schnittstellen die Zusammenschaltung von Netzen und den offenen und effizienten Netzzugang zu gewährleisten. Damit wird die Möglichkeit des Netzmonopolisten eingeschränkt, durch Beschränkung des Netzzugangs den Wettbewerb auf den Märkten zu verhindern. Die fundamentalen Grundsätze sind in Art. 3 Abs. 1 der ONP- Rahmenrichtlinie⁹³ aus dem Jahr 1995 festgelegt: ONP- Bedingungen müssen auf objektiven Kriterien beruhen, transparent sein und in geeigneter Weise veröffentlicht werden sowie gleichen Netzzugang gewähren. Einschränkungen sind nach Art. 3 Abs. 2 nur im Interesse grundlegender Anforderungen von Netzsicherheit, Aufrechterhaltung der Netzintegrität, Interoperabilität der Dienste in bestimmten Fällen und zum Zwecke des Datenschutzes zulässig⁹⁴. Zur weiteren Harmonisierung des ordnungspolitischen Rahmens für die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes in Europa dient die Richtlinie 98/10/EG vom 26.2.1998⁹⁵.

II. Bundesrechtliche Entwicklung

In Deutschland vollzog sich die Umsetzung der europäischen Rechtsänderungen in drei Schritten:

1. Die Postreformen I und II

Die durch das Poststrukturgesetz vom 8. Juni 1989⁹⁶ realisierte Poststrukturreform, die als Postreform I bezeichnet wird, diente der Deregulierung und sollte Wettbewerbschancen auf den Märkten des Fernmeldeverkehrs eröffnen, die infrastrukturelle Aufgabenerfüllung durch öffentliche Unternehmen gewährleisten und deren Leistungsfähigkeit stärken⁹⁷.

⁹¹ Insbesondere § 23 TKG (Widerspruch gegen AGB) und besondere Mißbrauchsaufsicht nach §§ 33 ff. TKG.

⁹² Vgl. dazu: Ulmen/Gump, CR 1997, 396.

⁹³ Richtlinie des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (90/387/EWG), ABl. L 192 v. 24.7.1990, S. 1.

⁹⁴ Die Regelungsintensität hat sich unter anderem durch die Richtlinie 95/62/EG und die diese ablösende Richtlinie 98/10/EG (Richtlinie 98/10/EG vom 26. 2. 1998, ABl. L 101/24 vom 1. 4. 1998) aus dem Jahr 1998 immer weiter verdichtet. Die Ergänzung und Konkretisierung durch diese letzte Richtlinie hat in der Bundesrepublik im Hinblick auf die zum Erlasszeitpunkt bereits geltenden bundesrechtlichen Regelungen, namentlich die Telekommunikations- Kundenschutzverordnung, jedoch kaum eigenständige Funktion (vergleiche dazu Stolz, K&R 1998, 292 ff.).

⁹⁵ ABl. L 101/24 vom 1. 4. 1998. Dazu ausführlich: Stolz, K&R 1998, 292.

⁹⁶ BGBl I. S. 1026.

⁹⁷ Bundesregierung, Konzeption, S. 2; S. 11.

Zur Umsetzung der ordnungspolitischen Entscheidung für den Wettbewerb wurde neben den Dienstekategorien Monopol- und Pflichtleistungen der Bereich der "*freien Leistungen*" ohne fernmelderechtliche Regulierung etabliert⁹⁸. Die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der DBP Telekom ergaben sich aus den Rechtsverordnungen der Bundesregierung über Pflichtleistungen (§ 25 Abs. 2 PostVerfG), den Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen, einer Rechtsverordnung der Bundesregierung gemäß § 30 Abs. 1 PostVerfG, aber auch schon aus allgemeinen Geschäftsbedingungen und einzelvertraglichen Abmachungen⁹⁹.

Die wettbewerbliche Marktöffnung in Teilbereichen der Telekommunikation machte die Trennung von Hoheits- und Unternehmensaufgaben sowie eine markt- und leistungsorientierte Unternehmensorganisation und damit als zweiten Reformteil eine Neustrukturierung der Deutschen Bundespost erforderlich¹⁰⁰. Die Deutsche Bundespost wurde in die drei öffentlichen Unternehmen (Teilsondervermögen) DBP TELEKOM, DBP Postdienst und DBP Postbank umgewandelt. Dem Bundesminister für Post und Telekommunikation wurden die hoheitlichen Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens übertragen.

Weiterer Eckpunkt der Postreform I war die Umwandlung der Rechtsbeziehungen zwischen der Deutschen Bundespost und ihren Kunden von einem öffentlich- rechtlichen in ein privatrechtliches Rechtsverhältnis:

§ 9 FAG legte die privatrechtliche Natur der im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Einrichtungen der DBP Telekom entstehenden Rechtsbeziehungen fest. Die Umstellung auf die privatrechtliche Kundenbeziehung erfolgte schrittweise. Nach § 65 Abs. 3 PostVerfG mußten die Leistungsbeziehungen bis spätestens zum 30.6.1991 in Privatrechtsform übertragen werden. Neue Dienstleistungen konnten von Anfang an auf Grundlage übereinstimmender Willenserklärungen privatrechtlich erbracht werden. Das aus dem Privatrecht resultierende Erfordernis der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung kraft kongruenter Willenserklärungen galt jedoch nicht für die in den Postgesetzen und in den Rahmenvorschriften gemäß § 30 Abs. 1 PostVerfG geregelten Leistungsbedingungen. Diese wurden unter Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der DBP Telekom in privatrechtliche Vertragsverhältnisse umgewandelt, ohne daß es

⁹⁸ Dazu zählten alle Dienstleistungen, die nicht dem noch bestehenden Sprachtelefondienstmonopol, dem lizenzpflichtigen Bereich oder der Telekom- Pflichtleistungsverordnung unterfielen.

⁹⁹ Zur Rechtslage vor und nach der Poststrukturreform 1989 vgl. Vetter, Umstellung von öffentlich- rechtlichen Benutzungsverhältnissen auf privatrechtliche Kundenbeziehungen.

¹⁰⁰ Bundesregierung, Konzeption, S. 2. f..

hierzu im Einzelfall der Zustimmung der Kunden bedurfte (vgl. §§ 30, 65 Abs. 3 PostVerfG). Spätestes seit dem 1.1.1992 (neue Bundesländer) bzw. seit dem 1.7.1991 (alte Bundesländer) sind alle Kundenverhältnisse privatrechtlicher Natur.

Die Postreform II, deren gesetzliche Grundlagen in dem am 14.9. 1994 verkündeten Postneuordnungsgesetz¹⁰¹ zusammengefaßt sind, diente in erster Linie dazu, die Wettbewerbsfähigkeit der aus der Deutschen Bundespost hervorgegangenen Unternehmen zu sichern. Zu diesem Zweck wurden sie in private Aktiengesellschaften umgewandelt, wozu der neu eingefügte Art. 143 b GG den Weg ebnete (Organisationsprivatisierung). Das gesamte Telekommunikationsfestnetz wurde der Deutschen Telekom AG übereignet. In das Grundgesetz wurde des weiteren Art. 87 f GG¹⁰² eingefügt, der den Bund als Kompensat für die Abschaffung des Monopols in Absatz 1 verpflichtet, die flächendeckende Grundversorgung mit angemessenen und ausreichenden Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten (Infrastruktursicherungsauftrag¹⁰³) und zudem den Wettbewerb zwischen der Deutschen Telekom AG und anderen privaten Anbietern festlegte (Aufgabenprivatisierung). Die grundgesetzlichen Vorschriften legten dem Gesetzgeber zudem auf, den deutschen Telekommunikationsmarkt zum 1.1.1998 zu liberalisieren. Aus diesem Grund wurde das Fernmeldeanlagenengesetz im Rahmen des Gesetzes zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation bis zum 31.12.1997 befristet¹⁰⁴.

2. Geltender Rechtsrahmen nach der Postreform III¹⁰⁵

Den Abschluß des geordneten Übergangs vom Monopol zum Wettbewerb bildet das TKG¹⁰⁶, das am 31.7.1996 veröffentlicht wurde.

Mit dem TKG hat der Gesetzgeber die noch bestehenden Monopole der Deutschen Telekom AG zugunsten eines regulierten Wettbewerbs privater Anbieter beseitigt. Das TKG bildet mitsamt den auf ihm beruhenden Rechtsverordnungen als zentrales und umfassendes bundesrechtliches Regelwerk den Rahmen für die Telekommunikation¹⁰⁷. Es dient ausweislich § 1 TKG dazu, "*durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene*

¹⁰¹ BGBl. I S. 23, 25.

¹⁰² 41. Änderung des GG vom 30. 8. 1993, in Kraft seit dem 3. 9. 1994 (BGBl. I S. 2245).

¹⁰³ Siehe Fangmann, Telekommunikations- und Postrecht, Teil I 1., S. 6 Rn. 4.

¹⁰⁴ Zur Rechtslage nach der Postreform II siehe etwa Fangmann, Telekommunikations- und Postrecht; Martina, NJW 1995, 681 ff..

¹⁰⁵ Begriff nach Büchner, CR 1996, 581 und Scherer, NJW 1996, 2953.

¹⁰⁶ Telekommunikationsgesetz vom 25. 7. 1996, BGBl. I S. 1120.

¹⁰⁷ Vgl. Scheurle, Telekommunikationsrecht, S. 2.

und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten sowie eine Frequenzordnung festzulegen."

Im TKG werden sämtliche Telekommunikationsdienstleistungen erfaßt und Fragen der Lizenzierung und Anzeige von Diensten sowie die Rahmenbedingungen für die Rechtsverhältnisse der Netzbetreiber untereinander und zwischen den Netzbetreibern und den Inhalte-Anbietern geregelt. Das Gesetz enthält in § 3 TKG einen für alle telekommunikationsrechtlichen Vorschriften maßgeblichen Definitionskatalog. Als asymmetrisches Gesetz unterscheidet das TKG zwischen Regelungen für marktbeherrschende Unternehmen, die im Interesse der Deregulierung weiter reichender Kontrolle unterliegen, und Normen für deren Wettbewerber. Der neu geschaffenen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, einer obersten Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums¹⁰⁸ mit den in §§ 77 ff. TKG normierten Rechten, räumt das TKG Kontrollbefugnisse ein, die insbesondere auch den Inhalt der allgemeinen Geschäftsbedingungen für lizenzpflichtige Telekommunikationsdienste und die Tarife für Leistungen marktbeherrschender Netzbetreiber betreffen¹⁰⁹.

Das TKG enthält zum Teil, insbesondere beim Kundenschutz, nur lückenhafte Regelungen. Der Gesetzgeber hat jedoch insgesamt achtzehn Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen eingefügt, die die Verwaltung mit der Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsbeziehungen befaßt.

Die für die Kundenverträge wichtigste Rechtsverordnung ist die aufgrund des § 41 TKG von der Bundesregierung verordnete Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV)¹¹⁰, die am 1.1.1998 in Kraft getreten ist und als privatrechtsgestaltende Rechtsverordnung¹¹¹ die besonderen Rechte und Pflichten aller Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit und derjenigen, die diese Leistungen vertraglich in Anspruch nehmen oder begehren (Kunden), unmittelbar regelt¹¹². Sachlich wird der gesamte Bereich der Sprachtelefonie¹¹³ durch die TKV erfaßt. Die TKV knüpft hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereiches maßgeblich an die Person des Anbieters und nicht an die Identität des Leistenden an, so daß auch die Angebote von sogenannten "Resellern" und "Rebillern" unter

¹⁰⁸ Vgl. § 66 Abs. 1 TKG.

¹⁰⁹ Zum Tätigkeitsfeld der Regulierungsbehörde siehe Gramlich, CR 1999, 489 ff..

¹¹⁰ Vom 18. 12. 1997, BGBl. I 1997, 2910.

¹¹¹ Vgl. Begründung der Bundesregierung zur TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997, S. 22.

¹¹² Vgl. § 1 Abs. 1 TKV.

¹¹³ Eine Ausnahme bildet der in dieser Untersuchung ohnehin nicht betroffene Bereich des Verkaufs und der Vermietung von Telekommunikations-Endeinrichtungen im Sinne von § 3 Nr. 3 TKG.

die TKV fallen¹¹⁴. Die Verordnung beinhaltet als (ebenfalls) asymmetrische Regelung Vorschriften, die für alle Anbieter gelten, aber auch Normen nur für marktbeherrschende Anbieter (z.B. §§ 2,3 TKV) oder ausschließlich für Betreiber von Telekommunikationsnetzen (§ 4 TKV).

Vereinbarungen zwischen den Vertragspartnern, die zuungunsten des Kunden von der TKV abweichen, sind gemäß § 2 Abs. 1 TKV unwirksam, was nach Maßgabe des § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen kann. Die TKV ist damit zwingendes Recht und beinhaltet neben¹¹⁵ dem AGBG die bedeutsamste Einwirkung auf die Privatautonomie auf dem Gebiet telekommunikationsrechtlicher Verträge.

§ 2 Wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung

Nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes bilden somit die für einen wettbewerbsbestimmten Markt charakteristischen divergierenden Wirtschaftsinteressen der Anbieter und der Nachfrager das Spannungsfeld, das vermittels der Interessenlage der Parteien die Ausgestaltung der hier behandelten Rechtsbeziehungen mit bestimmt.

A. Wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung der Telekommunikation

Dabei geht es um den national bedeutendsten prosperierenden Wirtschaftszweig. Telekommunikation betrifft alle Wertschöpfungsstufen in der Wirtschaft¹¹⁶. Das arbeitsteilige Zusammenwirken der Unternehmen und eine störungsfreie Versorgung der Bevölkerung ist maßgeblich von der Funktion von Telekommunikationsdiensten und -einrichtungen abhängig. Ein eklatantes Beispiel für die herausragende Infrastrukturbedeutung der Telekommunikation bieten die neuen Bundesländer: Anfängliche Unzulänglichkeiten der Telekommunikationsinfrastruktur erschwerten die ökonomische Entwicklung erheblich; der zwischenzeitliche Aufbau des "modernsten Telekommunikationsnetzes der Welt" begründet dagegen einen Lagevorteil.

Im internationalen Wettbewerb spielt die Qualität der Infrastruktur für Information und Kommunikation eine tragende Rolle; Globalisierung von Produktionsstrukturen und marktliche Spezialisierung sind ohne leistungsfähige Telekommunikation nicht denkbar. Die Telekommunikation ist bedeutender Standortfaktor für die deutsche Wirtschaft¹¹⁷.

¹¹⁴ Siehe Grote, BB 1998, 1117.

¹¹⁵ Als Rechtsverordnung unterliegt sie nach § 8 AGBG selbstverständlich nicht selbst der Kontrolle nach dem AGBG, sondern tritt neben sie.

¹¹⁶ Vgl. Sommer, MMR 1998, 114.

¹¹⁷ Vgl. Bundesregierung, Konzeption, S. 9, 28; Hefekäuser/Wehner, CR 1996, 698, 698; Knetsch, CR 1996, 568, 568; Scheurle, Telekommunikationsrecht, Vorwort, S. V.

Gleichzeitig mit dem globalen Trend zur Dienstleistungswirtschaft wächst die Infrastrukturbedeutung der Telekommunikation weiter. Sie gilt als "*Rückgrat der sich formierenden Informationsgesellschaft*"¹¹⁸.

Mit der herausragenden Bedeutung der Telekommunikation¹¹⁹ korreliert der Umfang der tatsächlichen Verbreitung der Telefonie und das Umsatzvolumen der Telekommunikationsbranche: Jeder Betrieb und nahezu jeder Privathaushalt¹²⁰ verfügt über Endstelleneinrichtungen, die in erster Linie der Übermittlung von Sprache über Telekommunikationsfestnetze dienen¹²¹. Die technische Entwicklung hat dem zwischenzeitlich nahezu gesättigten Markt neue Impulse verliehen: Das Zusammenwachsen von Telekommunikation und Informatik ("Telematik") hat die Verwendungsmöglichkeiten des Fernmeldenetzes dramatisch erweitert und neue Märkte erschlossen¹²². Angesichts des zunehmenden ökonomischen Gewichts nimmt es nicht Wunder, daß auf den internationalen Telekommunikationsmärkten seit Ende der achtziger Jahre "*Goldgräberstimmung*" herrschte¹²³. Der Weltmarkt für Telekommunikation ist seit 1990 um jährlich ca. 9 % gewachsen¹²⁴. In Deutschland lag der Anteil am Bruttoinlandsprodukt im Jahr 1997 bei 4,6 %¹²⁵. Nach Angaben der Regulierungsbehörde beliefen sich die Umsätze im deutschen Telekommunikationsmarkt in 1998 auf etwa 106 Milliarden DM¹²⁶.

¹¹⁸ BeckTKG- Komm- Büchner, Vorwort der Herausgeber, S. V.; Bundesregierung, Konzeption, S. 1.

¹¹⁹ Volkswirtschaftlich bedeutsam ist insoweit auch, daß sich die Zahl der Beschäftigten auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt Ende 1998 auf etwa 319.000 Personen belief (vgl. Jahresbericht der Regulierungsbehörde 1998). Danach ist von ca. weiteren 150.000 Personen auszugehen, die indirekt vom Telekommunikationsmarkt abhängen.

¹²⁰ Nahezu 95 % aller Haushalte nehmen am Telefondienst teil. Ende 1997, also unmittelbar vor der vollständigen Liberalisierung, gab es ausweislich des Geschäftsberichts der Deutschen Telekom AG 1997, S. U 7 in der Bundesrepublik 45,2 Millionen Telefonanschlüsse. Mitte des Jahres 1999 waren es nach Informationen der Deutschen Telekom AG 47, 2 Millionen.

¹²¹ So erzielte die Deutsche Telekom AG im Jahr 1997 75 % ihres Gesamtumsatzes im Bereich der Festnetzkommunikation, vgl. Deutsche Telekom AG, Geschäftsbericht für das Jahr 1997, S. 16.

¹²² Die Nutzung von Telefaxgeräten, Datenfernverarbeitungs-, Transaktions- und Informationsdiensten wie electronic cash, Homebanking oder Fernbestellung, die Anwendung von Fernwirkdiensten für Fernsteuern und Fernmessen und die Inanspruchnahme von Informationsdiensten, die den Zugriff auf Datenbanken eröffnen oder das Internet mit Perspektiven für einen neuen, virtuellen Wirtschaftsraum erfordern sämtlich, daß zumindest eine der Vertragsparteien zugleich Kunde bei einem Anbieter ist, der ihm die Übermittlung von Sprache und von Nicht- Sprache-Signalen über Telekommunikationsinfrastrukturen ermöglicht.

¹²³ So Klodt, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, S. 12.

¹²⁴ Angaben des Bundespostministers, zitiert nach Klodt, Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, S. 12.

¹²⁵ Vgl. connect, "connect exklusiv" 8/98, S. 1.

¹²⁶ Halbjahresbericht der Regulierungsbehörde, Stand: 30. Juni 1999.

Weltweit ist um die Jahrtausendwende für Telekommunikationsgeräte und -dienstleistungen sowie für informationstechnische Produkte von einem Volumen von etwa 1,5 Billionen DM auszugehen.

In Zukunft sollen Deregulierung, Privatisierung und Liberalisierung im bundesdeutschen und europäischen Markt Effizienzgewinne bringen, zu einer Intensivierung des Preis- und Leistungswettbewerbs führen und Innovationsdynamik und Umsatzvolumen erhöhen. Prognosen gehen dahin, daß der Umsatz auf dem deutschen Telekommunikationsmarkt, dem größten Telekommunikationsmarkt Europas¹²⁷, von 90,4 Milliarden in 1996 auf ca. 153 Milliarden DM im Jahr 2003 anwachsen wird¹²⁸. Tatsächlich lag die Steigerungsrate des Telefonverkehrs im ersten Halbjahr 1999 im Vergleich zu 1998 bei etwa 20%¹²⁹.

B. Individuelle ökonomische Interessen der Parteien

Die ökonomischen Zwecke der in diesem Umfeld tätigen Wirtschaftssubjekte, deren typische Interessenlage sowie die von ihnen zu erwägenden Risiken werden durch die Veränderung der ordnungspolitischen Strukturen maßgeblich mitbestimmt: An die Stelle der nur sekundär an ökonomischen Interessen ausgerichteten Verwaltungstätigkeit eines Monopolisten, die vorrangig die undifferenzierte, kostendeckende Grundversorgung der gesamten Bevölkerung zum Ziel hatte, ist die Wirtschaftstätigkeit rivalisierender Unternehmen getreten.

I. Interessenlage der Telekommunikationsunternehmen

Wirtschaftliche Autonomie und erwerbswirtschaftliche Tätigkeit charakterisieren diese Betriebe. Nicht Wunsch nach optimaler Befriedigung der Nachfrager, sondern ökonomische Ziele wie langfristige Gewinnmaximierung sowie Sicherung und Ausweitung der Marktanteile sind die Triebfeder ihrer Wirtschaftstätigkeit. Die Befriedigung der Nachfragerwünsche ist nicht Endziel des unternehmerischen Handelns, sondern - unbeabsichtigtes - Ergebnis.

Die für diese Unternehmen maßgeblichen Grundsätze der Wirtschaftsführung bestimmen, daß die Erträge die Aufwendungen decken müssen und ein angemessener Gewinn zu erwirtschaften ist. Wegen der im Wettbewerb rückläufigen Gewinnmarge bei der einzelnen Telekommunikationsdienstleistung ist für die Anbieter ein hohes Auftragsvolumen und eine langfristige Kundenbindung mit kontinuierlichem Absatz essentiell. Besonders

¹²⁷ Vgl. Hefekäuser/Wehner, CR 1996, 698.

¹²⁸ Vgl. Gertz, Computerwoche spezial "Kommunikation", Dezember 1997, S. 9; vgl. weiter die Angaben in BT- Drs. 13/3609, S. 33.

¹²⁹ Vgl. Halbjahresbericht der Regulierungsbehörde, Stand: 30. Juni 1999.

diejenigen Anbieter, die zugleich Netzeigentümer sind, gehen ein hohes Investitionsrisiko ("versunkene Kosten"¹³⁰) ein, das durch stetige Einnahmen auch aus dem Endkundenbereich mittelfristig abgedeckt werden muß.

Zum Erwerb und zur Sicherung von Marktsegmenten dienen den konkurrierenden Unternehmen neben dem (zunächst) im Vordergrund stehenden Preis zielgruppenspezifische, individuelle Angebote hochqualitativer Dienst- und Serviceleistungen ("*customer care*") wie jederzeitiger Kundendienst in sogenannten "Call- Centern", flexibles Auftragsmanagement betreffend Anschluß, Dienstaktivierung und reaktionsschnelle Entstörung sowie Leistungen, die "*das Telefonieren einfacher machen*"¹³¹, wie Transparenz von Tarifstruktur und Rechnung¹³² und Leistungsbündelung in einer Hand¹³³. Mengenrabatte sollen dem Endkunden den Wechselanreiz nehmen.

Zur Zielgruppe dieser Angebote gehören in Proportion zum Geschäftsvolumen sowohl Privat- als auch Geschäftskunden¹³⁴. Besonderer Beliebtheit erfreuen sich Großabnehmer, also große privatwirtschaftliche Unternehmen, aber auch öffentliche Einrichtungen¹³⁵ und solche Wirtschaftssubjekte, die ihren Teilnehmeranschluß über große Nebenstellenanlagen gegen Entgelt anderen Nutzern zur Verfügung stellen, also etwa Hotels, Gaststätten und Krankenhäuser¹³⁶.

II. Interessenlage der Kunden

Für die Mitglieder dieser Zielgruppen ist die Anbindung an Telekommunikationsinfrastrukturen in der Regel von fundamentaler Bedeutung: Die allge-

¹³⁰ Allein im Jahr 1998 wurden in den Festnetzen 11,6 Milliarden DM investiert. 1,6 Milliarden DM entfielen auf die Netze der neuen Anbieter, ca. 10 Milliarden DM auf die der Deutschen Telekom AG, vgl. Jahresbericht der Regulierungsbehörde 1998.

¹³¹ Werbeslogan der o.t.e.l.o communications GmbH & Co; eine Vereinfachung soll insbesondere durch die Integration von Festnetz- und Mobilfunkdienst bewirkt werden (z.B. Produkt "Genion" von Viaginterkom).

¹³² Die Rechnung ist nach Leo, K&R 1998, 381 "das Gesicht zum Kunden".

¹³³ Vgl. zu den Erfolgs- und Bedrohungsfaktoren für den Wettbewerb im einzelnen: Knetsch, CR 568, 568.

¹³⁴ Diese Unterscheidung spielt telekommunikationsrechtlich, anders als AGB- rechtlich, keine Rolle.

¹³⁵ Als Beispiel seien die Kirchen mit ihren rund 100.000 Einrichtungen mit einer jährlichen Telefonrechnung von rund 850 Millionen DM als größter Telefonkunde genannt. Vgl. dazu die Berichte über den Abschluß eines Vertrages zwischen den Kirchen und dem Anbieter "O.tel.o" in FAZ vom 22.1.1998, S. 16.

¹³⁶ Bei diesen ist allerdings fraglich, ob sie unter die Definition der Endkunden fallen, da sie selbst Telekommunikationsdienstleistungen anbieten. Denn auch Inhaber von Hotels und Gaststätten, die Telekommunikationsdienstleistungen nicht als Hauptzweck ihres Geschäftsbetriebes anbieten, sind nach § 4 TKG anzeigepflichtig, vgl. Kemmler, ArchivPT 1996, 321, 323. Angesichts der Weite des Anwendungsbereichs dürfte allerdings die Anzeigepflicht trotz der Bußgeldvorschrift in § 96 Abs. 1 Nr. 1 TKG bald leerlaufen, so Scherer, NJW 1996, 2953, 2955.

meine Verfügbarkeit von leistungsfähigen Telekommunikationseinrichtungen ist nicht nur eine Grundlage zwischenmenschlicher Kommunikation; für Wirtschaftsunternehmen ist die Anbindung an die Telekommunikationsinfrastruktur eine Hauptlebensader. Insbesondere für Unternehmen, die ihren Kundenverkehr (nahezu) ausschließlich über das Telekommunikationsnetz abwickeln wie Börsen, Versandunternehmen, Banken und andere Dienstleistungsunternehmen und Betriebe, die die Telekommunikationsnetze als Vertriebskanäle nutzen¹³⁷, wirken sich selbst nur vorübergehende Störungen oder Ausfälle der Telekommunikationssysteme unmittelbar vermögensschädigend aus. Doch auch in nahezu jedem anderen Betrieb und für viele Privatpersonen ist der Kontakt mit anderen Teilnehmern über das Telekommunikationsnetz unverzichtbar.

Der Endkunde setzt deshalb als selbstverständlich voraus, daß er per Telefon jederzeit störungsfrei Sprachkommunikation mit entfernten Teilnehmern betreiben kann, sei es, daß er den anderen Teilnehmer anwählt oder von diesem angewählt wird¹³⁸, kurzum: Jederzeit zuverlässig und störungsfrei telefonieren zu können, ist der Beweggrund des Endkunden zum Abschluß eines Rechtsverhältnisses mit einem Anbieter von Sprachtelefondienst.

Zweiter Teil: Erscheinungsformen und rechtliche Einordnung der Rechtsbeziehungen

Vor diesem wirtschaftlichen und rechtlichen Hintergrund sind die im Geschäftsleben entwickelten und sich entwickelnden Rechtsbeziehungen zu sehen.

Erster Abschnitt: Tatsachenmaterial

Die Analyse dieser Rechtsbeziehungen erfordert zunächst die Sichtung des relevanten Tatsachenmaterials.

¹³⁷ So erfreut sich das Telemarketing, wie das Teleshopping zunehmender Beliebtheit.

¹³⁸ Er verlangt darüber hinaus anwendungsnahe, individuell auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Angebote, die ihm in qualitativer (customer benefit) und quantitativer Hinsicht (customer value) einen Kundennutzen verschaffen, der sich in einem nachvollziehbaren Zeit-, Qualitäts- und insbesondere Kostenvorteil niederschlägt. Vgl. dazu Knetsch, CR 1996, 568, 568.

§ 1 Gestaltungsfreiheit und spezialgesetzliche Einschränkungen

Kraft expliziter Regelung bewegt sich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien auf dem Boden der Zivilrechtsordnung, die von der Privatautonomie bestimmt wird. Diese gewährt mit der Gestaltungsfreiheit das Recht, die wechselseitigen Leistungspflichten selbst zu regeln. Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung obliegt also der Vereinbarung der Parteien.

Die Freiheit inhaltlicher Gestaltung findet zum Schutz vor Mißbräuchen jedoch ihre Grenzen unter anderem in spezialgesetzlichen (Verbraucherschutz-) Vorschriften¹³⁹. Spezielle Vorschriften mit öffentlich-rechtlichem Einschlag sind das TKG und die daraus hervorgegangenen Rechtsverordnungen. Besonders die TKV wirkt - wie im einzelnen zu zeigen sein wird - gestaltend auf die behandelten Rechtsverhältnisse ein. Die wesentlichen Leistungspflichten der Parteien normieren die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften jedoch nicht. Sie beschränken sich vielmehr auf die Ausgestaltung von Detailfragen, beinhalten jedoch kein geschlossenes System für die Regelung der privatrechtlichen Rechtsbeziehungen.

Von entscheidender Bedeutung für die Rechtsbeziehungen im Sprachkommunikationsdienst sind folglich die zwischen Anbietern und Endkunden geschlossenen Verträge.

§ 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Anbieter

Telekommunikation als Massengeschäft generiert diese Verträge millionenfach.

A. Erscheinungsformen

Charakteristisch für derartige massenhafte Rechtsverhältnisse mit deckungsgleichem Anwendungsbereich ist die Standardisierung. Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind daher für die hier behandelten Verhältnisse zwischen Anbietern und Endkunden von Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit prägend. Diesem Umstand hat der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber durch zahlreiche branchenspezifische Regelungen über die Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen Rechnung getragen¹⁴⁰.

Zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen zählen nicht nur die ausdrücklich als solche bezeichneten Klauselwerke der Anbieter, sondern gemäß

¹³⁹ Dazu zählen etwa auch die §§ 134, 138 BGB und die Vorschriften zwingenden Rechts.

¹⁴⁰ §§ 23 - 26, 28, 30, 41 Abs. 3 Nr. 4 TKG; §§ 9, 12, 28, 29 TKV, § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG.

§ 1 Abs. 1 AGBG auch die für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die von den Anbietern in Anlehnung an § 28 Abs. 2 S. 2 TKV unter der Bezeichnung "besondere Geschäftsbedingungen" oder "Leistungsbeschreibungen"¹⁴¹ auch in Form von erläuternden Broschüren und insbesondere als Auftragsformular, gestellt werden.

B. Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Damit derartige Geschäftsbedingungen überhaupt Geltung beanspruchen können, bedarf es ihrer wirksamen Einbeziehung in den Vertrag.

I. Einbeziehung nach §§ 2 ff. AGBG

Nach dem AGBG steht die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich unter den Voraussetzungen der §§ 2 ff. AGBG: Geschäftsbedingungen mit Ausnahme überraschender Klauseln im Sinne von § 3 AGBG werden unter den Einbeziehungsvoraussetzungen des § 2 AGBG Vertragsinhalt, soweit nicht eine Individualvereinbarung nach § 4 AGBG vorgeht. Im Massenverkehr der Telekommunikation sind die kumulativen Voraussetzungen des § 2 AGBG, also Hinweis des Verwenders auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme durch den Kunden und dessen Einverständnis, häufig nicht zu realisieren. Das gilt für solche Telekommunikationsdienstleister in besonderem Maße, die Fernverbindungen im Verfahren "Call by Call" anbieten. Diese haben aufgrund der technischen Abläufe kaum eine Möglichkeit, sich durch Hinweis auf ihre Vertragsklauseln mit dem jeweiligen Kunden über die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preisen zu einigen¹⁴².

II. Vereinfachte Einbeziehung

1. Einbeziehungsprivileg - Regelungsgrundlage

Eine vereinfachte Einbeziehung ermöglicht daher auch zumindest bis zum 31. 12. 2002¹⁴³ § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG, dessen Voraussetzungen in § 28 TKV aufgegriffen werden¹⁴⁴. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des §

¹⁴¹ Auch Leistungsbeschreibungen sind allgemeine Geschäftsbedingungen. Bei ihnen ist lediglich die Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG im Hinblick auf § 8 AGBG zweifelhaft.

¹⁴² Siehe auch Grote, BB 1998, 1117, 1120.

¹⁴³ Vgl. die Befristung in § 30 S. 3 AGBG. Eine Nachfolgeregelung wird das Einbeziehungsprivileg auf Verträge beschränken, die durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung von TK-Dienstleistungen in einem Mal erbracht werden und zudem fordern, daß die AGB der anderen Partei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zugänglich gemacht werden können.

¹⁴⁴ Danach müssen die Auftragsformulare den Hinweis auf die Amtsveröffentlichung enthalten und auf die Möglichkeit der Einsichtnahme hinweisen. Die Fundstelle der AGB im Amtsblatt muß nicht im einzelnen angegeben werden (vgl. Begründung der

23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG vor, greift § 2 AGBG nicht ein, mit der Folge, daß die Pflicht der Anwender zur Kenntnisverschaffung erlischt. Es ist dann vielmehr am Kunden, sich über den Inhalt der Geschäftsbedingungen zu informieren¹⁴⁵.

2. Voraussetzungen

Diese Rechtsfolge der vereinfachten Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG ist an vier Voraussetzungen gebunden: Die betroffenen Geschäftsbedingungen müssen (a) dem sachlichen Anwendungsbereich der Regelung unterfallen, (b) im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht sein, (c) in den Geschäftsstellen der Anbieter bereitgehalten werden; und schließlich muß (d) der Kunde mit der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden sein.

a. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich dieser Ausnahmenvorschrift beschränkt sich auf die das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit im Sinne von § 3 Nr. 18 TKG betreffenden allgemeinen Geschäftsbedingungen und Entgelte der Anbieter. Er kongruiert somit mit dem oben gekennzeichneten Sujet dieser Untersuchung.

b. Amtsveröffentlichung

Den Anbietern bietet § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG die Möglichkeit, die allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Veröffentlichung im Amtsblatt in die Rechtsbeziehung zu implementieren. An die Stelle des Amtsblattes des Bundesministers für Post und Telekommunikation, in dem nach der Vorgängerregelung¹⁴⁶ die Veröffentlichung der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzunehmen war, ist nunmehr das Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post getreten¹⁴⁷.

c. Einsichtnahmemöglichkeit bei den Geschäftsstellen

Weitere Einbeziehungsvoraussetzung ist die Möglichkeit zur Einsichtnahme in den Geschäftsstellen. Diese Einsichtnahmemöglichkeit war stets - auch

Bundesregierung zu der Telekommunikations- Kundenschutzverordnung zu § 28 TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24.7.1997).

¹⁴⁵ Vgl. Schulz, CR 1998, 213, 214, der im übrigen § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG für nicht (mehr) gerechtfertigt hält.

¹⁴⁶ § 23 Abs. 2 Nr. 1 a wurde erstmals im Rahmen der Postreform I durch Art. 4 Abs. 8 des Poststrukturgesetzes vom 8. 6. 1989, BGBl. I 1989, 1026 eingeführt und durch die Postreform II aufgrund von Art. 12 Abs. 28 PTNeuOG vom 14. 9. 1994 fortgeführt.

¹⁴⁷ Diese Form der Bekanntgabe richtet sich de facto fast ausschließlich an die Abonnenten des Amtsblattes. Eine anderweitige Veröffentlichung findet kaum statt. Selbst in den Hochschulbibliotheken werden die Amtsblätter der Regulierungsbehörde in der Regel nicht geführt.

vor Liberalisierung des Marktes - Bestandteil des § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG. Lediglich die Identität des Ortes, an dem Einsicht genommen werden kann, hat eine Wandlung erfahren, die nochmals ein Schlaglicht auf die bereits aufgezeigte Rechtsentwicklung wirft: Mit der Postreform II trat an die Stelle der "Ämter für Post- und Fernmeldewesens" die (private) "Niederlassung", die nunmehr durch die "Geschäftsstelle" abgelöst wurde.

Keinen Regelungsbedarf hat der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage erkannt, ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt werden, wenn sie bei einer Niederlassung respektive Geschäftsstelle im Einzelfall nicht vorhanden sind. Die Untätigkeit des Gesetzgebers legt nahe, daß es bei der bisherigen Rechtslage bleiben soll. Die war freilich nicht unumstritten. So wurde vertreten¹⁴⁸, Änderungen allgemeiner Geschäftsbedingungen seien schon deshalb nicht gegenüber allen Kunden wirksam geworden, weil sie nicht in sämtlichen Niederlassungen zur Einsicht bereit gelegen hätten.

Die Rechtsprechung¹⁴⁹ ist dieser Ansicht indes zu Recht nicht gefolgt: Auf die abstrakte Einsichtmöglichkeit in einer noch so entfernten Niederlassung konnte es nach Sinn und Zweck der Regelung, die auf die Einbeziehung von AGB gegenüber einzelnen Vertragspartnern abzielt, nicht ankommen. Die Einbeziehung konnte sonach nur dann an Informationsdefiziten scheitern, wenn der Kunde durch das Fehlen der Einsichtmöglichkeit konkret benachteiligt wurde, insbesondere also eine Nachfrage um Einsicht in die Geschäftsbedingungen im Einzelfall tatsächlich erfolglos blieb.

Diese Rechtslage muß für erstmalige Einbeziehung und Änderung der AGB fortgelten. Denn der erweiterten Verpflichtung, nicht nur in den Zentralen, sondern auch in den einzelnen Geschäftsstellen die Geschäftsbedingungen zur Einsicht bereitzuhalten, kann eine Verschärfung der Anforderungen im Sinne einer jederzeitigen flächendeckenden Abdeckung aller Filialen nicht entnommen werden. Aus der selbstverständlichen Beobachtung, daß das AGBG dem Verbraucherschutz dient, ergibt sich nichts anderes¹⁵⁰. Denn dem Schutzbedürfnis wird durch die vorgesehene Einsichtmöglichkeit genüge getan, soweit im Einzelfall die Einsichtnahme möglich ist. Daß in irgendeiner Filiale die Möglichkeit zur Einsichtnahme nicht gegeben sein

¹⁴⁸ Insbesondere von Michalski, ZIP 1996, 1327; BB 1996, 1177; DZWIR 1996, 353. Siehe dazu im einzelnen zutreffend: von Westphalen, DB 1996, Beilage Nr. 5/ 96 zu Heft Nr. 11 / 96.

¹⁴⁹ LG Traunstein EWIR 1997, 151; LG München I BB 1997, 224; LG Duisburg ArchivPT 1997, 226, 227; LG Köln ArchivPT 1997, 227, 228; LG Hamburg ArchivPT 1997, 229.

¹⁵⁰ So aber wohl Schulz, CR 1998, 213, 215, der aber letztendlich vom Ausliegen in den "jeweiligen Geschäftsstellen" spricht.

mag, kann daher nicht zum pauschalen Scheitern der Einbeziehung gegenüber allen Endkunden führen.

d. Einverständnis des Kunden

Erforderlich ist aber, daß der Endkunde mit der Geltung der AGB einverstanden ist. Denn § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG ändert zwar die Voraussetzungen des § 2 AGBG, vermag aber nicht eine Modifikation der allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB über den Vertragsschluß zu bewirken¹⁵¹. Von diesem Einverständnis ist nach allgemeinen Regeln bereits dann auszugehen, wenn sich der Endkunde zumindest auf den Vertrag einläßt, ohne den Geschäftsbedingungen zu widersprechen.

C. Ergebnis

Tatsächliche Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen den Endkunden und den Anbietern sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen die in Form von Auftragsformularen, Leistungsbeschreibungen und / oder besonderen Geschäftsbedingungen bei jedem Rechtsgeschäft über Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit begegnen. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter werden in aller Regel über die Ausnahmevorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG einbezogen.

Mit den unterschiedlichen Geschäftsbedingungen der Anbieter, die insbesondere im Amtsblatt der Regulierungsbehörde abgedruckt sind, steht hinreichendes Tatsachenmaterial für eine fundierte Analyse der Rechtsverhältnisse zur Verfügung¹⁵².

¹⁵¹ Für die Vorgängerregelung: Ulmer/Brandner/Hensen - Ulmer § 23 Rn. 36 a; Wolf/Horn/Lindacher- Horn § 23 Rn. 122; Schulz, CR 1998, 213, 216.

¹⁵² Dazu gehören (nicht abschließend und unter Vernachlässigung von Leistungsbeschreibungen) in alphabetischer Reihenfolge: Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit der accom Gesellschaft für Telekommunikationsnetze- und dienstleistungen mbh & Co.KG (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 15/1999, S. 18); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781); allgemeine Geschäftsbedingungen von C@llas-clever communications (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 323/1998, S. 3188); allgemeine Geschäftsbedingungen für Callino GmbH Telekommunikationsdienste (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 250/1999, S. 1782); allgemeine Geschäftsbedingungen der Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Preselection und Call by Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462); allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234); allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/1997, Anlage 2); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom

Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623); allgemeine Geschäftsbedingungen von Drillisch für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 190/1999, S. 2010); allgemeine Geschäftsbedingungen für DTG deutsche Telefongesellschaft AG Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 420/1999); allgemeine Geschäftsbedingungen für Preselection-Selection und Global Calling Card der EconoPhone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 80/1999, S. 767); allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81/1999, S. 758); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (Call by Night) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 99/1999); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804); allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Pre- Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Global TeleSystems (Deutschland) GmbH (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 367/1999, S. 2471); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Global TeleSystems (Deutschland) GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 368/1999, S. 2474); allgemeine Geschäftsbedingungen der Hamcom GmbH Telekommunikation (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 92/1998, S. 1374); allgemeine Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 58/1998, S. 901, mit darauf folgenden zahlreichen Änderungen); allgemeine Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Preselection und Call - by - Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 58/1998, S. 901, Änderung in Mitteilung Nr. 130/98, S. 1629, letzte Änderung in Mitteilung Nr. 181/1998, S. 1989); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Hutchison Telecom GmbH, Festnetz (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 159/1998, S. 1857); allgemeine Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 263/1998, S. 2680); allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793); allgemeine Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 442 ff./1999, S. 2939); allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der Firma KielNet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 102/1998, S. 1460); allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh für die Bereitstellung von Festnetzzugängen und Sprachtelefondienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 104/1998, S. 1465); allgemeine Geschäftsbedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH "Verbindungsnetze" (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 106/1998, S. 1471); allgemeine Geschäftsbedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh für "KomTel-MoinMoin" und "KomTel- Deutschland" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3243); allgemeine Geschäftsbedingungen der Mannesmann Arcor AG & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 70, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 181/1999, S. 1412); allgemeine Geschäftsbedingungen für D2- Arcor//TownToTown (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 214/1998, S. 2337); allgemeine Geschäftsbedingungen von MCI WorldCom Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 538/1999, S. 3462); allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459); allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst im Festnetz der Firma Motorola Tel.co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 164/1998, S. 1872); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345); allgemeine Geschäftsbedingungen der NetCologne (ABl.

Zweiter Abschnitt: Das Rechtsverhältnis zwischen Endkunden und Anbietern von Ortsverbindungen

Da jeder Vorgang des Sprachtelefondienstes im Ortsnetz beginnt und endet, bildet das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden die Grundlage jedes Telekommunikationsvorgangs. Diese Rechtsbeziehung steht daher auch am Anfang der Untersuchung der Rechtsnatur der verschiedenen Rechtsverhältnisse zwischen den Anbietern von Sprachtelefondienst und Endkunden.

RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802); allgemeine Geschäftsbedingungen der o.tel.o communications GmbH & Co für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1998, Nr. 13/1998, S. 81); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Plusnet GmbH & Co. KG (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 25, S. 38); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Star telecommunications Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 539/1999, S. 3465); allgemeine Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. RegTP 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906, geändert durch Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 272/1998, S. 2711); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711); allgemeine Geschäftsbedingungen der Tele2 Telecommunication Services GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 217/1999, S. 1515); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998, S. 2637); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Teleos Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 288/98, S. 2797); allgemeine Geschäftsbedingungen der Telepassport Service GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 231/1998, S. 2599); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("tesion") (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnets Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 516/1999, S. 3265); allgemeine Geschäftsbedingungen der Viag Interkom GmbH & Co. für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen Stand: Juli 1999 (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 379/99, S. 2497); allgemeine Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203); allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500); allgemeine Geschäftsbedingungen der Würzburger Telekommunikationsgesellschaft mbH (wücom) für die Bereitstellung von Telefonanschlüssen und die Erbringung von Sprachkommunikationsdiensten Stand: 14.7.1999 (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 479/1999, S. 3123); allgemeine Geschäftsbedingungen der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 300/1998, S. 3033). Hinzu treten nicht veröffentlichte Geschäftsbedingungen, die nur teilweise im Amtsblatt veröffentlichten Leistungsbeschreibungen sowie die individualvertraglichen Vereinbarungen.

§ 1 Einführung

Keine Vorreiterrolle spielt der Ortsnetzverkehr allerdings bei der Umsetzung der Liberalisierungsziele. Wesentlicher Grund für den nur schleppenden Einzug des Wettbewerbs unter den Anbietern von Ortsverbindungen ist die Perpetuierung der überkommenen Eigentumsituation an der Telekommunikationsinfrastruktur¹⁵³. Das Angebot von Ortsverbindungen setzt nämlich die Verfügung des Anbieters über die Teilnehmeranschlußleitung, also die Verbindung zwischen dem Vermittlungsrechner (respektive den angeschlossenen Konzentratoren) und der Teilnehmeranschlußeinheit beim Kunden, voraus. Diese "*letzte Meile*" steht nach der Postreform II jedoch in aller Regel im Eigentum der Deutschen Telekom AG. Nur wenige lokale und regionale Anbieter¹⁵⁴ - zumeist Versorgungsunternehmen¹⁵⁵ - können für ihr Telefondienstangebot ein bereits vorhandenes eigenes Leitungsnetz nutzen. Und die Duplizierung der Netze ist angesichts langer Amortisationszeiten wirtschaftlich nicht sinnvoll¹⁵⁶. Andere Methoden der Anbindung des Endkunden an das allgemeine Telekommunikationsnetz wie z.B. Richtfunk (Wireless Local Loop im CDMA-, DECT- Verfahren), also ein drahtloser Endkundenanschluß oder der Anschluß über das Stromnetz (Powerline) oder über den Breitbandkabelanschluß¹⁵⁷, wurden zu Beginn der Liberalisierungsphase als nicht wirtschaftlich oder technisch nicht genügend eingestuft¹⁵⁸. Sie etablieren sich erst allmählich¹⁵⁹.

Aus diesem Grund sind die Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen im Teilnehmernetz auch nach dem Systemwechsel von der Monopolverwaltung zum wettbewerbsbeherrschten Markt überwiegend auf die Infrastruktur des bisherigen Monopolisten angewiesen. Das darin ange-

¹⁵³ Hierzu kritisch (wegen eines angeblichen Verstoßes gegen die Chancengleichheit und einer Verfälschung des Wettbewerbs) Moritz, CR 1998, 13 ff., insbesondere 16 ff..

¹⁵⁴ Dazu gehören etwa die "City- Carrier" CityKom Münster; Isis (Düsseldorf); NetCologne (Köln), Docomo (Dortmund) usw..

¹⁵⁵ RWE (otelo), Deutsche Bahn (Mannesmann Arcor) oder auch regionale Versorgungswerke für Gas oder Wasser, die entlang ihres bestehenden Leitungsnetzes Telefonkabel verlegt haben.

¹⁵⁶ Vgl. VG Köln MMR 1998, 103; Etling- Ernst, TKG § 35 Rn. 8.

¹⁵⁷ Diese Infrastruktur kann Bedeutung erst nach der zwischenzeitlich erfolgten Veräußerung des Netzes durch die Deutsche Telekom AG erlangen.

¹⁵⁸ Vgl. dazu etwa Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Rn. 316 ff. Diese Verfahren werden im folgenden vernachlässigt. Rechtlich relevante Änderungen werden durch sie nicht eintreten.

¹⁵⁹ Die Regulierungsbehörde hat im Jahr 1999 in 262 Versorgungsbereichen insgesamt 662 Frequenznutzungen für die drahtlose Teilnehmeranschlußleitung ausgeschrieben, vgl. Pressemitteilung der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation vom 25. August 1999. Diese Frequenzen ermöglichen es, die letzte Meile zum Endkunden drahtlos zu überbrücken und so Sprachtelefonie und andere Dienste mit höheren Bitraten unabhängig vom drahtgebundenen Teilnehmeranschluß anzubieten.

legte Monopolisierungspotential hat der Gesetzgeber erkannt und bestimmt, daß zur Forcierung des Wettbewerbs die Konkurrenten auf die fremden Teilnehmeranschlußleitungen¹⁶⁰ zugreifen dürfen: Nach §§ 33 Abs. 1; 35 Abs. 1, 2 und 5 TKG i.V.m. § 2 NZV sind marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet, den Konkurrenten die vorhandenen Kabel unabhängig von entsprechenden Diensten, also entbündelt, zur Verfügung zu stellen¹⁶¹. Die Pflicht zur Entbündelung geht so weit, daß der Nachfrager grundsätzlich¹⁶² den Zugriff auf den blanken Draht ("Dark Copper") ohne Zwischenschaltung zusätzlicher Übertragungstechnischer Einrichtungen verlangen kann¹⁶³. Schließlich sind die Netzbetreiber nach § 4 TKV verpflichtet, ihre Leistungen Diensteanbietern zum Wiederverkauf anzubieten, so daß in Zukunft auch vermehrt sogenannte "Reseller" Zugriff auf die Teilnehmeranschlußleitung erhalten werden¹⁶⁴.

Macht der alternative Anbieter vom entbündelten Zugang Gebrauch, wird die Teilnehmeranschlußleitung physisch aus dem Netz herausgetrennt und in das Netz des neuen Anbieters eingefügt. Aufgrund dieses Zugangs zur Anschlußleitung vor der Vermittlungsstelle des Netzeigentümers können Anbieter auch ohne eigenes Anschlußnetz die Leistungen des Teilnehmer-netzes selbst gegenüber den Endkunden anbieten. Notorischer Streit über die Höhe der zu entrichtenden Entgelte, hat aber einen Wettbewerb in diesem Bereich lange Zeit weitgehend blockiert.

§ 2 Wesentliche Leistungspflichten

Gleichwohl stehen Vertragsmuster, die das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden betreffen, in einer Anzahl zur Verfügung, die die Ermittlung der kennzeichnenden Züge des Rechtsverhältnisses unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessenlagen, der von den Parteien verfolgten Zwecke und der von ihnen in Betracht zu ziehenden Risiken ermöglicht.

¹⁶⁰ Es handelt sich in der Regel um eine Kupferdoppelader oder um ein Glasfaserkabel.

¹⁶¹ Hierzu auch die Entscheidung des Bundesministers für Post und Telekommunikation im ersten Mißbrauchsverfahren nach § 33 Abs. 2 TKG über die Gewährung der entbündelten Teilnehmeranschlußleitungen, wonach den Wettbewerbern auf Wunsch der Zugang bereits am Hauptverteiler ohne Nutzung der Übertragungstechnischen Schnittstelle zu gewähren ist (BMPT, Post Politische Information, Juni 1997, S. 3). Vgl. auch Beschluß des VG Köln vom 18. 8. 1997 (1 L 2318/97), MMR 1998, 102; Beschluß des OVG Münster vom 29. 9. 1997 (13 B 2159/97), MMR 1998, 98.

¹⁶² Ausnahmen sind möglich, wenn ein entsprechender Anspruch aus Kapazitäts- oder Kundenschutzgründen nicht gerechtfertigt ist, vgl. dazu OVG Münster MMR 1998, 98, 100 mit Anmerkungen Riehmer, 101; vgl. auch VG Köln AfP 1997, 964.

¹⁶³ Zur verfassungsrechtlichen Problematik im Hinblick auf Art. 14 GG siehe: Stern/Dietlein, ArchivPT 98, 309 ff. und RTkom 1999, 2 ff. sowie Fuhr/Kerkhoff, MMR 1998, 6 ff..

¹⁶⁴ Siehe dazu auch Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 290.

A. Einzelne inhaltliche Elemente

Voraussetzung typologischer Würdigung eines Vertragswerkes ist die Abstraktion essentieller Bestandteile von solchen Vereinbarungen, die zwar typisch, aber nicht vertragswesentlich oder kautelarjuristisch vertragsunabhängig üblich sind¹⁶⁵.

I. Präambeln

Vielen Geschäftsbedingungen ist eine Präambel vorausgeschickt, die skizziert, welchen Gegenstand das nachfolgende Klauselwerk hat und welche Gesetze und Rechtsverordnungen für das Rechtsverhältnis von Bedeutung sind¹⁶⁶. Die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere TKV und TKG, gelten indes unabhängig von ihrer Vereinbarung, und die für den Typus entscheidende Bestimmung der Leistungspflichten erfolgt nicht in der einleitenden Präambel, sondern in den sich anschließenden (eigentlichen) Vertragsklauseln. Den Präambeln kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu¹⁶⁷; für die typologische Qualifizierung sind sie nicht von Bedeutung.

II. Vertragsabschlußklauseln

Ähnliches gilt für die - ohnedies nicht durchgängig anzutreffenden¹⁶⁸ - Klauseln, die das Zustandekommen des Vertrages regeln wollen¹⁶⁹, indem

¹⁶⁵ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 409.

¹⁶⁶ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234).

¹⁶⁷ So auch Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz, D 01.100 Rn. 7.

¹⁶⁸ Insbesondere beinhalten die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Telekom AG (allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst, ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 215/1997, Anlage 1, S. 1994) und deren Leistungsbeschreibungen Telefondienst (Telefonanschluß) (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537) solche Vertragsabschlußklauseln nicht. Sie finden sich aber beispielsweise in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 2; den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793), Ziffer 1; den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma Teleos Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 288/98, S. 2797), Ziffer 2; den allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("tesion") (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308, Ziffer 5.1.), Ziffer 2 und den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 2.

¹⁶⁹ Dazu zählen einerseits die die Erklärung des Endkunden inhaltlich konkretisierenden Bestimmungen in "Auftragsformularen", "Bestellungen", "Aufträgen" oder "Anträgen", die vom Anbieter vorformuliert überlassen und vom Endkunden ausgefüllt und unterschrieben zurückgereicht werden. Auf der anderen Seite stehen Formulierungen

sie Bindungs- oder Annahmefristen normieren¹⁷⁰ oder den Abschluß des Vertrages vom Ergebnis einer Bonitätsprüfung, der Stellung einer Sicherheit¹⁷¹ oder der Vorlage einer Grundstückseigentümergeklärung¹⁷² abhängig machen sollen.

Für die Rechtsbeziehung charakteristisch sind diese Vertragsabschlußklauseln nicht: Denkbar ist zwar, daß sie in Abweichung vom äußeren Bild des Vertragsschlusses über den Zeitpunkt der vertraglichen Bindung disponieren und dadurch vertragliche Leistungen schaffen respektive auflösen sollen. Selbst Bestimmungen dieser Art beinhalten jedoch nicht selbst die den Vertragstypus prägenden Leistungen, sondern können allenfalls mittelbar darüber entscheiden, welche (wesentlichen) Verpflichtungen Vertragsgegenstand sind.

III. Installation und Überlassung eines Teilnehmeranschlusses

Im Gegensatz zu den Vertragsabschlußklauseln und Präambeln gehören Bestimmungen, die den Teilnehmeranschluß betreffen, zum eigentlichen Vertragsinhalt, der sich in allen Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden findet.

1. Der Teilnehmeranschluß - Definition

Der bisher intuitiv verwendete Begriff "Teilnehmeranschluß" ist im umfangreichen Definitionskatalog des § 3 TKG nicht enthalten: Teilnehmeranschlüsse werden in § 3 Nr. 23 TKG lediglich zur Beschreibung von Verbindungsnetzen erwähnt¹⁷³.

der Telekommunikationsdienstleister in den den Endkunden übersandten Antragsformularen.

¹⁷⁰ Dazu unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen § 10 Nr. 1 AGBG: Hahn, ZAP 1999, Fach 6, S. 279, 282 und derselbe, MMR 1999, 251, 252 f., der jede Annahmefrist von über zwei Wochen für unangemessen lang hält, sowie Imping, CR 1999, 425, 427, der dagegen eine vierwöchige Annahmefrist rechtfertigen will.

¹⁷¹ Vgl. § 11 TKV, der für Anbieter von Universaldienstleistungen gilt. Die Sicherheitsleistung soll häufig auch noch während der Vertragslaufzeit einverlangt werden können, deren Nichtleistung den Anbieter zum Rücktritt berechtigen. Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln, wonach es unbedenklich ist, den Vertrags-schluß von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. Nach Vertragsschluß gilt freilich § 321 BGB; vgl. dazu auch Grote, BB 1998, 1117, 1118.

¹⁷² Die Grundstückseigentümergeklärung im Sinne des § 10 TKV, Anlage 1 zur TKV, ist eine zwingende Voraussetzung für die Errichtung eines neuen Teilnehmeranschlusses, wenn der Endkunde nicht mit dem dinglich Berechtigten identisch ist. Den Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Endkunden und dem Anbieter be-rührt die von einem Dritten ausgestellte Grundstückseigentümergeklärung aber nur mittelbar, so daß der rechtlichen Beurteilung der Grundstückseigentümer- erklärung hier nicht nachgegangen werden kann.

¹⁷³ Das TKG verwendet im übrigen den Terminus "Anschluß" in § 59 TKG im gleichen Sinn wie "Anschaltung" in § 69 TKG und in der TKZuVO. "Anschluß" bezeichnet hier das Herstellen einer technischen Verbindung zwischen den Endeinrichtungen und

Die Parteien verwenden den Begriff Teilnehmeranschluß oder synonyme Termini wie "Anschluß"¹⁷⁴, "Telefonanschluß"¹⁷⁵ oder "direkter (Kunden-) Zugang"¹⁷⁶ zur Beschreibung der auf Grundlage eines Übertragungsweges hergestellten Verbindung des Endkunden mit einem Netzknoten des vom Anbieter genutzten Telekommunikationsnetzes, die den Endkunden in die Lage versetzt, Telefone oder andere Endgeräte über Netzabschlußpunkte an dieses Netz anzuschalten und dadurch am Sprachtelefondienst teilzunehmen¹⁷⁷.

Beim Teilnehmeranschluß handelt es sich damit um eine spezielle Form des Netzzugangs¹⁷⁸: Nach § 3 Nr. 9 TKG ist Netzzugang "*die physische und logische Verbindung von Endeinrichtungen oder sonstigen Einrichtungen mit*

den Anschlußeinrichtungen der Übertragungswege eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, vgl. BeckTKG- Komm- Bönsch/Volbert § 59 Rn. 9.

¹⁷⁴ Vgl.: Auftragsformulare der Firma VEW Telnet ("*ISDN- Anschluß*", "*Preselection- Anschluß*", "*Call by Call- Anschluß*"); ähnlich ("*Teilnehmer- Netzanschluß*"): Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623), Ziffer 1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("*tesion*") (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308), Ziffer 1.1..

¹⁷⁵ "*Telefonanschluß*": Z.B.: Deutsche Telekom AG, Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 2.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 2.1..

¹⁷⁶ "*Direkter Kundenzugang*": Leistungsbeschreibung "o.tel.o. 01011" der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 63/1998, S. 915), Ziffer 2. Ähnlich auch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Hamcom GmbH Telekommunikation für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 92/1998, S. 1374), Ziffer 4 b; allgemeine Bedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH für die Bereitstellung von Festnetzzugängen und Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 104/98, S. 1465), Ziffer 3.1. und 3.3..

¹⁷⁷ Vgl. Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Teil A, Glossar, Stichwort "Anschluß": "*Auf der Grundlage eines Übertragungsweges hergestellter Zugang zu einem Netzknoten der Deutschen Telekom. Der Anschluß endet beim Kunden mit einer Anschalteneinrichtung zur Anschaltung von Endstelleneinrichtungen. Anschlüsse sind z.B. Telefonanschlüsse, Text- und Datenanschlüsse oder Bildkommunikationsanschlüsse*".

¹⁷⁸ So auch: BeckTKG- Komm- Piepenbrock § 35 Rn. 5; Etling- Ernst, TKG § 35 Rn. 5; Nolte, BB 1996, 2629, 2632.

einem Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben ... zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen". Netzzugang und Teilnehmeranschluß sind aber nicht als synonyme Termini zu verstehen; denn unter die Definition des § 3 Nr. 9 TKG fällt auch der Anschluß an ein Verbindungsnetz¹⁷⁹, obwohl Verbindungsnetze nach § 3 Nr. 23 TKG gerade keine Teilnehmeranschlüsse aufweisen¹⁸⁰. Im Unterschied zum Zugang zum Verbindungsnetz stellt der Teilnehmeranschluß den jedem Nutzer zugänglichen, also allgemeinen¹⁸¹ physischen und logischen Netzzugang über Anschlußleitungen und dem einzelnen Teilnehmer zugewiesene Netzabschlußeinrichtungen unmittelbar bereit.

Zum Teilnehmeranschluß gehört also der allgemeine, über ein Anschlußnetz bereitgestellte, (a) physische und (b) logische Netzzugang.

a. Physischer Netzzugang

Der physische Netzzugang umfaßt die Verbindung der Drähte des Anbieternetzes mit den Drähten der Netzabschlußeinrichtung (TAE) beim Kunden. Er wird beim Telefonanschluß letztendlich durch die - im Leistungsumfang der Anbieter freilich nicht (mehr) enthaltene, sondern vom Endkunden selbst vorzunehmende - physikalische Verbindung des Telefonkabelsteckers mit den Kontakten der Telefonanschlußdose mit entsprechender Netzschnittstelle hergestellt¹⁸².

b. Logischer Netzzugang

Die mit dem Netz physikalisch verbundene Anschalteinrichtung setzt den Endbenutzer noch nicht in die Lage, auf die Funktionen des Telekommunikationsnetzes und die darüber erbrachten Dienste zuzugreifen. Der Netzzugangs kann daher nicht allein durch die physikalische Anschaltung ver-

¹⁷⁹ Vgl. hierzu ausdrücklich: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906), I.2. Satz 2: "*Unter 'Anschluß' ist der für die Nutzung erforderliche Zugang und die Freischaltung der Teilnehmerrufnummer in der Vermittlungseinrichtung bei Talkline zu verstehen.*" (In den AGB, ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706, nicht mehr enthalten).

¹⁸⁰ Vgl. § 3 Nr. 21 TKG.

¹⁸¹ Dieser Differenzierung zwischen allgemeinem und besonderem Netzzugang folgt § 35 TKG. Gemäß § 1 Abs. 2 der Netzzugangsverordnung (NZV) ist der besondere Netzzugang dadurch gekennzeichnet, daß er durch einen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen oder einen Betreiber von Telekommunikationsnetzen nachgefragt wird, um selbst Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten. Der besondere Netzzugang und damit die Regelungen der NZV betreffen also nicht das Verhältnis der Anbieter zu den Endkunden und können daher nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.

¹⁸² Siehe BeckTKG- Komm- Piepenbrock § 35 Rn. 5.

schafft werden. Der Anbieter von Ortsverbindungen muß vielmehr auch für eine logische Verbindung des Endkunden mit dem Netz sorgen¹⁸³.

aa. Rufnummer

Wichtiger Bestandteil des logischen Netzzugangs und unabdingbare Voraussetzung für die Nutzung von Sprachkommunikationsdienstleistungen¹⁸⁴ ist die Rufnummer des Teilnehmeranschlusses. Denn nur nach der Adressierung¹⁸⁵ des Anschlusses durch Zuteilung einer Nummer ist der Kunde selbst erreichbar und in der Lage, andere Teilnehmer anzurufen.

bb. Freischaltung

Schließlich muß der Teilnehmeranschluß in den Vermittlungsstellen des Anbieters als zugangsberechtigt identifiziert werden. Dazu dient die Freischaltung, die ebenfalls Bestandteil des logischen Netzzugangs ist.

2. Einrichtung des Teilnehmeranschlusses

Die für die Teilnahme am Sprachtelefondienst notwendige Einrichtung des Teilnehmeranschlusses wird zum Teil zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden ausdrücklich vereinbart¹⁸⁶. Andere Anbieter versprechen allein die Überlassung des Teilnehmeranschlusses¹⁸⁷ oder der "Telekommunikationsinfrastruktur"¹⁸⁸. Auch die Umsetzung jener Leistungsverpflichtung setzt jedoch die Einrichtung des Netzzugangs voraus.

¹⁸³ Der Zugang zum Netz umfaßt telekommunikationsrechtlich auch die erforderlichen Dienstleistungen wie Entstörungsdienst und die Einhaltung bestimmter Qualitätsparameter etc. (vgl. BeckTKG- Komm- Piepenbrock § 35 Rn. 8.). Das bedeutet aber nur, daß aus der Eröffnung des Netzzugangs zusätzliche Pflichten resultieren, ohne daß die Gewährung des Netzzugangs selbst die Erfüllung dieser Pflichten bewirkt. Die einzelnen Telekommunikationsdienstleistungen bedürfen also einer differenzierten Behandlung.

¹⁸⁴ So Begründung der Bundesregierung zur TKV, § 20, BR-Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997.

¹⁸⁵ Vgl. die Definition für "Nummern" in § 3 Nr. 10 TKG.

¹⁸⁶ Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.2.; Auftragsformulare der Firma VEW Telnet ("Neuanschluß").

¹⁸⁷ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 3.1..

¹⁸⁸ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793), Ziffer 3.2..

Allen Verträgen ist damit die Verpflichtung zur Herstellung des Teilnehmeranschlusses immanent¹⁸⁹.

a. Herstellung des physischen Netzzugangs

Zur Herstellung des physischen Netzzugangs bedarf es zunächst der physikalischen Verbindung von Netzknoten und Netzabschlußeinrichtung.

aa. Tatsächliche Umsetzung der Leistungsverpflichtung

Die zur Erfüllung dieser Leistungsverpflichtung erforderlichen Maßnahmen des Anbieters differieren je nach Art der beim Endkunden bereits vorhandenen Infrastruktur:

Soweit Betriebsstätte oder Wohnung des Endkunden mit Telekommunikationsinfrastrukturen noch nicht erschlossen sind oder (selten) neben einer bestehenden eine weitere Infrastruktur aufgebaut werden soll, muß zur Herstellung des physischen Netzzugangs beim Endkunden in der Nähe der Erst-Endeinrichtung ein zur Anschaltung von Endgeräten geeigneter Netzabschlußpunkt eingerichtet werden, der mit dem Vermittlungsknoten im Netz des Anbieters über eine Teilnehmeranschlußleitung verbunden ist¹⁹⁰. Das bedeutet, daß der Anbieter Installationsarbeiten vorzunehmen, insbesondere ein Telekommunikationskabel zu verlegen hat, das vom letzten Netzknotenpunkt über das Grundstück in das Gebäude führt, in dem der Anschluß benutzt werden soll, und dort an einer vom Anbieter zu installierenden Netzabschlußeinheit endet.

Sind dagegen die Infrastrukturen auf der "letzten Meile" bereits vorhanden, kann auf den vorhandenen physischen Netzzugang zurückgegriffen werden. Wenn der physische Zugang zu dem vom vorherigen Anschlußinhaber gewählten Ortsnetz beibehalten werden soll, entfällt die Herstellung eines neuen physischen Netzzugangs; der betriebsbereite Anschluß wird übernommen¹⁹¹. Soll dagegen der Zugang zum Netz eines anderen Anbieters hergestellt werden, müssen die Drähte der Endleitung mit den Netzeinrichtungen des neuen Anbieters verbunden, also physisch aus dem

¹⁸⁹ Diese wird freilich wegen divergierender tatsächlicher Erfordernisse unter den Parteien gesondert geregelt und ist vom Endkunden auch separat zu vergüten.

¹⁹⁰ Vgl. z.B.: Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.2., die im übrigen auf besondere Regelungen über die "Standard-installation" verweisen.

¹⁹¹ Siehe z.B.: Deutsche Telekom AG Preisliste Telefondienst (Telefonanschluß) (ABl. RegTP 1999, Anlage 2 zur Mitteilung Nr. 68/1999), Ziffern 3.2. (Installation), 2. (Übernahme von betriebsfähigen Telefonanschlüssen).

bisherigen Netz herausgetrennt und auf das neue Netz umgeklemmt werden¹⁹².

bb. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund: Normierung

Bei der Installation des Anschlusses muß der Anbieter gesetzlichen Normierungen Rechnung tragen: In teilweiser Umsetzung der Vorgaben der ONP- Richtlinie¹⁹³ bestimmt § 13 Abs. 1 TKV für die Ausgestaltung der Bereitstellung und Nutzung allgemeiner Netzzugänge, daß bestimmte durch die in Bezug genommenen ONP- Vorschriften normierte Schnittstellen-spezifikationen zu beachten sind, der Zugang mit einer räumlich frei zugänglichen Schnittstelle zu versehen und an einer geeigneten, mit dem Endkunden zu vereinbarenden Stelle zu installieren ist¹⁹⁴.

b. Herstellung des logischen Netzzugangs

Neben der Installation des physischen Netzzugangs gehört zu Errichtung des Teilnehmeranschlusses die logische Verbindung des Endkunden mit dem Telekommunikationsnetz, also die Rufnummernzuteilung und die Freischaltung.

aa. Tatsächliche Umsetzung der Leistungsverpflichtung

Während die Freischaltung durch eine Schaltung in der Vermittlungseinrichtung stets gleichförmig erfolgt, ist hinsichtlich der Rufnummern-zuteilung zu unterscheiden: War der Endkunde im betreffenden Ortsnetz-bereich bereits Teilnehmer, kann er nach den Grundsätzen der Rufnum-

¹⁹² Anbieter, die Teilnehmeranschlüsse von marktbeherrschenden Unternehmen übernehmen wollen, können gemäß § 3 NZV zu diesem Zweck vom Recht der Kollokation Gebrauch machen. Das heißt, sie übernehmen die Teilnehmeranschlüsse in Form von physikalischen Anschlußleitungen oder logisch geschalteten Kanälen, indem sie ihre Einrichtungen zur Bündelung der Verkehrs- und Signalisierungskanäle (Multiplexer, Konzentratoren) sowie die Abschlußeinrichtungen der Übertragungswege von und zu ihren Vermittlungseinrichtungen in den Räumen des marktbeherrschenden Unternehmens unterbringen.

¹⁹³ Die insoweit zu beachtende Richtlinie zur Einführung des offenen Netzzugangs beim Sprachtelefondienst (95/62/EG, nunmehr ersetzt durch Richtlinie 98/10/EG vom 26.2.1998, ABl. Nr. L 101/24) regelt zudem in Art. 3 die Bereitstellung des Dienstes, den Anschluß von Endeinrichtungen und die Nutzung des Netzes sowie in Art. 22 Zugangs- und Nutzungsbedingungen.

¹⁹⁴ § 13 TKV sieht zudem vor, daß dem Endkunden eine netzseitige Sperrung bestimmter Rufnummern ermöglicht werden muß, allgemeine Zugänge zum öffentlichen Telekommunikationsnetz die Möglichkeit des Zugangs zu Vermittlungs- und Unterstützungsdiensten und Auskunftsdiensten eröffnen müssen, der Kunde eines marktbeherrschenden Anbieters im Rahmen der technischen Durchführbarkeit verlangen kann, daß über den allgemeinen Netzzugang im Rahmen der datenschutzrechtlichen Bestimmungen die Anzeige der Teilnehmerrufnummer des Anrufenden und eine direkte Durchwahl möglich sind und der Endkunde eine Kündigungserklärung gegenüber dem neuen Anbieter abgeben kann. Vgl. dazu im einzelnen nachfolgend unter VIII.

mernportabilität seine bisherige Rufnummer weiter verwenden. Wird er erstmals angeschlossen, hat er gemäß § 20 Abs. 2 TKV einen Anspruch auf (diskriminierungsfreie) schriftliche Zuteilung einer neuen Rufnummer. Dieser richtet sich gegen den Anbieter.

bb. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund:

Rufnummernverwaltung

Nach § 43 Abs. 1 S. 1 TKG obliegen Aufgaben der Nummernverwaltung jedoch vorrangig der Regulierungsbehörde, die die Rufnummern schafft und verteilt. Um dem Endkunden eine Rufnummer verschaffen zu können, muß der Anbieter in eigenem Namen bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Zuteilung von Rufnummernblöcken im Ortsnetzbereich stellen. Auch nach Zuteilung bleiben die Nummern öffentliches Gut¹⁹⁵. Der Anbieter kann im Rahmen des in § 43 Abs. 3 TKG näher ausgestalteten Verfahrens lediglich ein zweckgebundenes Nutzungsrecht an den zugeteilten Nummern erlangen (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 1 TKG). In Ausübung und in den Grenzen dieses kraft Verwaltungsaktes originär erlangten Nutzungsrechtes vergibt der Anbieter dann schriftlich die Nummer an den Endkunden, der sie also im Wege abgeleiteter Zuteilung erhält, § 20 Abs. 1 TKV. Gemäß § 20 Abs. 2 TKV erwirbt der Endkunde damit ein vom Anbieter unabhängiges dauerhaftes Nutzungsrecht an der Teilnehmerrufnummer¹⁹⁶. Das Nutzungsrecht ist allerdings nicht übertragbar und steht unter dem Vorbehalt der Bedingungen nach § 43 Abs. 2 TKG. Insbesondere bei Umzug in ein anderes Ortsnetz und nach Kündigung "des Anschlusses" steht dem Kunden das Nutzungsrecht deshalb nicht zu¹⁹⁷.

cc. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund:

Rufnummernportabilität

Hat der Kunde bereits eine Teilnehmeranschlußnummer im selben Ortsnetz, erfolgt die Zuteilung einer neuen Rufnummer nur auf seinen Wunsch. Der Kunde kann die Nummer beim Wechsel des Anbieters auch behalten (Portierung). § 43 Abs. 5 Satz 1 TKG sichert dieses Recht ab. Nach dieser Vorschrift hat jeder Netzbetreiber sicherzustellen, daß dem Endkunden die ihm zugeteilte Nummer erhalten bleibt, wenn er den Betreiber wechselt, ohne den Standort zu ändern.

¹⁹⁵ ABl. C. 371 vom 9.12.1996, S. 22.

¹⁹⁵ Vgl. BeckTKG- Komm- Mellewig § 43 Rn. 7.

¹⁹⁶ Die Rufnummer sind dem Kunden grundsätzlich auf Dauer zugeteilt. Maßnahmen oder Entscheidungen der Regulierungsbehörde nach § 43 TKG und der dazu ergangenen Verfahrensregelungen, die eine Änderung der Rufnummer erfordern, darf der Anbieter jedoch im Verhältnis zum Kunden entschädigungslos umsetzen. Ebenso berechtigen unrichtige Angaben des Kunden zur Rufnummernänderung.

¹⁹⁷ Begründung der Bundesregierung zur TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24.7.1997, § 20.

Die Nummernportabilität, die dem Kunden erhebliche Wechselkosten (z.B. für die Änderung von Visitenkarten, Briefpapier oder die Schaltung einer automatische Ansage mit Hinweis auf die neue Nummer) erspart, ist wichtige Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Sie kann nach § 43 Abs. 5 Satz 2 TKG von der Regulierungsbehörde nur ausgesetzt werden, solange und soweit dadurch der Wettbewerb auf einzelnen Märkten und die Interessen der Verbraucher nicht wesentlich behindert werden¹⁹⁸. Gemäß § 20 Abs. 3 TKV ist der Festnetzbetreiber jedoch, worauf die Anbieter in ihren AGB regelmäßig hinweisen¹⁹⁹, berechtigt, die Rufnummer zu ändern, wenn er dazu aufgrund behördlicher Maßnahmen veranlaßt wird oder dem Kunden die Rufnummer aufgrund einer unrichtigen Angabe zugeteilt wurde.

Ungeachtet der tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung der Rufnummer, kommt dem an bestehenden Nutzungsrecht in der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden eine selbständige Bedeutung nicht zu. Das wesentliche Leistungsprogramm des Anbieters von Ortsverbindungen wird nämlich durch derartige Rechte des Endkunden weder beschränkt noch erweitert: Dem Anbieter von Ortsverbindungen obliegt es, den Teilnehmeranschluß mit ordnungsgemäßer Adressierung herzustellen, sei es, daß die Rufnummer übernommen, sei es, daß sie neu erteilt wird.

3. Überlassung des Teilnehmeranschlusses

Ergebnis der bisher ermittelten Leistungsverpflichtung des Anbieters, den Teilnehmeranschluß einzurichten, ist eine beim Endkunden installierte Netzabschlußeinrichtung, die über ein Telekommunikationskabel mit dem Netzknoten im Netz des Anbieters verbunden ist sowie die Existenz eines adressierten, freigeschalteten allgemeinen Zugangs zum Ortsnetz.

¹⁹⁸ Die Kosten der Rufnummernportabilität sind in § 43 Abs. 5 Satz 1 TKG abschließend geregelt. Bei der Portierung wird durch Umprogrammierung der dem jeweiligen Anschluß zugewiesenen Vermittlungssoftware sichergestellt, daß der Kunde bei einem anderen Teilnehmernetzbetreiber unter der alten Rufnummer zu erreichen ist. Nur die einmaligen kundenspezifischen Einrichtungskosten, die durch die Portierung einer bestimmten Nummer entstehen, dürfen auf den Kunden abgewälzt werden. Demgegenüber hat der Netzbetreiber die Kosten, die er dafür aufwenden muß, daß er die Portierung in seinem Netz technisch gewährleisten kann (Netzkonditionierungskosten), selbst zu tragen. Dasselbe gilt für die nicht geregelte Frage, wer die Kosten zu tragen hat, die beim Verbindungsaufbau zusätzlich entstehen, wenn eine Nummer bereits portiert ist. In der Praxis übernimmt der neue Anbieter diese Kosten. Im Verhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden werden daher Vereinbarungen über diese Kosten nicht getroffen.

¹⁹⁹ Vgl. auch den Formulierungsvorschlag bei Imping, CR 1999, 425, 428.

a. Überlassung der Infrastruktur für den physischen Netzzugang

Als Eigentümer der Gegenstände, die den physischen Netzzugang vermitteln, könnte der Endkunde mit diesen Sachen unabhängig vom Anbieter auf Dauer beliebig verfahren (§ 903 BGB).

Durch die Installation des Anschlusses durch den Anbieter²⁰⁰ wird der Kunde jedoch nicht Eigentümer der Einrichtungen, die ihm den physischen Netzzugang gewähren. Vielmehr bleibt selbst der Teil des Anschlußnetzes, der sich auf dem Grundstück des Endkunden bzw. des dinglich Berechtigten befindet, also Netzabschlußstecker und Anschlußdose sowie ein Teil der Anschlußleitung, Eigentum des Anbieters.

Für eine Übertragung des Eigentums nach den §§ 929 ff. BGB fehlt es nämlich an der Einigung zwischen dem Kunden und dem bisherigen Eigentümer: Der Anbieter will dem Endkunden nicht das Eigentum an den Netzeinrichtungen verschaffen. Häufig wird - im Gegenteil - ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die zur Einrichtung des Anschlusses gelieferten Sachen im Eigentum des Anbieters verbleiben²⁰¹. Auch in die Grundstückseigentümergeklärung ist gemäß Anlage 1 zur TKV ein Passus aufzunehmen, wonach der Netzbetreiber im Rahmen der Zumutbarkeit verpflichtet und berechtigt ist, die von ihm errichteten Vorrichtungen binnen Jahresfrist nach der Kündigung zu entfernen²⁰².

Ein - unabhängig von einer solchen Vereinbarung und auch ungeachtet eines widersprechenden Vorbehalts eintretender - Erwerb des Eigentums an den Einrichtungen nach § 946 BGB, also durch Verbindung mit dem Grundstück, scheidet daran, daß der Teilnehmeranschluß nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstückes ist. Das ergibt sich aus § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift sind solche Sachen nicht wesentliche Bestandteile eines Grundstücks, die zu einem vorübergehenden Zweck in

²⁰⁰ Eine andere Eigentumslage gilt hinsichtlich solcher Teile des Anschlußnetzes, die der Endkunde - wie etwa das selbst installierte hausinterne Leitungsnetz - selbst geschaffen hat. Diese Einrichtungen stehen von vornherein im Eigentum des Endkunden. Daß der Endkunde die gesamte für den Netzzugang erforderliche Telekom-munikationsinfrastruktur aus eigenen Mitteln errichtet, kommt allerdings praktisch nicht vor. Der Endkunde muß zumindest für die Verbindung vom letzten Netzknoten-punkt zum anzuschließenden Grundstück auch auf Einrichtungen zugreifen, die vom Anbieter gestellt werden und nicht Eigentum des Endkunden sind.

²⁰¹ Vgl.: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 3.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3243), Ziffer 3.1..

²⁰² Vgl. Anlage 1 der TKV.

das Grundstück eingefügt werden. Da der Wille der Telekommunikationsdienstleister bei Installation der Anlagen erkennbar darauf gerichtet ist, die Verbindung der Telekommunikationseinrichtungen mit dem Grundstück nur für die Dauer des Rechtsverhältnisses über den Teilnehmeranschluß aufrechtzuerhalten und diese nach Beendigung des Vertrages nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen zu lassen, sind die Einrichtungen zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt und damit als Scheinbestandteil nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks²⁰³.

Da also die vom Anbieter zur Verfügung gestellten Vorrichtungen für den physischen Netzzugang im Eigentum des Anbieters verbleiben, müssen dem Endkunden, damit er vom Anschluß profitieren kann, die zur Herstellung des physischen Netzzugangs erforderlichen Einrichtungen "überlassen" werden. Schon aus diesem Grund finden sich in allen Verträgen Vereinbarungen, wonach dem Endkunden der Teilnehmeranschluß²⁰⁴ oder die Telekommunikationsinfrastruktur oder gar das Telekommunikations-netz²⁰⁵ zur "Nutzung überlassen" wird.

b. Überlassung des logischen Netzzugangs

Allein wird die Überlassung des physischen Zugangs zum Netz den Interessen des Endkunden aber auch noch nicht gerecht. Daneben ist die auf einige Dauer angelegte Überlassung der für den logischen Netzzugang erforderlichen Infrastruktur und Rechte Voraussetzung zur Realisierung des Vertragszwecks. Deshalb verpflichtet sich jeder Anbieter von Ortsver-

²⁰³ Dieselbe Rechtswirkung ergibt sich dagegen nicht aus § 57 TKG i.V.m. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB gehören zwar auch solche Sachen nicht zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks, die in Ausübung eines (dinglichen) Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grundstück verbunden worden sind. § 57 Abs. 1 TKG gewährt ein solches Recht jedoch nicht. Diese Vorschrift regelt das Recht zur Inanspruchnahme fremder Grundstücke zur Errichtung von Telekommunikationslinien. Telekommunikationslinien sind die Zusammenfassung einzelner Kabel in einer Trasse, nicht einzelne Kabel. § 57 TKG berechtigt daher zum Netzausbau als solchem, nicht aber zur Anschließung eines einzelnen Grundstücks. Die Erschließung des Grundstücks erfolgt somit nicht in Ausübung des Rechtes aus § 57 TKG.

²⁰⁴ Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma tesion (ABl. RegTP 1998, 308), Ziffer 1.1. in Verbindung mit Ziffer 5 (Besondere Geschäftsbedingungen der Firma tesion für das Produkt "tesion direct") und Ziffer 5.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 1506/1999), Ziffer 3.1..

²⁰⁵ So: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("tesion") (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308), Ziffer 1.1..

bindungen, für die Laufzeit des Rechtsverhältnisses den Anschluß freizuschalten und die Rufnummer in den aufgezeigten Grenzen zu "überlassen"²⁰⁶.

4. Einordnung der Leistungsverpflichtungen

Zweck der Herstellung des physischen und logischen (allgemeinen) Netzzugangs ist es, die Voraussetzungen für die von den Anbietern explizit versprochene Überlassung des Teilnehmeranschlusses zu schaffen. Die Installation des Teilnehmeranschlusses ist damit als Vorbereitungshandlung für dessen Überlassung anzusehen, so daß ihr grundsätzlich²⁰⁷ keine eigenständige Bedeutung zukommt²⁰⁸.

Auch mit der "Überlassung" des Anschlusses ist das den Vertragszweck konstituierende Interesse des Endkunden, jederzeit telefonieren zu können, nicht zu befriedigen²⁰⁹. Es ist nämlich entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung²¹⁰ nicht richtig, daß der Endkunde aufgrund des durch den überlassenen Teilnehmeranschluß vermittelten Zugangs zum Netz anrufen kann und angerufen werden kann. Ohne die Tätigkeit der Transport- und Vermittlungseinrichtungen in dem Netz, zu dem der Zugang verschafft wird, ist Telekommunikation vielmehr weder als Angerufener noch als Anrufer möglich. Arbeiten die Telekommunikationseinrichtungen im angeschlossenen Ortsnetz nicht, ist auch der höchst entwickelte Anschluß "tot" und damit für den Endkunden wertlos. Vereinbarungen allein über den Anschluß, die nicht zugleich der Durchführung des Rechtsverhältnisses über die vermittels des Anschlusses zu bewirkenden (weiteren)

²⁰⁶ Zum Beispiel: Allgemeine Bedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH für die Bereitstellung von Festnetzzugängen und Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 104/98, S. 1465), Ziffer 3.1.; Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.

²⁰⁷ Im Einzelfall kann die Herstellung des Teilnehmeranschlusses Gegenstand eines Werkvertrages sein. Das setzt voraus, daß die Parteien gerade über den Anschluß gesonderte Vereinbarungen treffen. Vgl. dazu: OLG Hamm NJW-RR 1995, 218 ff. und die Erörterung dieses Urteils durch das AG Chemnitz ArchivPT 1996, 64, 65.

²⁰⁸ Zutreffend insoweit: AG Chemnitz ArchivPT 1996, 64, 65 (mit zustimmenden Anmerkungen Statz).

²⁰⁹ Ganz anders könnte das Rechtsverhältnis einzustufen sein, wenn ein Anbieter allein die Überlassung des Teilnehmeranschlusses schulden würde und ein anderer für den Transport und die Vermittlung von Sprache verantwortlich wäre. Dann könnte wohl dem Zugang zum Netz und den (übrigen) Netzfunktionen jeweils eigenständige Bedeutung zugemessen werden. Eine derartige Trennung des Angebotes von Netzzugang und Telekommunikationsnetz gibt es jedoch nicht. Der Anbieter von Ortsverbindungen erbringt sämtliche das Ortsnetz betreffende Leistungen zwingend aus einer Hand.

²¹⁰ Korf, CR 1995, 518, 519.

Telekommunikationsdienstleistungen dienen sollen, können den Zweck des "Teilnehmeranschlußvertrages" nicht erfüllen²¹¹. Für solche Abreden fehlt jedes praktische und rechtliche Interesse, weil der Anschluß ungenutzt bliebe und seine Einrichtung eine Fehlinvestition wäre²¹². Die Dienstleistungen, nicht aber der sie vermittelnde Teilnehmeranschluß, sind Gegenstand des Kundeninteresses²¹³.

Die Überlassung des Teilnehmeranschlusses ist sonach ebenso wie dessen Errichtung eine dem Zweck des Vertrages dienende Nebenleistung, der keine eigenständige Bedeutung zukommt. In unzweideutiger Konkordanz mit dieser Erkenntnis bestimmt § 3 Nr. 9 TKG, daß der durch den Teilnehmeranschluß realisierte Netzzugang lediglich dem Zweck "des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen" dient, nicht aber selbst die maßgebliche Telekommunikationsdienstleistung, sprich Sprachtelefondienstleistung ist.

IV. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern

Als für die Rechtsbeziehung wesentliche Leistung vereinbaren Anbieter und Endkunde dementsprechend auch nicht die Errichtung und Überlassung des Teilnehmeranschlusses, sondern die unter Inanspruchnahme des Teilnehmeranschlusses zu bewirkende Telekommunikationsdienstleistung. In Übereinstimmung mit der Definition des Sprachtelefondienstes und unter Berücksichtigung der Interessen des Endkunden, ist die maßgebliche Dienstleistung zu erkennen in der vom Anbieter jederzeit zu erfüllenden Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß Sprache vom und zum Endkundenanschluß vermittelt und transportiert wird, sei es, daß der Endkunde einen anderen Teilnehmer anruft, sei es, daß er angerufen wird.

Diese Anbieterverpflichtung ist anhand der Parteivereinbarungen unter Beachtung der Interessenlage beider Parteien zu präzisieren und unter dem Gesichtspunkt der von den Parteien in Kauf genommenen Risiken unter Würdigung der branchenspezifischen Verkehrsauffassung einzuschränken:

1. Vermittlung vom "eigenen" Anschluß zu anderen Anschlüssen - Anrufen

Um Sprache innerhalb des Ortsnetzes transportieren zu können, muß bei jeder Wahl der Rufnummer eines anderen Ortsnetzanschlusses der An-

²¹¹ So auch Biletzki, VuR 1999, 35.

²¹² Es besteht keine Veranlassung, den Zugang zum Netz anders zu beurteilen, als jeden anderen "Zugang", also etwa zu einem Supermarkt.

²¹³ Ähnlich schon Scholz, Gruchot, Bd 52, S. 359, 361 für den "Telephonapparat": "Aber es handelt sich doch nicht um einen Zauberapparat!"

schluß des Anrufers mit dem angewählten Teilnehmeranschluß verbunden werden²¹⁴.

Dementsprechend verpflichtet sich der Anbieter von Ortsverbindungen, immer dann eine Verbindung vom Anschluß des Anrufers über das Ortsnetz zum Zielanschluß zu errichten, wenn am Endkundenanschluß die Rufnummer eines anderen Ortsnetzanschlusses gewählt wird. Alle Verträge enthalten Klauseln, kraft derer der Anbieter verpflichtet ist, dem Kunden "*sämtliche Verbindungen innerhalb des Ortsnetzes herzustellen*"²¹⁵ oder dem Endkunden (vermittels Verfügung über den Teilnehmeranschluß) die Möglichkeit einzuräumen, vom Anschluß aus "*Verbindungen herstellen zu lassen*"²¹⁶ oder auch selbst "*herzustellen*"²¹⁷.

2. Vermittlung von anderen Anschlüssen zum "eigenen" Anschluß - Angerufen werden

Korrelierend mit dieser Verpflichtung zur Herstellung von Telefonverbindungen zu anderen Anschlüssen sehen die Verträge auch vor, daß der Anbieter dem Endkunden (als Angerufener) jederzeit den Empfang eingehender Telefonate zu ermöglichen hat²¹⁸, was etwa in der Formulierung zum Ausdruck kommt, daß vom Anbieter Telefonverbindungen "*zum*

²¹⁴ Zum Vermittlungsbegriff siehe schon oben in der Einleitung § 2 A.

²¹⁵ Leistungsbeschreibung "EweTel phone- Dienstleistungen" der Firma EWE TEL (Produkt "EweTel direct"), Ziffer 3 (nunmehr geändert durch Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804).

²¹⁶ Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3..

²¹⁷ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Hamcom GmbH Telekommunikation für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 92/1998, S. 1374), Ziffer 4 b; allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3234), Ziffer 3.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 3.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 2.2.; allgemeine Bedingungen der Wobcom GmbH Wolfsburg für Sprachkommunikationsdienstleistungen Wobphone direct (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 157/1999, S. 1198), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 4.2..

²¹⁸ Im Fachjargon wird die Ablieferung von Telekommunikationsverbindungen bei den eigenen Kunden als "Terminierung" bezeichnet.

Endkunden über das Netz herzustellen sind"²¹⁹ oder dem Endkunden die Möglichkeit eingeräumt wird, "Verbindungen entgegenzunehmen"²²⁰.

3. Aufrechterhaltung der Verbindung - Sprechen und Hören

Die bloße Herstellung einer Verbindung zwischen zwei Anschlüssen vermag der Interessenlage des Anrufers wie des Angerufenen aber auch noch nicht gerecht zu werden²²¹: Der hergestellte Kontakt zwischen beiden Teilnehmern muß vielmehr - da die Gesprächspartner "*ja auch noch Zeit zum Telefonieren brauchen*"²²² - solange aufrechterhalten werden, bis ein Teilnehmer den Unterbrecherkontakt betätigt. Und insbesondere muß die Verbindung für die Dauer ihres Bestandes Anrufer und Angerufenem gleichermaßen Sprachkommunikation ermöglichen, müssen die von den Teilnehmern ausgesandten Sprachsignale vom und zum jeweils anderen Anschluß so transportiert werden, daß mit Hilfe der Endgeräte Sprachaustausch stattfinden kann. Der Anbieter schuldet also neben der Herstellung einer Verbindung deren Aufrechterhaltung für die von beiden Teilnehmern

²¹⁹ Leistungsbeschreibungen "EweTel phone- Dienstleistungen" der Firma EWE TEL (Produkt "EWE TEL direct"), Ziffer 3 (nunmehr geändert Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804).

²²⁰ So: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 3.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Hamcom GmbH Telekommunikation für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 92/1998, S. 1374), Ziffer 4 b; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 3.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 2.1.; Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 4.2.. Für die unter 1 und 2 dargestellten Leistungen überwiegt die folgende Formulierung: Der Anbieter "*stellt dem Kunden ... einen allgemeinen, d.h. für jeden möglichen Nutzer bereitgestellten Netzzugang zum öffentlichen Telekommunikationsfestnetz zur Verfügung. Der Kunde kann den Netzzugang zum Anschluß von ...*" Endgeräten "*... nutzen. Mit Hilfe solcher Endeinrichtungen kann der Kunde Telekommunikationsverbindungen entgegennehmen oder zu anderen Anschlüssen herstellen.*"

²²¹ A.A. wohl Imping, CR 1999, 425, 426, der (nur) die Herstellung der Telefonverbindung zu den wesentlichen Vertragspflichten des Netzbetreibers zählt.

²²² So schon Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, S. 33.

gewünschte Dauer²²³ sowie - in einem von den Teilnehmern zu bestimmenden Umfang - den Transport von Sprache über diese Verbindung.

4. Durch Auslegung zu gewinnende Leistungsbeschränkung

Das Versprechen des Anbieters, jederzeit Verbindungen vom und zum Teilnehmeranschluß zu errichten, könnte so verstanden werden, daß der Anbieter dem Endkunden stets von jedem beliebigen entfernten Anschluß aus eine Verbindung bis zu "seinem" Teilnehmeranschluß herstellen muß, wenn der entfernte Teilnehmer die Rufnummer des Anschlusses des Endkunden wählt, und daß der Anbieter auch dafür einzustehen hat, daß vom Anschluß des Endkunden eine Verbindung zu jedem beliebigen Anschluß innerhalb des Ortsnetzes hergestellt wird, wann immer der Endkunde diesen entfernten Anschluß anwählt²²⁴.

Eine solche uneingeschränkte Leistungsverpflichtung kann jedoch bei Abwägung der von den Parteien in Betracht zu ziehenden Risiken nach der Verkehrsauffassung nicht gewollt sein: Daß ein Anspruch des Endkunden auf Errichtung einer Verbindung selbstverständlich nicht besteht, wenn am angerufenen Anschluß niemand und nichts bereit ist, den Anruf entgegenzunehmen, die Übertragungsbereitschaft also nicht hergestellt wird, oder der Anschluß vom Zielteilnehmer selbst gebraucht wird, die Leitung somit "besetzt" ist, bedarf keiner Erörterung. Auch unter dieser Einschränkung könnte aber jeder Endkunde die Nichterfüllung der ihm gegenüber bestehenden Anbieterpflichten geltend machen, wenn sich herausstellt, daß an irgendeinem entfernten Anschluß der Aufbau abgehender Verbindungen respektive der Empfang ankommender Anrufe überhaupt nicht möglich ist und der Endkunde infolgedessen von diesem einzelnen Anschluß aus trotz eigener Empfangsbereitschaft nicht erreichbar ist und diesen Anschluß auch nicht erreichen kann. Das hätte zur Folge, daß der Anbieter gegenüber jedem Anschlußinhaber dafür einzustehen hätte, daß sämtliche Teilnehmeranschlüsse des Ortsnetzes jederzeit funktionsfähig sind.

Die Übernahme eines derart weitreichenden Haftungsrisikos ist dem Anbieter nicht zuzumuten. Auch nach dem Willen beider Parteien soll ein Endkunde

²²³ Ähnlich lautet - freilich zur Normierung von Voraussetzungen für die Weitergabe von Daten - die Formulierung in § 89 Abs. 2 Nr. b TKG. In den Geschäftsbedingungen findet sich eine ausdrückliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Verbindung nicht. Es wird - zum Beispiel in der Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3. - lediglich darauf hingewiesen, daß die Verbindungen "*der Vermittlung von Sprache dienen*", was indes eine entsprechende Verbindungsdauer voraussetzt.

²²⁴ So wohl H. Redeker, Vertragsgestaltung für die Benutzung privater Telematikdienste in: Scherer [Hrsg.], Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, S. 111, 122.

keine Rechte daraus herleiten können, daß es ihm nicht gelingt, einen anderen Teilnehmer zu erreichen, weil allein dessen Anschluß nicht funktionstauglich ist. Die Verpflichtung, Verbindungen zu anderen Teilnehmeranschlüssen herzustellen, steht daher unter dem - durch Auslegung zu gewinnenden - Vorbehalt, daß das Zielterminal nebst Teilnehmeranschluß zum Empfang eingehender Anrufe funktionsfähig bereitsteht. Entsprechend wird dem Endkunden nur zugesagt, jederzeit solche Anrufe störungsfrei entgegennehmen zu können, die von einem entfernten Anschluß aus mit der betreffenden Adressierung bis zu "seinem" Teilnehmeranschluß vorgedrungen sind²²⁵.

Schließlich unterliegt der Umfang der Leistungsverpflichtung des Anbieters dem allgemeinen Maßstab der Verkehrsauffassung, der zu Einschränkungen der Verpflichtungen etwa in den Fällen führen kann, in denen mit einem reibungslosen Verbindungsaufbau nicht zu rechnen ist. Zu denken ist insoweit an geläufige Beschränkungen der Netzkapazitäten, insbesondere zu Spitzenzeiten²²⁶.

5. Ausdrückliche Leistungsbeschränkungen

Darüber hinaus versuchen einige Anbieter ihre Leistungsverpflichtung ausdrücklich einzuschränken, indem sie darauf hinweisen, daß die Telekommunikationsverbindungen mit einer "*mittleren Durchlaßwahrscheinlichkeit von 97,0 %*" hergestellt werden, so daß aufgrund der wirtschaftlichen Dimensionierung des Netzes der Endkunde damit rechnen müsse, daß eine Verbindung nicht jederzeit bereitgestellt wird²²⁷.

6. Gläubiger der Anbieterleistung

Als für das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden wesentliche Anbieterleistungen haben sich bisher herauskristallisiert: Die Verpflichtung, dem Endkunden jederzeit Verbindungen zu anderen funktionierenden Anschlüssen innerhalb des Ortsnetzes herzustellen, und zwar sowohl in dem Fall, daß der Endkunde einen anderen Ortsnetzanschluß wählt, als auch in dem Fall, daß ein Anruf bis zum Teilnehmeranschluß des Endkunden vorgedrungen ist, sowie die

²²⁵ Freilich gilt diese Einschränkung nur insoweit, als unter Berücksichtigung der Eigenarten des Mediums „Telekommunikation“ nach der Verkehrsauffassung mit dem Ausfall einzelner Anschlüsse zu rechnen ist. Der Ausfall aller Zielanschlüsse etwa wäre durch die einschränkende Auslegung nicht mehr gedeckt.

²²⁶ So ist, um ein eklatantes Beispiel herauszugreifen, mit einem ordnungsgemäßen Verbindungsaufbau just im Zeitpunkt des Jahreswechsels nicht unbedingt zu rechnen.

²²⁷ Exemplarisch: Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3..

Verpflichtung, die ausgesandten Sprachsignale über diese Verbindung, die für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer vom Anbieter aufrechterhalten ist, vom und zum jeweils anderen Endkunden zu transportieren.

Da Herstellung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung wie Sprachtransport beiden "Gesprächs-" teilnehmern zugute kommen, fragt sich, ob diese Anbieterleistungen allein gegenüber dem Anrufer, dem Angerufenen oder (womöglich im Sinne eines (echten) Vertrages zugunsten Dritter) gegenüber Anrufer und Angerufenem gleichermaßen geschuldet sind.

Die Beantwortung dieser Frage richtet sich maßgeblich nach dem bei Vertragsschluß vereinbarten Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, also nach der Frage, wer für die jeweilige Anbieterleistung eine Gegenleistung schuldet.

V. Vergütungspflicht - Äquivalenzverhältnis

Die Endkunden haben unterschiedliche Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, deren Umfang sich in der Regel aus Preislisten ergibt, die zumeist über Preisgleit- oder Preisanpassungsklauseln²²⁸, die hinsichtlich der Art ihrer Einbeziehung und ihrer etwaigen Änderung ihre Rechtfertigung in den erörterten §§ 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG, 28 Abs. 2 TKV finden, in die Rechtsbeziehungen implementiert werden.

Zu unterscheiden ist zwischen nutzungsabhängigen und nutzungsunabhängigen Entgelten:

1. Nutzungsabhängige Entgelte - Verbindungsentgelt

Nutzungsabhängige, sogenannte "Verbindungsentgelte" werden ab dem Zeitpunkt berechnet, in dem am angerufenen Anschluß jemand oder etwas die Übertragungsbereitschaft herstellt²²⁹. Kommt die Verbindung nicht zustande, erhält der anrufende Endkunde zwar durch Tonsignale die Information, ob die Verbindung vom angerufenen Teilnehmer trotz Rufes nicht

²²⁸ § 28 Abs. 2 TKV i.V.m. § 23 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AGBG begründet ein einseitiges Preisänderungsrecht zugunsten der Anbieter. Zur Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln unter der vorherigen Rechtslage ausführlich und weiterführend: Pfeiffer, K&R 1998, 465 ff. (für den Breitbandkabelanschluß).

²²⁹ Vgl. Gerhoff/Grote/Siering/Statz D 01.120, Ziffer 3.3.1.. Es sind zwar auch Fälle denkbar, in denen Endgeräte zur Übermittlung von Nachrichten verwendet werden, ohne daß es zu einem Verbindungsaufbau kommt. Ein Entgelt wird aber auch in diesen Fällen nicht berechnet. Dazu gehören: Die Vereinbarung von Klingelsignalen und "Toll Saver", bei denen der Besitzer eines Anrufbeantworters bei der Fernabfrage an der Anzahl der Klingelzeichen erkennen kann, ob bereits ein Anruf eingegangen und eine Nachricht abrufbar ist.

hergestellt wird oder die Leitung belegt ist; für diese Informationen werden aber - anders als in Teilen des Auslands²³⁰ - nutzungsabhängige Entgelte ebensowenig verlangt wie für die (sonstigen) frustrierten Aufwendungen des Anbieters.

Die Höhe des für die einzelne Verbindung berechneten Entgeltes richtet sich einzelfallabhängig nach der "*Gesprächsdauer*" und dem für die jeweilige Entfernungs- und Zeitzone geltenden Preis pro "*Gesprächsminute*". Oder die Berechnung erfolgt anhand der Anzahl der während der Dauer der Verbindung anfallenden Zeitintervalle (Takte), deren Frequenz nach Entfernung (-szone) und Tageszeit divergiert. Für die Berechnung der Verbindungspreise enthält die TKV in § 5 Regelungen, die sich allerdings nur auf die Genauigkeit der Meßeinrichtungen beziehen und damit eine Art "*Eichung*" gewährleisten²³¹. Abgerechnet werden die im entsprechenden Zeitraum angefallenen Verbindungsentgelte nach Leistungserbringung gemeinsam in einer monatlichen Rechnung. Die Fälligkeit der Vergütung wird entweder vom Zugang dieser Rechnung abhängig gemacht oder soll bereits mit Erbringung der Leistung eintreten²³².

Mit Ausnahme der Anwahl der entgeltfreien Mehrwertdienste²³³, die aufgrund besonderer vertraglicher Vereinbarung dem Angerufenen in Rechnung gestellt werden, hat für die Verbindungspreise der Teilnehmer einzustehen, dessen Anschluß für den abgehenden Anruf genutzt wird. Das rechtfertigt sich auch daraus, daß es der Anrufer und nicht der Angerufene ist, der durch die Anwahl eines mehr oder weniger weit entfernten Anschlusses zu einer bestimmten Tageszeit über die Berechnungsparameter für das Verbindungsentgelt disponieren kann. Der Angerufene muß dementsprechend für den ihn erreichenden Einzelanruf kein Verbindungsentgelt entrichten²³⁴. Die Verbindungsentgelte sind somit Äquivalent für die dem Anrufer im Einzelfall eines abgehenden Telefonates geschuldete Leistung

²³⁰ So werden etwa in Österreich und Italien auch für diese Leistungen Entgelte erhoben.

²³¹ So ausdrücklich die amtliche Begründung zu § 5 TKV (Begründung der Bundesregierung zur TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997). Erforderlich ist die Ermittlung der Dauer zeitabhängig tarifierte Verbindungen unter regelmäßiger Abgleichung mit einem amtlichen Zeitnormal sowie die regelmäßige Kontrolle der Verbindungsdaten auf Abrechnungsgenauigkeit und Übereinstimmung mit den vertraglich vereinbarten Entgelten.

²³² Vgl. zu diesen Fälligkeitsklauseln, insbesondere zum Verhältnis zur Verjährungsnorm: Hahn, MMR 1999, 586.

²³³ Unter Prefix 0, Dienstekennziffer 800.

²³⁴ Anders dagegen im Mobilfunk, wo der Anschlußinhaber bei Auslandsgesprächen für die im Ausland anfallenden Verbindungsentgelte herangezogen wird, und zwar gerade unter dem Gesichtspunkt, daß er es ist, der durch seinen Standort, der dem Anrufer womöglich nicht bekannt ist, über die Höhe der Verbindungsentgelte disponiert.

des Telekommunikationsdienstleisters, eine Verbindung zu einem entfernten Anschluß aufzubauen, für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten und über die Verbindung die ausgesandten Sprachsignale sowohl vom als auch zum angewählten Anschluß zu transportieren. Daß dem Angerufenen, der keinen Einfluß darauf hat, wann und von wem er angerufen wird, auf diese Weise ebenfalls aufgrund der ihm gegenüber geschuldeten Empfangsbereitschaft des Anschlusses Sprachkommunikation ermöglicht wird, ist Reflex der vom Anbieter dem anrufenden Endkunden geschuldeten Leistung²³⁵.

2. Nutzungsunabhängige Entgelte

Nutzungsunabhängige Entgelte hat jeder Endkunde in Form einer einmaligen Zahlung für die Bereitstellung ("*Bereitstellungsentgelt*") des Teilnehmeranschlusses und in Form monatlich gleichförmig wiederkehrender Entgelte ("*Grundpreis*") zu entrichten. Die Anbieter verpflichten die Endkunden bezüglich des Grundpreises zur Vorleistung²³⁶.

aa. Bereitstellungsentgelt

Das Bereitstellungsentgelt ist Gegenleistung für die erstmalige Bereitstellung oder die Übernahme des Teilnehmeranschlusses. Es kann entsprechend der oben aufgezeigten Unterschiede bei der Errichtung der Infrastruktur je nach dem zu erbringenden Aufwand differieren²³⁷.

bb. Grundpreis

Ist die im Einzelfall eines Telefonates vom Anbieter gegenüber dem Anrufer zu erbringende Telekommunikationsdienstleistung mit dem Verbindungsentgelt vollständig abgegolten, kommen als Äquivalent für den nutzungsunabhängigen Grundpreis noch die Anbieterverpflichtungen, dauerhaft zur Erbringung der dem Verbindungsentgelt äquivalenten Leistung bereit zu sein, und die Verpflichtung zur dauerhaften Empfangsbereitschaft, in Betracht²³⁸.

²³⁵ So bereits Scholz in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, Bd. V. 2. Abt. § 229, S. 820, Ziffer 6.

²³⁶ Dazu unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen § 9 AGBG: Imping, CR 1999, 425, 428.

²³⁷ Die Deutsche Telekom AG etwa verlangt für die Bereitstellung eines (neuen) Anschlusses einen stets gleich hohen, sogenannten Sockelbetrag. Daneben ist aufwandsabhängig eine zusätzliche Vergütung zu entrichten, vgl. Preisliste Telefondienst (Telefonanschluß) (ABl. RegTP 1999, Anlage 2 zu Mitteilung Nr. 68/1999), Ziffer 1.1..

²³⁸ Daneben wäre noch daran zu denken, daß die Servicefunktionen – wie etwa die Übermittlung von Signaltönen – wie auch die frustrierten Aufwendungen des Anbieters durch den Grundpreis vergütet werden. Dagegen spricht jedoch, daß diese Leistungen auch dann erbracht werden, wenn – wie etwa bei Nutzung eines öffentlichen Fernsprechers oder eines sog. „prepaid“-Mobilfunkkartensystems oder

Daß der Endkunde jederzeit andere Teilnehmer anrufen kann, vergütet er bereits mit dem Verbindungsentgelt, das sämtliche auf abgehende Telekommunikationsverbindungen gerichtete Leistungen des Anbieters abdeckt. Die Bereitschaft zur Erbringung dieser Leistung hat demgegenüber als Vorstufe zum erstrebten Ziel in Gestalt der einzelnen Telekommunikationsverbindung für den Endkunden kein selbständiges geldwertes Interesse. Denn dem Endkunden steht ohnehin jederzeit das zu, zu dessen Erbringung der Anbieter dauerhaft bereit sein muß. Das Grundentgelt ist damit nicht Gegenleistung für die Bereitschaft zur Errichtung abgehender Telekommunikationsverbindungen.

Das monatliche Grundentgelt steht vielmehr in Wechselbeziehung zur Leistung der dauerhaften Empfangsbereitschaft, die – anders als die Bereitschaft zur Herstellung abgehender Verbindungen im Verhältnis zur sodann hergestellten Telekommunikationsverbindung - in keinem Zusammenhang mit einem dem Endkunden gegenüber zu erbringenden, über die Empfangsbereitschaft hinausgehenden Leistungserfolg steht.

Dieses Äquivalenzverhältnis zeigt sich deutlich bei einer sogenannten "Abgangssperre": Der Anbieter kann unter noch zu erörternden Voraussetzungen den Anschluß des Endkunden für abgehende Telefonate sperren, wenn der Endkunde seinen Zahlungsverpflichtungen nicht (vollumfänglich) nachkommt. Dem Endkunden ist es nach Einrichtung einer solchen "Abgangssperre" verwehrt, Telefonate von seinem Anschluß zu anderen Teilnehmeranschlüssen herstellen zu lassen. Dagegen bleibt der Endkunde erreichbar. Da allein die Empfangsbereitschaft vom Anbieter weiterhin geschuldet ist, bleibt der Endkunde nach allen Vereinbarungen verpflichtet, den monatlichen Grundpreis in voller Höhe zu entrichten, selbst wenn er nicht in der Lage ist, andere Teilnehmer anzurufen, hierfür also ein Entgelt nicht verlangt werden kann.

Umgekehrt erweist die Tatsache, daß der Endkunde dem Anbieter, der für Fernverbindungen fest eingestellt („preselected“) wird, kein Grundentgelt zahlen muß, daß für die auch vom Preselection- Anbieter geschuldete Bereitschaft zur Herstellung abgehender Verbindungen keine Vergütung zu zahlen ist²³⁹.

auch im Preselection-Verfahren - nutzungsunabhängige Grundpreise gar nicht geschuldet werden. In jedem Fall aber sind diese Serviceleistungen und erst Recht die frustrierten Aufwendungen nach dem Willen der Parteien für das Rechtsverhältnis nicht wesentlich und daher als Nebenleistungen zu vernachlässigen.

²³⁹ Vgl. dazu im einzelnen: unten, Zweiter Teil, Dritter Abschnitt, § 1, I, 4.

Der Grundpreis ist Gegenleistung für die dauerhafte Empfangsbereitschaft²⁴⁰.

3. Einordnung der Leistungsverpflichtungen

Die Vergütungspflichten des Endkunden sind im erörterten Verhältnis Äquivalent für die Hauptleistungspflichten des Anbieters und stehen mit diesen in einem unmittelbaren Austauschverhältnis im Sinne eines "do ut des". Es handelt sich um essentielle Hauptleistungspflichten des Endkunden.

4. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund - Preisregulierung

Für die Höhe der von den Endkunden zu entrichtenden Vergütungen spielen die Instrumentarien der sogenannten "Preisregulierung" eine wichtige Rolle: Da gerade unter den Anbietern von Ortsverbindungen die Konkurrenz gering ist, besteht die Gefahr, daß ein marktbeherrschendes Unternehmen die wirtschaftlichen Interessen zur Erzielung von Monopolpreisen ausnutzt. Um eine derartige Preissetzung mit erheblichen Aufschlägen auf die Kosten der Leistungserstellung zu verhindern, enthält der dritte Teil des TKG umfassende Vorschriften zur Regulierung der Entgelte. Die Entgeltregulierung ist fast ganz auf die Regulierung der Preise marktbeherrschender Unternehmen beschränkt: Die §§ 24-31 TKG finden gemäß § 25 Abs. 1 a. E. TKG nur Anwendung, wenn es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt.

Die Frage der Entgeltgenehmigungen betrifft primär das Verhältnis zwischen den Netzbetreibern und der Regulierungsbehörde, weshalb auf Einzelheiten im Rahmen dieser Untersuchung nicht einzugehen ist²⁴¹. Für die Belange des Endkunden relevant ist jedoch § 29 Abs. 2 TKG, wonach Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, mit der Maßgabe wirksam sind, daß das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten tritt. Ist der Anbieter seiner Pflicht zur Vorlage der Entgelte zur Genehmigung gar nicht nachgekommen oder erfolgte eine Genehmigung

²⁴⁰ Tarife, die eine Erhöhung der monatlichen Festbeträge im Interesse einer Reduktion der jeweiligen Verbindungsentgelte vorsehen, stehen diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn der in diesen Fällen vereinbarte Festpreis, um den der sonst geschuldete Grundpreis überstiegen wird, ist nicht selbst nutzungsunabhängiger Grundpreis, sondern Teil des Verbindungsentgelts, das lediglich auf Grundlage eines Kompensations- und Rabattmodells partiell auch durch einen monatlichen Festpreis zu zahlen ist. Derartige Wechselwirkungen und Verquickungen zwischen Festbeträgen und Gegenleistung für die Telekommunikationsverbindungen finden sich im übrigen nur bei einigen Sondertarifen, die für die Rechtsbeziehung zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden nicht typisch sind.

²⁴¹ Siehe dazu etwa ausführlich Großkopf/Ritgen, CR 1998, 86 ff.; Schütz/Müller, MMR 1999, 128; zusammenfassend: Schmidt, K&R 1999, 385 ff..

oder vorläufige Anordnung der vorgelegten Entgelte durch die Regulierungsbehörde nicht, so beinhaltet das TKV keine spezielle Rechtsfolgenanordnung. Hier greift die Regel des § 30 TKV ein mit der Folge, daß die Vereinbarung des nicht genehmigten Entgelts unwirksam ist, was wegen Fehlens eines vertragswesentlichen Bestandteils nach allgemeinen Grundsätzen zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt²⁴².

Von diesem Ausnahmefall abgesehen, dienen die Regeln über die Preisregulierung, auch soweit sie Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Endkunde haben, allein der Bestimmung der Höhe des Entgelts. Das für die Bestimmung des Vertragstypus wesentliche Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung berühren sie dem Grund nach dagegen nicht. Bestimmungen über den Preis sind daher nicht geeignet, das Rechtsverhältnis prägende Leistungspflichten zu konstituieren.

5. Zwischenergebnis

Der Anbieter von Ortsverbindungen hat kraft vertraglicher Vereinbarung jederzeit nach Wahl einer Rufnummer, die einen Anschluß innerhalb desselben Ortsnetzes adressiert, vom Anschluß des Anrufers zum empfangsbereiten Zielanschluß eine Verbindung herzustellen, für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten und die von den Gesprächspartnern ausgesandten Sprachsignale über diese Verbindung zu transportieren. Dem dahingehenden Anspruch des Anrufers ist der Anspruch des Anbieters auf Zahlung des Verbindungsentgeltes äquivalent. Daneben ist der Anbieter jedem Endkunden gegenüber verpflichtet, dauerhaft die Empfangsbereitschaft des "eigenen" Teilnehmeranschlusses für eingehende Telekommunikationsverbindungen zu gewährleisten. Äquivalent für diese Anbieterleistung ist das monatliche Grundentgelt.

VI. Besondere Nutzungsfunktionen

In Konkordanz mit § 13 TKV räumen die Anbieter den Endkunden neben den vorausgehend unter III und IV erörterten Leistungen bestimmte Nutzungsfunktionen - z.T. nur auf deren Wunsch - ein. Dies betrifft die vom Kunden gewünschte Sperrung des Anschlusses für bestimmte Arten von Rufnummern, § 13 Abs. 2 TKV (etwa eine Auslandssperre oder eine Sperre von kostenpflichtigen 0190er- Rufnummern) und - beschränkt auf marktbeherrschende Unternehmen - die Anzeige der Teilnehmerrufnummer des Anrufenden, die Rufnummernunterdrückung²⁴³, direkte Durchwahlen

²⁴² Vgl. insbesondere: Begründung der Bundesregierung zur TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24.7.1997 zu § 30 TKV a.E. und Grote, BB 1998, 1117, 1119 sowie Riehmer, CR 1998, 273, 274.

²⁴³ Vgl. Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.1..

sowie den Zugang zu Vermittlungs- und Unterstützungs- sowie Auskunftsdiensten. Daneben können auch gesondert Leistungen vereinbart werden, die gegen zusätzliches Entgelt vom Anbieter zu erbringen sind, wie etwa die Bereitstellung besonderer Rufnummern²⁴⁴, Rufnummernänderungen, Verlegung, Auswechslung oder Änderung der Anschalteinrichtungen, Sonderfunktionen wie Anklopfen, Rückfragen/ Makeln, Verbindung ohne Wahl, "Rückruf bei Besetzt", Rufnummernanzeige, Anrufweitschaltung oder Speicherung von Daten auf einem Anrufbeantworter²⁴⁵.

Diese Einzelleistungen sind nicht Bestandteil jedes Rechtsverhältnisses zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und den Endkunden. Ihr Wegfall berührt mithin den Vertragstypus nicht. Den besonderen Nutzungsfunktionen nach § 13 TKV und den auf gesonderter Vereinbarung beruhenden "*zusätzlichen Leistungen*"²⁴⁶ ist daher als für das Rechtsverhältnis nicht charakteristischen Nebenleistungen im folgenden keine Beachtung mehr zu schenken.

VII. Aufnahme in ein Teilnehmerverzeichnis, Überlassung eines Teilnehmerverzeichnisses

Unter demselben Gesichtspunkt kommt einigen zu Recht schon in der TKV als "*besondere Nebenleistung*" gekennzeichneten Anbieterleistungen keine den Typus prägende Bedeutung zu. Dazu gehört der Anspruch des Endkunden²⁴⁷ auf unentgeltliche Aufnahme des Endkundenanschlusses mit Rufnummer und - je nach Kundenwunsch - Adresse in ein öffentliches, also allgemein zugängliches, nicht notwendig anbiereigenes Teilnehmerverzeichnis (§ 21 TKV) in einen entsprechenden Auskunftsdienst (§ 21 Abs. 5 i.V.m. § 21 Abs. 1 TKV) sowie die jährliche Überlassung von Teilnehmerverzeichnissen (§ 22 TKV)²⁴⁸.

VIII. Nutzung des Anschlusses durch Dritte

Der Vergütungsanspruch des Anbieters richtet sich nach den Geschäftsbedingungen der Anbieter (primär) gegen den Anschlußinhaber, der dem Anbieter aufgrund des Rechtsverhältnisses über den Teilnehmeranschluß

²⁴⁴ Z.B.: Sammelrufnummern, Durchwahlrufnummer, bundeseinheitliche Rufnummern.

²⁴⁵ Vgl. statt aller: Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 2.

²⁴⁶ Bezeichnung nach Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 2.

²⁴⁷ Dieser Anspruch erlangt Bedeutung, weil die nach § 39 Abs. 2 FO (vgl. dazu: Hagmann, Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses, S. 32 ff.; Heinzelmann, Handbuch, S. 68 f.) erfolgende Eintragung "*von Amts wegen*" im liberalisierten Umfeld nicht mehr in Betracht kommt.

²⁴⁸ Vgl. dazu Riehmer, CR 1998, 273, 274.

bekannt ist. Fraglich ist aber, wer die Verbindungsentgelte zu zahlen hat, wenn ein Dritter den Anschluß benutzt hat.

1. Vertragliche Regelung

Diese Frage wird in nahezu allen Verträgen in der Weise beantwortet, daß der Endkunde, dem der Anschluß überlassen ist, auch für die Entgelte einzustehen hat, die durch die Benutzung des Anschlusses durch Dritte entstanden sind²⁴⁹.

2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Die entsprechenden Bestimmungen beinhalten zuweilen die Einschränkung *"es sei denn, der Kunde hat diese Nutzung nicht zu vertreten"*²⁵⁰. Diese Relativierung erklärt sich unter anderem²⁵¹ aus § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV. Danach besteht der Anspruch auf Zahlung des Verbindungsentgeltes nicht, wenn der Endkunde den Nachweis erbringt, daß der Netzzugang in einem von ihm nicht zu vertretenden Umfang durch Dritte genutzt wurde²⁵². Ist der

²⁴⁹ Z.B.: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 5; allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 4; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804), Ziffer 6.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 3.4.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 4.5..

²⁵⁰ Vgl.: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (veröffentlicht im Amtsblatt der Regulierungsbehörde 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 5; allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 4.

²⁵¹ Daneben ist unter AGB- rechtlichen Gesichtspunkten das Verbot einer verschuldensunabhängigen Haftung maßgeblich, vgl. dazu: Statz, Anmerkungen zum Urteil des LG Freiburg vom 21.12.1993 und zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 15. 9. 1994, ArchivPT 1995, 57.

²⁵² Nicht hierher gehört die Regelung in § 16 Abs. 3 S. 3 TKV, wonach der Endkunde mitunter für Entgelte, die durch Manipulationen Dritter verursacht wurden, nicht einzutreten hat. Dabei geht es um Manipulationen an den öffentlichen Netzen, die nicht durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Anschlusses herbeigeführt werden. Für den Kunden reicht es in jenen Fällen aus, daß er Tatsachen beweist, die die Annahme rechtfertigen, daß die Höhe der Verbindungsentgelte auf Manipulationen Dritter an öffentlichen Telekommunikationsnetzen zurückzuführen ist. Wenn derartige Tatsachen nicht bewiesen sind, aber erhebliche Zweifel bleiben, ob der allgemeine Netzzugang des Kunden im Umfang der Entgeltforderungen in einer dem Kunden zurechenbaren Weise in Anspruch genommen wurde, wird das Entgelt wiederum auf Grundlage der vergangenen (sechs) Monate nach § 17 TKV ermittelt.

durch diese unbefugte Nutzung verursachte Forderungsbetrag nicht feststellbar, ist eine Schätzung der Forderungshöhe nach § 17 TKV vorzunehmen, mit der Folge, daß der Endkunde verpflichtet ist, den Durchschnittsbetrag der letzten sechs Monate zu entrichten. Eine für den Fall der Nutzung des Anschlusses durch Dritte relevante Bestimmung über die Identität des Vertragspartners oder Haftungsfolgen für den Anschlußinhaber treffen die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften dagegen nicht²⁵³.

3. Einordnung der Regelung

Sei es, daß durch diese Regelung die Hauptleistungspflichten der Parteien - etwa im Wege der Stellvertretung - durch einen Dritten begründet werden sollen, sei es, daß kraft dieser Klausel der Anbieter seine Leistungspflichten dem Dritten - zum Beispiel aufgrund eines echten Vertrages zugunsten des Dritten - selbst schuldet, sei es, daß dem Endkunden Schutzpflichten auferlegt werden sollen, die eine quasivertragliche Haftung begründen können, respektive auf derartige Obhutspflichten hingewiesen wird: Die das Rechtsverhältnis prägenden Leistungspflichten des Anbieters wie die charakteristischen Leistungen seines Schuldners bleiben von solchen Bestimmungen unberührt²⁵⁴. Die Regelung der Einstandspflicht für Rechnungsentgelte, die "Dritte" verursacht haben, ist damit für die rechtstypologische Qualifizierung des Rechtsverhältnisses irrelevant.

IX. Rechnungserstellung / Einzelverbindungs nachweis

1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Einen vergleichsweise breiten Raum nehmen in der TKV Regelungen über die Rechnungserstellung ein: Der gesamte zweite Abschnitt des zweiten Teils (§§ 14 bis 19 TKV) befaßt sich mit der Rechnungserstellung und der Rechnungslegung im Streitfall²⁵⁵.

Während § 15 TKV besondere Regelungen über die Erteilung einer Rechnung im Verhältnis zwischen Teilnehmernetzbetreiber, Verbindungsnetzbetreiber und Endkunde aufstellt, ist für die Frage der Rechnungserstellung

²⁵³ Anders noch die FO, die in § 13 Abs. 1 FO festlegte, daß der Teilnehmer Schuldner aller Gebühren ist, die sich aus der Nutzung des Anschlusses ergeben.

²⁵⁴ So wird der Vertretene gemäß § 164 Abs. 1 BGB an den Inhalt des vom Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäfts gebunden, ist der Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB kein besonderer Vertragstyp (vgl. Palandt-Heinrichs § 328 Rn. 1) und vermögen Schutzpflichten, die Nebenpflichten sind, den wesentlichen Vertragsinhalt nicht zu verändern. (Zur Eintrittspflicht vgl. unten im vierten Teil.) Dementsprechend stuft Statz, ArchivPT 1995, 333, 333 die entsprechende Klausel in den AGB der Deutschen Telekom als deklaratorisch ein.

²⁵⁵ Siehe dazu ausführlich: Grosskopf/Taubert CR 1998, 603, 605 ff.; Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403 ff..

für alle Anbieter von Sprachtelefondienst und Endkunden § 14 TKV von Bedeutung. Diese Vorschrift sieht vor, daß der Anbieter des allgemeinen Netzzugangs im Rahmen der technischen Möglichkeiten und der datenschutzrechtlichen Vorschriften eine kostenlose²⁵⁶, nach Einzelverbindungen aufgeschlüsselte und überprüfbare Rechnung zu erteilen hat, wenn der Kunde einen solchen Einzelbindungsnachweis jeweils vor dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum, verlangt²⁵⁷.

2. Vertragliche Regelungen / Einordnung der Regelung

Diesen kraft TKV dem Endkunden zustehenden Anspruch haben die meisten Anbieter in ihre Geschäftsbedingungen nicht aufgenommen²⁵⁸. Gegebenfalls wird insbesondere auf Einschränkungen des Anspruchs wegen einer aus Datenschutzgründen erforderlichen Löschung der Daten hingewiesen. Überwiegend beschränken sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Festlegung der monatlichen Abrechnungsweise und sehen eine Einziehung der Forderungen im Lastschriftverfahren vor.

Lastschriftklauseln finden sich vertragsunspezifisch in nahezu allen Verträgen. Aber auch die telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen über die Rechnungstellung normieren lediglich Abrechnungsmodalitäten für Ansprüche aus der Rechtsbeziehung, nicht aber die wechselseitigen Leistungsverpflichtungen selbst, so daß sie für die Typologie nicht wesentlich sind.

X. Einwendungen / Einwendungsausschluß

Dasselbe gilt für Einwendungen des Kunden gegen die Rechnung.

1. Vertragliche Regelung

Die Verträge enthalten üblicherweise eine Bestimmung, wonach der Kunde Einwände innerhalb einer bestimmten Frist (in bestimmter Form) zu erheben hat, anderenfalls die Rechnung als genehmigt gilt²⁵⁹.

²⁵⁶ Kostenlos ist der Einzelbindungsnachweis im sogenannten "Standardformat". Zur Unzulässigkeit der Erhebung eines Entgelts für die Einrichtung eines Einzelbindungsnachweises vgl. LG Flensburg, MMR 1999, 415.

²⁵⁷ Vgl. dazu auch Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 Sprachtelefondienstrichtlinie.

²⁵⁸ Eher eine Ausnahme bildet die Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), die an versteckter Stelle (Ziffer 2.24) auf die detaillierte Rechnung mit Einzelverbindungsübersicht hinweist.

²⁵⁹ Vgl. z.B.: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 6 (acht Wochen); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623), Ziffer 8.4. (ein Monat); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP

2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Das Interesse des Anbieters an einem derartigen Einwendungsausschluß wird durch die neuartige Regelung der TKV über die Behandlung von Einwendungen verstärkt:

Nach § 16 Abs. 1 TKV ist es - soweit nicht die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 TKV vorliegen²⁶⁰ - bei Einwendungen des Kunden gegen die Höhe der Rechnung auch ohne Auftrag zur Erteilung eines Einzelentgelt-nachweises Sache des Anbieters, das Verbindungsaufkommen nach den Verbindungsdaten aufzuschlüsseln und eine technische Prüfung durchzuführen, deren Dokumentation dem Kunden auf Verlangen vorzulegen ist.

§ 16 Abs. 3 Satz 1 TKV legt dem Anbieter zudem den Nachweis für die technisch einwandfreie Erbringung der Leistung bis zum Netzanschluß des Kunden sowie für die korrekte Abrechnung auf. Zugunsten des Kunden gilt bei technisch nachgewiesenen Mängeln der Entgeltermittlung die widerlegliche Vermutung, daß die Verbindungsentgelte nicht richtig ermittelt wurden. Für das sodann auftretende Problem der Ermittlung des Rechnungsbetrages beinhaltet § 17 TKV die bereits im Zusammenhang mit der Nutzung des Anschlusses durch Dritte erwähnte "*salomonische Kompromißlösung*"²⁶¹, daß grundsätzlich die durchschnittlichen Beträge der unbeanstandeten Abrechnungen der vergangenen Monate, soweit die Überlassung länger als sechs Monate andauert, der Zeitraum der vorangegangenen sechs Monate maßgeblich ist²⁶². Dieser Forderungsbetrag wird durch eine niedrigere Entgelthöhe für einen entsprechenden Abrechnungszeitraum der Vorjahre bei vergleichbaren Umständen verdrängt.

1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804), Ziffer 6.5. (sechs Wochen) mit Modifikationen für schuldlose Versäumnis in Ziffer 6.6.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 6.1. (vier Wochen); allgemeine Geschäftsbedingungen der Würzburger Telekommunikationsgesellschaft mbH (wücom) für die Bereitstellung von Telefonanschlüssen und die Erbringung von Sprachkommunikationsdiensten Stand: 14. 7. 1999 (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 479/1999, S. 3123) (ohne Bezifferung) (sechs Wochen). Zur rechtlichen Würdigung unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen §§ 11 Nr. 15, 10 Nr. 5, 9 AGBG: Imping, CR 1999, 425, 430, der den Einwendungsausschluß für AGBG- konform hält. Siehe dazu auch: Hahn, MMR 1999, 586, 592.

²⁶⁰ Soweit die Daten aufgrund rechtlicher Verpflichtung, auf Wunsch des Kunden oder aus technischen Gründen (dann muß ein Hinweis "in deutlicher Form" an den Kunden erfolgen) nicht mehr gespeichert sind, entfällt die Nachweispflicht.

²⁶¹ So Grosskopf/Taubert, CR 1998, 603, 608.

²⁶² Siehe dazu auch im einzelnen: Grosskopf/Taubert, CR 1998, 603, 607.

3. Einordnung der Regelung

Diese ausgefeilte Regelung betrifft Detailfragen der Handhabung von Einwendungen gegen die Höhe der Rechnung. Die für die Bestimmung des Vertragstypus entscheidende Grundlage der Forderungen bleibt von diesen Bestimmungen unberührt.

XI. Allgemeine Pflichten des Kunden

1. Bereitstellung von Grundstück und Strom

Der Anbieter des Ortsnetzanschlusses muß die Erstinstallation auf dem Grundstück des Endkunden respektive des dinglich Berechtigten vornehmen; Telekommunikationseinrichtungen des Anbieters verbleiben für die Dauer des Rechtsverhältnisses auf dem Grundstück; und das Gelände muß bei Wartungs- und Entstörungsmaßnahmen von Mitarbeitern des Anbieters betreten werden²⁶³. Zudem hat der Endkunde den (gering-fügigen) Strombedarf für Installation, Betrieb und Instandhaltung der Anlagen sicherzustellen²⁶⁴.

Entsprechende Verpflichtungen geht der Endkunde ein, um die Durchführung der erörterten Hauptleistungspflichten des Anbieters zu ermöglichen²⁶⁵. Sie gehören daher nicht zu den das Rechtsverhältnis prägenden

²⁶³ Der Umfang dieser Pflichten entspricht der Verpflichtung des Ausstellers einer Grundstückseigentümergeklärung im Sinne des § 10 Abs. 1 TKV, Anlage 1 TKV; vgl. etwa: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 4.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623), Ziffer 3.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793); Ziffer 5.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbh (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 3.1..

²⁶⁴ Vgl. z.B.: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 4.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 3 a); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbh (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 3.1.

²⁶⁵ So ausdrücklich: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 4.1.. Auch die übrigen Geschäftsbedingungen sprechen von einer "Mitwirkung des Kunden".

Leistungsinhalten, sondern zu den für den Charakter der Rechtsbeziehung irrelevanten Mitwirkungs- und Nebenpflichten.

2. Sonstige allgemeine Pflichten des Kunden

Weitere vereinbarte Pflichten des Endkunden dienen dem Schutz des Integritätsinteresses des Anbieters: Sie korrespondieren zum Teil mit den telekommunikationsrechtlichen Normen. So statuiert § 59 TKG das von den Anbietern in die Geschäftsbedingungen übernommene Verbot der Nutzung nicht zugelassener Endgeräte (§ 59 TKG). Überwiegend sind die Verhaltensmaßregeln nicht mehr normiert, haben aber ihre Wurzeln in der Fernmeldeordnung. Derartige Einzelbestimmungen, die auf der TKO beruhen, sind Klauseln über die Vermeidung der bestimmungswidrigen Benutzung des Anschlusses (früher § 12 Abs. 1 FO), insbesondere für "*beleidigende, verleumderische, gesetzes- oder sittenwidrige Inhalte*"²⁶⁶ sowie der Schutz der Teilnehmereinrichtungen und des "*Fernmeldebauezeugs*", insbesondere vor übermäßiger Inanspruchnahme (früher § 12 Abs. 2 FO)²⁶⁷ und das Verbot der eigenmächtigen Änderung der Teilnehmereinrichtung (früher § 12 Abs. 3 FO) durch anbieterfremde Handwerker²⁶⁸. Darüber hinaus sollen den Endkunden Pflichten zur reibungslosen Durchführung des Vertragsverhältnisses, also etwa zur Anzeige der Änderung des Namens oder der Kontoverbindung (früher 14 S. 1 FO)²⁶⁹ und zur unverzüglichen Anzeige von Schäden und Mängeln an den Telekommunikationseinrichtungen des Anbieters²⁷⁰ treffen.

²⁶⁶ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 3 c); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 4.6.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 3.5..

²⁶⁷ Z.B.: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 3 d).

²⁶⁸ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 3 f); zu § 12 FO siehe Aubert, Fernmeldebenutzungsrecht I, S. 136 ff..

²⁶⁹ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 3.6..

²⁷⁰ Ausführlich beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 4.1..

3. Einordnung der Leistungsverpflichtungen

Derartige Mitwirkungs- und Schutzpflichten des Endkunden gehören als Nebenleistungspflichten nicht zu den essentialia negotii der Rechtsbeziehung. Sie sind für das Rechtsverhältnis nicht charakteristisch.

XII. Leistungsstörungen

Auch die regelmäßig anzutreffenden Vereinbarungen über die Konsequenzen von Störungen des Äquivalenzverhältnisses betreffen, da sie Sekundäransprüche zum Inhalt haben, keine den Rechtstypus formenden Primärleistungspflichten. Die Vereinbarung von Bewältigungsmodellen für Leistungsstörungen lassen aber ebenso wie die entsprechenden Regelungen in TKG und TKV womöglich Rückschlüsse auf die vom Gesetz- respektive Verordnungsgeber und von den Parteien intendierte Struktur und Rechtsnatur des Schuldverhältnisses zu.

1. Zahlungsrückstand des Endkunden

Umfassend geregelt sind in der TKV und den Vertragsmustern die Folgen eines Zahlungsrückstandes des Endkunden.

a. Sperre des Anschlusses bei Zahlungsrückstand des Endkunden

Der Anbieter tritt, da er die Verbindungspreise erst nachträglich in Rechnung stellt, mit den äquivalenten Gegenleistungen in Vorleistung. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, daß ein Endkunde bei Säumnis seiner Zahlungsverpflichtungen den Anschluß nicht weiter kostenfrei für abgehende Verbindungen nutzt und so das Defizit des Anbieters erhöht. Auf der anderen Seite steht das berechtigte Interesse des Kunden, trotz (geringfügigen) Zahlungsrückstands am Sprachtelefondienst, der für ihn von grundlegender Bedeutung ist, weiter teilzunehmen.

aa. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Die TKV regelt diesen Interessenkonflikt in der Weise, daß nach § 19 Abs. 1 TKV die Anbieter grundsätzlich erst dann die Inanspruchnahme der betroffenen Dienste ganz oder teilweise unterbinden können, wenn auch nach Verbrauch etwaiger Sicherheiten der Kunde mit der Zahlung eines Betrages von mindestens 150,00 DM in Verzug geraten ist²⁷¹. Der Abgangssperre, bei der der Anbieter den Anschluß und das Netz in der Weise weiter vorhält, daß der Endkunde als Angerufener am Telefondienst

²⁷¹ Der rechtskräftigen Feststellung des Zahlungsrückstandes bedarf es entgegen einer von Küppers, ArchivPT 1996, 133, 140 zur TKV 1995 vertretenen Ansicht nicht, vgl. insoweit zutreffend Böhm, ArchivPT 1997, 118, 123 f. und ähnlich AG Hamburg ArchivPT 1994, 69, das eine gerichtliche Entscheidung über die Berechtigung des Endkunden zur Zurückbehaltung des Entgelts für die Ausübung der Sperre nach TKV (alt) für nicht erforderlich hält.

teilnehmen, von seinem Anschluß abgehenden Telekommunikationsverbindungen jedoch nicht herstellen (lassen) kann, muß außerdem eine gesonderte schriftliche Androhung mit dem Hinweis auf gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten²⁷² sowie eine zweiwöchige Wartefrist vorausgehen (§19 Abs. 3 S. 2 TKV). Erst wenn die Abgangssperre eine Woche ange-dauert hat, darf eine Vollsperrung des Anschlusses erfolgen, die auch die Empfangsbereitschaft umfaßt. Sobald die Gründe für die Sperre weggefallen sind, ist sie unverzüglich wieder aufzuheben (§ 19 Abs. 3 S. 1 TKV).

Nur ausnahmsweise sind Ankündigung und Wartefrist entbehrlich. Das setzt gemäß § 19 Abs. 2 TKV voraus, daß der Kunde nicht lediglich mit seiner Zahlungsverpflichtung in Rückstand ist, sondern Anlaß zu einer fristlosen Kündigung gegeben, die Einrichtungen des Anbieters oder die öffentliche Sicherheit gefährdet hat oder aufgrund starken Anstiegs des Entgeltaufkommens begründeter Verdacht dafür besteht, daß das Entgelt, das bei einer späteren Durchführung der Sperre zwischenzeitlich anfällt, nicht vollständig geleistet wird und die Sperre verhältnismäßig ist.

bb. Vertragliche Regelung

Die Vertragsklauseln stimmen mit dieser Regelung überein²⁷³, enthalten aber zum Teil darüber hinaus die (klarstellende) Bestimmung, daß der Kunde auch bei einer Abgangssperre verpflichtet bleibt, den monatlichen Grundpreis zu zahlen²⁷⁴.

²⁷² Zu Recht weisen Küppers, ArchivPT 1996, 133, 140 und Böhm, ArchivPT 1997, 118, 123 für das auch in der TKV 1995 enthaltene Erfordernis der Rechtsbehelfsbelehrung darauf hin, daß dieses Element dem zivilrechtlichen Rechtssystem fremd ist und auch in anderen Bereichen, etwa bei der Ausübung einer Stromsperre durch ein Versorgungsunternehmen, trotz vergleichbarer Interessenlage nicht gefordert wird.

²⁷³ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 7; allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 9.

²⁷⁴ Vgl. beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 7.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804), Ziffer 8.3..

b. Vertragsbeendigung bei Verzug

Neben anderen Verzugsfolgen, wie pauschalisierten Zinszahlungspflichten²⁷⁵ des Endkunden, kann der Verzug mit einer Leistungspflicht nach den Vereinbarungen der Parteien eine Kündigung nach sich ziehen.

aa. Verzug des Endkunden

Als Grund für eine fristlose Kündigung soll nach den Geschäftsbedingungen nahezu²⁷⁶ aller Anbieter in offener Anlehnung an § 554 Abs. 1 BGB ausreichen, daß der Kunde entweder die monatlichen Rechnungen zweimal aufeinanderfolgend zumindest zu einem wesentlichen Teil nicht beglichen hat oder länger als zwei Monate in Verzug ist mit der Zahlung eines Entgelts, das dem Grundpreis für zwei Monate entspricht²⁷⁷.

bb. Verzug des Anbieters

Die Beendigung des Vertrages durch den Endkunden bei Verzug des Anbieters soll dagegen nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen²⁷⁸ oder einer "*angemessenen Frist*"²⁷⁹ möglich sein²⁸⁰.

²⁷⁵ Vgl. beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 6.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 9.2..

²⁷⁶ Die Vertragspraxis ist nicht ganz einheitlich. So soll nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804), Ziffer 8.2. auch schon ein Zahlungsverzug eines "Teils" mit der für zwei Monate geschuldeten Vergütung für einen Zeitraum von zehn Tagen zur Kündigung berechtigen.

²⁷⁷ So: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 8.5.; allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 7.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Hamcom GmbH Telekommunikation für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 92/1998, S. 1374), Ziffer 14 d); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 11.2. a); allgemeine Geschäftsbedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH für "KomTel MoinMoin" und "KomTel- Deutschland" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3243), Ziffer 9.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 6.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnat Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 6.3..

²⁷⁸ So die allgemeinen Geschäftsbedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH für "KomTel- MoinMoin" und KomTel-Deutschland" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999), Ziffer 9.7..

2. Nichterbringung / Unterbrechung der Anbieterleistung

Ein solcher "Verzug" des Anbieters beruht auf Störungen der Telekommunikationseinrichtungen. Die Infrastrukturen, derer sich die Anbieter von Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit bedienen, sind trotz (oder gerade wegen) hoher technischer Entwicklung anfällig. Verschiedenste Ursachen können dazu führen, daß ein Anbieter die versprochenen Leistungen noch nicht einmal verspätet, sondern (zeitweise) überhaupt nicht erbringen kann. Dazu gehören die Fälle, in denen der Anbieter aufgrund selbstverschuldeter technischer Defekte oder Wartungsarbeiten den Betrieb nicht aufrechterhalten kann, aber auch die Fälle, in denen jeglicher Gesprächsaufbau aufgrund eines von keiner Vertragspartei zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, also etwa bei Blitzeinschlag in einer Vermittlungsstelle, hochwasserbedingten Kurzschlüssen, aber auch bei Durchtrennungen des Fernmeldekabels durch Dritte.

a. Vertragliche Regelung

Über das Schicksal von Leistung und Gegenleistung bei Unmöglichkeit der Anbieterverpflichtung schweigen sich die Verträge aus; lediglich unter dem Gesichtspunkt der Haftung, auf den im einzelnen sogleich eingegangen wird, wird von manchen Anbietern die Einstandspflicht für Fälle "höherer Gewalt"²⁸¹ ausdrücklich ausgeschlossen.

b. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Das Telekommunikationsrecht enthält nur wenige Bestimmungen über die Folgen von Leistungseinschränkungen und -einstellungen. § 6 TKV rechtfertigt zwar vorübergehende Einstellungen oder Beschränkungen von Universaldienstleistungen aufgrund der in § 6 Abs. 2 TKV genannten "grundlegenden Anforderungen", gilt aber nur bei Gefährdung besonderer öffentlicher Interessen und damit nicht für solche Störungen, die auf dem kon-

²⁷⁹ So beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 7.4.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892), Ziffer 6.3..

²⁸⁰ Verzugsfolgen regeln auch die insbesondere in den Verträgen der Deutschen Telekom AG enthaltenen Bestimmungen über die Absicherung eines zugesagten Bereitstellungstermins (vgl. Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 3.1.4.). Es handelt sich dabei um Strafversprechen für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung der Verpflichtung zur Errichtung eines Teilnehmeranschlusses im Sinne von § 339 BGB. Diese vertragliche Abrede gehört nicht zum Hauptgegenstand des Vertrages, weil sie lediglich dem Interesse an alsbaldiger Bereitstellung des Anschlusses dient und dafür ein Druckmittel bereitstellt.

²⁸¹ Dazu sogleich unter dem Gesichtspunkt der Haftung, Ziffer XV.

kreten Verhalten der Parteien beruhen²⁸². § 16 Abs. 3 TKV gilt zwar für alle Anbieter, normiert jedoch lediglich Rücksichtnahmegebote und gestaffelte²⁸³ Pflichten zur Information über Leistungseinstellungen.

3. Entstörung

Im Zusammenhang mit Störungen der Anbieterleistungen wird auch die Entstörungsverpflichtung relevant, die zu den "Dienstleistungen" zählt, die der Anbieter im Rahmen des Netzzugangs nach Freischaltung zu erbringen hat.

a. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Bei der Störungsbeseitigung haben marktbeherrschende Unternehmen nach der ONP- Richtlinie²⁸⁴ Mindeststandards zu beachten²⁸⁵. § 12 TKV setzt diese Standards insoweit um, als marktbeherrschende Unternehmen einer Störung unverzüglich, auch nachts und an Sonn- und Feiertagen nachzugehen haben und die Bedingungen für den Entstörungsdienst in die AGB dieses Anbieters aufzunehmen sind. Allerdings knüpft § 12 TKV an § 12 TKV 1995 an²⁸⁶ und betrifft wie diese Regelung nur die außerhalb der sogenannten Regelentstörung durchzuführende "*Sonderentstörung*", meint also nicht die vom Anbieter durchzuführende Entstörung im Rahmen der allgemeinen Gewährleistungspflicht.

b. Vertragliche Regelung

Neben der § 12 TKV entlehnten Bestimmung finden sich in den Geschäftsbedingungen der Anbieter auch Regelungen über die Art und Weise der Störungsmeldung, über die Entstörungsfrist und die Abwicklung der Entstörungsleistung²⁸⁷. Zur Absicherung der Entstörungsfrist dienen zuweilen Vertragsstrafeversprechen für den Fall verschuldeter Verzögerung der Ent-

²⁸² Vgl. amtl. Begründung der Bundesregierung zu § 6 TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997.

²⁸³ Bei längeren vorübergehenden Leistungseinstellungen oder -beschränkungen sind die Kunden in geeigneter Form über Art, Ausmaß und Dauer der Leistungseinstellung zu unterrichten. Handelt es sich um eine voraussehbare Leistungseinstellung oder -beschränkung, besteht zudem eine Verpflichtung zur vorherigen Unterrichtung gegenüber denjenigen Kunden, die auf eine ununterbrochene Verbindung oder einen jederzeitigen Verbindungsaufbau angewiesen sind und dies dem Anbieter unter Angabe von Gründen schriftlich mitgeteilt haben.

²⁸⁴ Richtlinie des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (90/387/EWG), ABl. L 192 v. 24.7.1990, S. 1.

²⁸⁵ BeckTKG- Komm- BÜchner § 41 Rn. 47.

²⁸⁶ Vgl. amtliche Begründung zu § 12 TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997.

²⁸⁷ Exemplarisch: Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (Abl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 3.

störungsleistung²⁸⁸. Andererseits legen Anbieter den Endkunden die Aufwendungen für die Überprüfung der Einrichtungen auf, wenn sich herausstellt, daß die Störung ihre Ursache nicht in den technischen Einrichtungen des Anbieters hatte²⁸⁹.

4. Sonstige Leistungsstörungen

Regelungen über sonstige Leistungsstörungen, etwa über die Folgen eines ungewollten Abbruchs der Verbindung oder positive Forderungsverletzungen, finden sich in den Verträgen nicht explizit, stehen aber im Zusammenhang mit den zumeist umfangreichen Haftungsregeln, die sogleich zu erörtern sind.

5. Einordnung der Leistungsstörungsregeln

Daß Leistungsstörungsregeln, die Konsequenzen der Störung der Hauptleistungspflichten betreffen, nicht aber die Primärleistungspflichten selbst festlegen, nicht zu den für die Qualifizierung relevanten essentialia negotii gehören, wurde bereits einleitend festgestellt. Auch den erhofften Rückschluß auf den Vertragstypus lassen die Leistungsstörungen betreffenden Regelungen in der TKV und in den Verträgen nicht zu. Denn sie erklären sich überwiegend aus den telekommunikationsrechtlichen und -technischen Spezifika der Rechtsbeziehung zwischen den Anbietern von Sprachtelefondienst und Endkunden, lassen eine gewollte Affinität zum Regelungsgefüge eines geläufigen Vertragstyps jedoch nicht erkennen.

Dementsprechend bleiben augenscheinliche Parallelen zu Strukturen bekannter Vertragstypen, wie sie etwa in der an die Tatbestandsvoraussetzungen des § 554 Abs. 1 BGB anknüpfende vertraglichen Abrede über ein Kündigungsrecht des Anbieters bei Verzug mit zwei Monatsgrundentgelten oder einem entsprechenden Entgelt für die Dauer von zwei Monaten gesehen wird²⁹⁰, rudimentär. Eine derartige Regelung von Einzelfragen in Übereinstimmung mit singulären Regeln eines bestimmten Typus rechtfertigt die vollständige Zuordnung zu diesem Typus nicht.

Für den Vertragstypus lassen sich aus den Leistungsstörungsregeln also keine entscheidenden Erkenntnisse gewinnen. Immerhin ist jedoch - wie gezeigt - aus § 19 TKV zu erschließen, daß das Grundentgelt Gegen-

²⁸⁸ Exemplarisch: Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 3.1.4.. Siehe dazu Gerhoff/ Grote/ Siering/ Statz- Statz D 01.100 Rn. 63.

²⁸⁹ Dazu: OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 1518, 1520; OLG Köln, CR 1999, 165 (Unwirksamkeit wegen Verstoß gegen das AGBGB); Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100, Rn. 24.

²⁹⁰ Auf diese Anknüpfung weist Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100 Rn. 53 ff. hin.

leistung für die Empfangsbereitschaft ist. Und die Normierung von Voraussetzungen für ein (bloßes) Zurückbehaltungsrecht in § 19 TKV kann Ausstrahlwirkungen auf die Voraussetzungen für etwaige, womöglich einschneidendere Gestaltungsrechte zeitigen.

XIII. Haftung

Ähnliches wie für die Behandlung von Leistungsstörungen gilt für die Regelung von Haftungsfragen durch Vertrag, Gesetz oder Rechtsverordnung. Die Haftung der Parteien betrifft nicht die das Rechtsverhältnis prägenden Primärleistungen, sondern Sekundärverpflichtungen, die allenfalls Rückschlüsse auf den Vertragstypus zulassen.

1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Besondere Bestimmungen für Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche für Kunden der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit beinhalten TKG und TKV²⁹¹. Nach § 40 TKG, der in § 7 TKV in Bezug genommen wird, haftet der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen auf Schadensersatz und kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn er nutzerschützende Vorschriften des TKG oder der darauf beruhenden Rechtsverordnungen, der Lizenzverpflichtungen oder Anordnungen der Regulierungsbehörde vorsätzlich oder fahrlässig verletzt hat.

Die systematische Stellung des § 40 TKG zu Beginn des mit "*Kundenschutz*" überschriebenen Fünften Teils des TKG verdeutlicht, daß der Gesetzgeber dieser als eigenständige Anspruchsgrundlage ausgestalteten Norm besondere Bedeutung für den Schutz des Kunden einräumt. Die ausdrückliche Sanktionierung von Verstößen gegen die neuen Vorschriften und Anordnungen sollen neben der Aufsicht der Regulierungsbehörde ein weiteres Regulativ schaffen²⁹² und den Normgehorsam erzwingen.

Die Beschränkung der Schadensersatzpflicht und des Unterlassungsanspruchs auf den Bereich der Verstöße gegen solche Vorschriften, die den Nutzer schützen, führt jedoch dazu, daß sich Tatbestand und Rechtsfolge von § 40 TKG und § 823 Abs. 2 BGB decken²⁹³. Denn § 823 Abs. 2 BGB gewährt auf der Rechtsfolgenseite neben einem Schadensersatzanspruch in Verbindung mit § 1004 BGB wie § 40 TKG einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen Schutzgesetze. Solche Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind auch Rechtsverordnungen und behördliche Einzelfallregelungen, wie Lizenzbedingungen

²⁹¹ Dazu im einzelnen: Schulz, NJW 1999, 764 ff..

²⁹² Begründung zum Gesetzentwurf, § 40 TKG, BT- Drs. 13/3609 v. 30.1.1996, S. 47.

²⁹³ BeckTKG- Komm- BÜchner § 40 TKG, Rn. 1.

oder sonstige behördliche Anordnungen²⁹⁴. Da der quasinegatorische Unterlassungsanspruch kein Verschulden erfordert, bleibt der Schutzeffekt des § 40 TKG sogar noch hinter dem Schutz des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1004 BGB zurück. Bei § 40 TKG handelt es sich also um eine überflüssige Regelung²⁹⁵.

§ 7 TKV verweist zunächst auf § 40 TKG und auf "allgemeine gesetzliche Bestimmungen", nimmt allerdings in Abs. 2 im Verhältnis zum Endkunden eine - auch im Vergleich zum AGBG²⁹⁶ - relevante Einschränkung des Haftungsrahmens für die Fälle fahrlässiger, aber auch grob fahrlässiger Verursachung eines Schadens vor²⁹⁷. Danach haften Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit für reine Vermögensschäden - nicht für Sach- und Personenschäden, für die unbegrenzt einzustehen ist - unabhängig vom Anspruchsgrund bis zu einem Betrag von fünfundzwanzigtausend Deutsche Mark je Endkunde (Einzellimit). Auf zwanzig Millionen DM ist zudem die Haftung eines Anbieters für fahrlässige Schadensverursachung gegenüber der Gesamtheit der Geschädigten begrenzt (Gesamtlimit). Wird diese Höchstgrenze überschritten, sind die Schadensersatzbeträge der Geschädigten anteilmäßig zu kürzen²⁹⁸. Diese Haftungsbeschränkung dient der Begrenzung der kaum abschätzbaren Risiken, die bei einem derartigen Angebot gegenüber einer Vielzahl von Kunden bestehen, die über dasselbe Netz versorgt werden (Quantifizierungsmoment)²⁹⁹ und - wie etwa Börse und Banken - durch den Ausfall der Telekommunikationseinrichtungen unmittelbar einen unabsehbaren Schaden erleiden.

2. Vertragliche Regelung

Da die Haftungsbeschränkung gegenüber den Endkunden kraft Verordnung eintritt, verzichten manche Anbieter auf eine ausdrückliche Haftungsfrei-

²⁹⁴ Palandt- Thomas § 823 Rn. 140.

²⁹⁵ So auch BeckTKG- Komm- Büchner § 40 TKG Rn. 1; Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch, Rn. 277 ("allenfalls klarstellender Charakter").

²⁹⁶ AGB- rechtlich ist nach § 11 Nr. 7 AGBG eine Haftungsbeschränkung für vorsätzliche, aber auch grob fahrlässige Schadensverursachung unwirksam.

²⁹⁷ Trotz dieser Beschränkungen beinhaltet die Gesamtregelung gegenüber der Vorgängernorm eine wesentliche Verbesserung für den Kunden. Denn nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 TKV 1995 war eine Haftung der Deutschen Telekom nur dann gegeben, wenn ein Vorstandsmitglied, ein Bereichsleiter oder ein Niederlassungsleiter vorsätzlich oder grob fahrlässig einen Vermögensschaden verursacht hatte.

²⁹⁸ Für eine Einschränkung der Haftungsbegrenzung auf "typische Betriebsrisiken", die ihre Ursache in der Netzstruktur haben (analysiert bei Schulz, NJW 1999, 764, 766), ist angesichts des eindeutigen Wortlauts kein Raum. Zudem besteht ein geeigneter Maßstab zur Abgrenzung von typischen und atypischen Risiken nicht.

²⁹⁹ Vgl. Schulz, NJW 1999, 764, 766.

zeichnung³⁰⁰. Leitend ist dabei die Erkenntnis, daß die gemäß § 7 Abs. 2 TKG i.V.m. § 11 Nr. 7 AGBGB statthafte Freizeichnung für Personen, Sach- und Vermögensschäden, denen ein Verschuldengrad "unterhalb" von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zugrunde liegt, für Personenschäden an Nr. 1 a des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen³⁰¹ scheitern dürfte³⁰². Andere Anbieter schöpfen dagegen die Freizeichnungsmöglichkeiten, insbesondere für leicht fahrlässig verursachte Vermögensschäden, aus³⁰³.

3. Einordnung der Regelung

Die Haftungsbestimmungen betreffen die Inanspruchnahme des Anbieters für Verletzungen seiner vertraglichen (oder außervertraglichen) Verpflichtungen, was eine Zuordnung zu den vertragswesentlichen Hauptleistungspflichten ausschließt. Angesichts der intensiven telekommunikationsrechtlichen Ausprägung der Haftungsfragen lassen sich aus den Abreden der

³⁰⁰ Haftungsbeschränkungen fehlen etwa in folgenden AGB: Allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der Firma KielNet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 102/1998, S. 1460), Ziffer 6; allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459), Ziffer 6; allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234) nebst Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537); vgl. dazu auch Grote, BB 1998, 1117, 1120.

³⁰¹ EG Abl. L 95 v. 21.4.1993, S. 29.

³⁰² Vgl. Gerhoff/ Grote/ Siering/ Statz- Statz (Aktuelle Informationen) L.

³⁰³ Vgl. beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Hutchison Telecom GmbH; Festnetz (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 159/1998, S. 1857), Ziffer 10.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345), Ziffer 7; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Teleos Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 288/98, S. 2797), Ziffer 12.3. ; allgemeine Geschäftsbedingungen der Viag Interkom GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, 1998, Mitteilung Nr. 311/98, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 378/1999, S. 2497), Ziffer 12; häufig findet sich die Begrenzung der Schadenshöhe pauschal für "fahrlässige" Verursachung, ohne besondere Erwähnung der groben Fahrlässigkeit: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Bitel (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 282/1998, S. 2781), Ziffer 12.3; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Pre-Selection und Call-by-Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462), Ziffer 12.3; allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793), Ziffer 20.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der KomTel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH für die Bereitstellung von Festnetzzugängen und Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 104/98, S. 1465), Ziffer 9.2; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802), Ziffer 9.3; allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma VEW Telnet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/98, S. 2639), Ziffer 10.3..

Parteien auch keine Rückschlüsse auf den von ihnen zugrunde gelegten, privatautonom vereinbarten Vertragstypus ziehen.

XIV. Laufzeit / ordentliche Kündigung

1. Vertragliche Regelung

In den üblichen Verträgen ist eine Vertragslaufzeit nicht festgelegt; sie sind unbefristet geschlossen. Eine ordentliche Kündigung ist nach nahezu³⁰⁴ allen Verträgen möglich. Die Kündigungsfristen betragen zwischen sechs Tagen³⁰⁵ und dreißig Tagen zum Monatsende³⁰⁶.

2. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund / Einordnung

Kündigungsrechte im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunde normieren TKG und TKV nicht. Sie werden aber an verschiedenen Stellen, nämlich in §§ 13 Abs. 5, 28 Abs. 3 TKV und der Grundstückseigentümergeklärung vorausgesetzt. Die Ausgestaltung der

³⁰⁴ Kein ordentliches Kündigungsrecht sehen dagegen vor: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für den Anschluß zum Festnetz und für Sprachkommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 55/1998, S. 892); allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793). Fristen für eine ordentliche Kündigung werden dann überwiegend einzelvertraglich vereinbart.

³⁰⁵ So allgemeine Geschäftsbedingungen Telefondienst (T-Net-Anschlüsse) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1998, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 194/1998, S. 2234), Ziffer 8.1..

³⁰⁶ So beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("tesion") (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308), Ziffer 8.2. und (ein Monat zum Monatsende) allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der Firma KielNet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 102/1998, S. 1460), Ziffer 2.6.; zehn Werktage zum Monatsende sehen vor die allgemeinen Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Bereitstellung von Telefonanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 56/1998, S. 895), Ziffer 13.3. ; vierzehn Tage zum Monatsende sehen vor die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 9 sowie (zwei Wochen zum Monatsende) die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma Netcologne (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 142/1998, S. 1802, geändert durch Mitteilung Nr. 142/1998, S. 2797), Ziffer 11.1., so auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma EweTel GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 143/1998, S. 1804), Ziffer 12.2. und die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 14.3.; vier Wochen zum Monatsende werden normiert in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbH (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623), Ziffer 6.3..

Modalitäten der Kündigungserklärung in § 13 Abs. 5 TKV³⁰⁷ ist indes für die Frage der Qualifizierung des Rechtsverhältnisses ebensowenig ergiebig wie die Normierung von Kündigungsrechten aufgrund spezieller telekommunikationsrechtlicher Erfordernisse in § 28 Abs. 3 TKV (Änderung der AGB). Allein die Existenz von Kündigungsrechten läßt lediglich den Rückschluß auf den Dauerschuldcharakter der Rechtsbeziehung zu, weil Kündigungsrechte die typischen Gestaltungsrechte einer auf Dauer angelegten Rechtsbeziehung sind.

XV. Datenschutz und Fernmeldegeheimnis

Daß neue Techniken auch neue Gefahren bedeuten, erweist sich an den umfangreichen Bestimmungen über den Datenschutz und das Fernmeldegeheimnis: Die Diensteanbieter sind in einem marktbeherrschten System aus Zwecken der Werbung, der Marktforschung, der Errichtung von Teilnehmerverzeichnissen oder Auskunftsdiensten an der Verwendung der Kundendaten interessiert. Die Behandlung und Speicherung einer Vielzahl von Daten auf Grundlage diensteintegrierter, digitaler Netze, insbesondere die Protokollierung der Verbindungsdaten, hat das Risiko einer Profilbildung beim Benutzer und der Entanonymisierung verschärft. Telekommunikation auf einem hohen technischen Entwicklungsstand tangiert daher in besonderem Maße den Schutzbereich des Grundrechts der Teilnehmer auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 und Art 1 Abs. 1 GG, das insbesondere den Schutz personenbezogener Daten gewährleistet.

1. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Da im nunmehr herrschenden Privatrechtsverkehr, anders als im Staat-Bürger- Verhältnis zwischen den Bundespost und deren Nutzer, indes die Grundrechte nicht unmittelbar wirken³⁰⁸, wurden spezielle Regelungen zum Datenschutz normiert, die neben das allgemeine Datenschutzrecht³⁰⁹ treten: § 89 TKG enthält eine detaillierte Ermächtigungsnorm für eine (neue) "*Verordnung über den Datenschutz für Unternehmen, die Telekommunikationsdienstleistungen erbringen*" (TDSV). Die Vorgaben des § 89 TKG sind in der am 12.7.1996 erlassenen und bis zum Erlaß einer neuen Fassung fortgeltenden TDSV³¹⁰, die die Erhebung, Verarbeitung und

³⁰⁷ Der neue Anbieter leitet die Erklärung sodann an den bisherigen Anbieter weiter. Die Frage, wann die Kündigung wirksam wird, ist nicht geregelt, so daß es bei der allgemeinen Regel bleibt, daß die Kündigung mit Zugang beim Vertragspartner wirksam (so auch Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Rn. 250) wird. Der neue Anbieter wird also nicht als Vertreter des Konkurrenten tätig, und auch ein Schuldner-/Gläubigerwechsel tritt vor Wirksamkeit der Kündigung nicht ein.

³⁰⁸ Problem der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht.

³⁰⁹ Insbesondere maßgeblich ist insoweit das BDSG (BGBl. I, S. 2954, zuletzt geändert durch das BegleitG zum TKG vom 17. 12. 1997 (BGBl. I, S. 3108).

³¹⁰ BGBl. 1996 I S. 982.

Nutzung von Daten regelt, bereits weitgehend umgesetzt. Die Neufassung der TDSV wird in erster Linie der sachgerechten Ergänzung und der Anpassung der Verordnung an den veränderten Rechtsrahmen dienen³¹¹.

Eine Konkretisierung des durch Art. 10 GG gewährleisteten Schutzes des Inhaltes und der näheren Umstände eines Telekommunikationsvorgangs gegen die Offenbarung gegenüber Dritten (Fernmeldegeheimnis) beinhaltet § 85 TKG, der denjenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken (Abs. 2), die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses auferlegt und Einschränkungen nur im Rahmen des für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste Erforderlichen gestattet und dafür konkrete Verhaltensregeln (Abs. 3) normiert³¹².

Im Verhältnis zum Endkunden sind §§ 85 ff. TKG und die TDSV insoweit von Bedeutung, als der Endkunde ersehen kann, in welchen Bereichen und in welchem Umfang er mit der Einschränkung seiner durch Art. 2 Abs. 1 S. 1, Art. 1 Abs. 1 und Art. 10 GG geschützten Grundrechte rechnen muß, wenn er Telekommunikationsdienstleistungen in Anspruch nimmt³¹³.

2. Vertragliche Regelung / Einordnung

Diese wegen des Gesetzesvorbehalts grundrechtlich gebotenen Vorschriften, wie die entsprechenden Vertragsklauseln, die auf die Einschränkung respektive die Beachtung des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses durch anbieterseitige Maßnahmen hinweisen (bezeichnend ist insoweit, daß die Anbieter darlegen, was sie hinsichtlich der Verwendung von Daten "dürfen"³¹⁴), insbesondere die Verwendung von Daten von einer Einwilligung des Endkunden abhängig machen, erschöpfen sich aus Sicht des Endkunden in einer Hinweisklausel; allenfalls legen sie den Anbietern Nebenpflichten auf. Zu den das Rechtsverhältnis prägenden Leistungen gehören die Regeln über den Datenschutz und das Fernmeldegeheimnis jedoch nicht.

XVI. Sonstige Vereinbarungen

Weitere Vereinbarungen in Verträgen über den Teilnehmeranschluß weisen keinen spezifischen Bezug zur Materie der Telekommunikation auf. Gerichtsstandsvereinbarungen, AGB- Abwehrklauseln, Aufrechnungs- und

³¹¹ Vgl. BeckTKG- Komm-Büchner § 89 Rn. 2.

³¹² Vgl. im einzelnen BeckTKG- Komm- Büchner § 85 Rn. 2 ff. und Königshofen, RDV 1997, 97,98, der die datenschutzrechtlichen Verpflichtungen der Anbieter darstellt.

³¹³ Vgl. BeckTKG- Komm- Büchner § 89 Rn. 2.

³¹⁴ Vgl. exemplarisch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Mannesmann Arcor AG & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 70, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 181/1999, S. 1214), Ziffer 11.

Abtretungsverbote, Klauseln über die Einziehung von Forderungen im Lastschriftverfahren und Barzahleraufschlagsklauseln ebenso wie Bestimmungen über die Anwendbarkeit deutschen Rechts und salvatorische Klauseln finden sich in der Kautelarpraxis in nahezu allen Verträgen.

B. Ergebnis

Die Beschreibung und Analyse der Vertragsmuster hat gezeigt, daß ein wesentlicher Schwerpunkt der Vereinbarungen zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden Nebenpflichten, Mitwirkungsobliegenheiten und Leistungsstörungen betrifft, deren Inhalt durch TKG und TKV mit bestimmt wird. Diese Abreden sind für das Rechtsverhältnis nicht charakteristisch und für die Frage der rechtstypologischen Qualifizierung nicht ergiebig.

Es ließen sich jedoch unter Berücksichtigung der von den Parteien intendierten Zwecke und unter Beachtung der von ihnen in Betracht zu ziehenden Risiken auch charakteristische Hauptleistungen des Anbieters und des Endkunden herausarbeiten, die in allen Verträgen enthalten und für das Rechtsverhältnis im Hinblick auf das wirkliche Rechtsleben prägend sind:

Jedes Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden enthält die wesentlichen Leistungsverpflichtungen des Anbieters, dauerhaft den Empfang von Telekommunikationsverbindungen³¹⁵ am Teilnehmeranschluß des Endkunden zu gewährleisten, gegenüber dem Endkunden als Anrufer jederzeit nach Wahl der Rufnummer eines Anschlusses im selben Ortsnetz zwischen der Netzabschlußeinrichtung beim Endkunden und derjenigen des angewählten, empfangsbereiten Anschlusses eine Telekommunikationsverbindung zu errichten, für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten und über diese Verbindung die von den Teilnehmeranschlüssen ausgesandten Sprachsignale vom und zum jeweiligen Teilnehmeranschluß zu transportieren. Die Hauptleistungspflichten des Endkunden bestehen in Zahlungsverpflichtungen: Das (monatliche) Grundentgelt ist Äquivalent für die Empfangsbereitschaft des Anschlusses. Die nutzungsabhängigen Verbindungsentgelte werden für die im Einzelfall eines abgehenden Telefonates vom Anbieter gegenüber dem Anrufer erbrachten Leistungen vom anrufenden Endkunden geschuldet.

³¹⁵ Damit sind nur solche Telekommunikationsverbindungen gemeint, die ordnungsgemäß von einem anderen Anschluß ausgesandt worden sind.

§ 3 Die Rechtsnatur einzelner Elemente

Nach Ermittlung der charakteristischen Züge der Rechtsbeziehung des Rechtsverhältnisses zwischen Endkunde und Anbieter von Ortsverbindungen kann nunmehr die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses unternommen werden.

A. Erfordernis und Relevanz rechtlicher Qualifizierung

Die Absicht, die Beziehung zwischen Endkunde und Anbieter von Ortsverbindungen rechtlich zu qualifizieren, wirft zuvor die Frage nach dem Sinn der rechtlichen Qualifizierung auf.

Die Notwendigkeit einer Zuordnung des Rechtsverhältnisses zu einem vertypten Vertrag leuchtet nicht auf den ersten Blick ein. Da Schuldverträge, anders als sachenrechtliche Zuordnungen, die auch das Verhältnis zu Dritten regeln, nur die Rechte der jeweiligen Vertragsparteien betreffen, gilt im Vertragsrecht der Grundsatz der Privatautonomie. Die Parteien bestimmen selbst darüber, welche Rechte und Pflichten sie sich auferlegen. Privatautonomie besteht gerade auch darin, den Inhalt der Verträge frei zu gestalten und sich nicht in das Schema eines der vertypten Schuldverhältnisse pressen zu lassen. Die "lex contractus" könnte allein alle Fragen regeln³¹⁶.

Indes gibt es Fälle, in denen die Parteien von diesem Recht gar keinen Gebrauch machen und im Vertrauen auf die – zu ermittelnde - gesetzliche Rechtslage keine ausdrücklichen Regelungen treffen oder aber vorbereitete Erklärungen, insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen, nicht Vertragsinhalt werden.

Zudem steht eine Zuordnung zu den kodifizierten oder im Rechtsleben entwickelten Vertragstypen zum Grundsatz der Privatautonomie auch nicht im Widerspruch. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung der Vertragstypen im Besonderen Schuldrecht keinen Zwang aufgestellt, nur Verträge dieses Inhalts zu schließen, sondern lediglich besonders häufig auftretende Vertragsgestaltungen in einer Art Musterkollektion³¹⁷ erfaßt und einem als adäquat erkannten Rechtsfolgensystem unterworfen. Privatautonom getroffene Vereinbarungen, die hinsichtlich ihres Leistungsinhalts mit den vertypten Verträgen kongruieren, können ohne Typenzwang dem entsprechenden Rechtsfolgensystem unterworfen werden.

³¹⁶ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 7 IV 4, S. 154.

³¹⁷ Gilles, NJW 1983, 361, 365.

Der Nutzen einer solchen Zuordnung erweist sich, was einleitend bereits angedeutet wurde, bei der Frage der Anwendung zwingenden Rechts, der Schließung von Vertragslücken und der Handhabung des AGBG.

I. Anwendung zwingenden Rechts

Die Typenfreiheit findet dort ihre Grenzen, wo die Parteien eine Vereinbarung treffen, die zwar insgesamt einem Typus entspricht, aber in bestimmten Vertragsteilen im Widerspruch zu Einzelnormen steht, die als so wichtig angesehen werden, daß die Parteien über sie nicht disponieren können. Solche zwingenden Normen dienen in erster Linie dem Schutz der schwächeren Vertragspartei³¹⁸ und sind nicht eben zahlreich³¹⁹. Ob eine derartige Regel eingreift, läßt sich nur feststellen, wenn der Rechtstypus des Vertrages erkannt ist, was die typologische Qualifizierung zur Voraussetzung der Anwendung zwingenden Rechtes erhebt.

II. Anwendung dispositiven Rechts bei Vertragslücken

Auch ergeben sich nicht immer sämtliche Rechtsfolgen aus dem Vertrag. Die Parteien lassen bestimmte regelungsbedürftige Punkte bewußt oder unbewußt offen.

Derartige Vertragslücken können entweder durch eine ergänzende Auslegung des Vertrages gemäß § 157 BGB oder durch die Heranziehung dispositiven Rechts geschlossen werden, was die Frage aufwirft, in welchem Verhältnis diese Methoden zueinander stehen.

Die ergänzende Vertragsauslegung beruht auf dem Gedanken, daß die im Vertrag objektivierte Regelung eine selbständige Rechtsquelle darstellt, aus der unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte Regelungen für offen gebliebene Punkte abgeleitet werden könnten³²⁰. Da die Auslegung an dem im Vertrag manifestierten Willen der Parteien ansetzt und diesem Geltung verleiht, entspricht diese Methode dem Anschein nach eher dem Grundsatz der Privatautonomie als die Heranziehung solcher gesetzlicher Bestimmungen, die die Vertragsgegner zumeist gar nicht in ihren Willen mit einbezogen haben.

Demgegenüber ist zu berücksichtigen, daß eine Vertragslücke nur entstehen kann, weil der Wille der Parteien im Vertrag eben nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen ist. Regeln die Parteien Vertragselemente nicht selbst, so dürfen sie aber ohne weiteres auf die gesetzliche Regelung vertrauen. Die Geltung dispositiven Rechts müssen sie dafür nicht ausdrücklich

³¹⁸ Larenz, Schuldrecht I § 4 II a, S. 51 f..

³¹⁹ Als Beispiele seien genannt: §§ 248 I, 276 II, 419; 443; 476, 540, 550 a ff., 617 ff., 637 BGB.

³²⁰ BGHZ 9, 273, 277 f. mit umfangreichen Nachweisen.

vereinbaren³²¹. Es ist daher Aufgabe des dispositiven Gesetzesrechts, die Lücken eines Vertrages zu schließen. Ergänzende Vertragsauslegung, die nicht mit dem dispositiven Recht kongruiert, ist in Wahrheit Fortbildung des objektiven Rechts außerhalb des Gesetzes³²².

Überwiegend wird daher heute die Ansicht vertreten³²³, daß keine auslegungsbedürftige Lücke besteht, soweit sich für die Rechtsbeziehung gesetzliche Regelungen oder Regelungen eines in der Praxis entwickelten Vertragstypus finden, die eine interessengerechte Lösung herbeiführen. Die Anwendung dispositiven Rechts tritt nur dann zugunsten der Vertragsauslegung zurück, wenn die Vereinbarungen der Parteien gegenüber dem Normaltypus Besonderheiten aufweisen, die mittels des dispositiven Rechts überhaupt nicht sachgerecht zu lösen sind³²⁴. Das bedeutet, daß vor einer ergänzenden Vertragsauslegung auch hinsichtlich untypischer Elemente zu untersuchen ist, ob diese mit anderen gesetzlichen Vertragstypen kongruieren, so daß sich aus den Bestimmungen für diesen Typus insoweit sachgerechte Lösungen finden lassen, die mit den Merkmalen des anderen Typus zusammenwirken³²⁵. Nur wenn die besonderen Umstände des Einzelfalles eine vom dispositiven Recht abweichende Regelung erfordern oder eine gesetzliche Regelung überhaupt nicht vorhanden ist, ist der Vertrag anhand seines sonstigen Inhalts ergänzend auszulegen³²⁶.

Die Anwendung des dispositiven Gesetzesrecht zur Schließung von Vertragslücken setzt zwingend voraus, die Vereinbarungen den im Gesetz oder im Rechtsleben vertypen Rechtsverhältnissen zuzuordnen.

III. Leitbildfunktion des Vertragstypus bei Anwendung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)

Abweichungen vom dispositiven Recht bedürfen somit umgekehrt grundsätzlich der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien. Die sich ändernden Bedürfnisse des heutigen Wirtschaftslebens bedingen umfassende Modifikationen des Gesetzesrechts. Die Interessen der Wirtschaft an der Rationalisierung des Vertragsabschlusses und der Vertragsabwicklung durch

³²¹ MüKom- Mayer-Maly § 157 Rn. 26.

³²² BGHZ 40, 91, 103; Mangold, NJW 1961, 2284.

³²³ Ständige Rechtsprechung. Vgl. BGHZ 40, 91, 103; 77, 301, 304; 90, 96, 75; Staudinger- Roth § 157 Rn. 23.

³²⁴ Vgl. Staudinger- Roth § 157 Rn. 23.

³²⁵ Larenz, Schuldrecht I § 29 II, 547.

³²⁶ Soergel- Wolf § 157, Rn. 113 m.w.N.; Ob man die Bestimmung von Vertragsinhalten in derartigen Fällen überhaupt als „ergänzende Auslegung“ einordnen kann, ist nicht unzweifelhaft. Vieles spricht dafür, mit Pfeiffer, ZIP 1997, 49 ff., anzunehmen, daß es sich um die Konkretisierung eines gesetzlichen Vertragsinhalts nach der Verkehrssitte handelt.

Vereinheitlichung³²⁷ haben in nahezu allen Bereichen des Geschäftslebens dazu geführt, den entsprechenden Regelungen nicht jeweils individualvertraglich, sondern durch vorformulierte, standardisierte Verträge Geltung zu verleihen. Dies gilt für die Verträge zwischen dem Netzbetreiber und den Anwendern in besonderem Maße. Denn bei den Endkundenverträgen in der Telekommunikation handelt es sich um Massenverträge par excellence. Regelmäßig verwenden die Anbieter im Sprachtelefondienst allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem AGBG unterfallen.

Dieses Gesetz dient in erster Linie dazu, den mit der Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen typischerweise verbundenen Gefahren für den Kunden entgegenzutreten³²⁸. Auch in den hier zu behandelnden Rechtsbeziehungen wird dieser Gefahr durch die besondere Inhaltskontrolle der §§ 10 - 11 AGBG entgegengetreten. Die Subsumtion unter die besonderen Klauselverbote dieser Vorschriften setzt zum Teil die Festlegung des Vertragstypus des zu überprüfenden Klauselwerkes voraus³²⁹. Sind die Klauselverbote der §§ 10, 11 AGBG nicht einschlägig, findet eine Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG statt. Diese *"Auffangvorschrift und Grundnorm der Inhaltskontrolle"*³³⁰ knüpft in Abs. 2 Nr. 1 AGBG an die Lehre von der Leitbildfunktion des dispositiven Gesetzesrechts an³³¹ und rekurriert auf *"wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung"*. Eine Abweichung von diesen ist im Zweifel gleichbedeutend mit einer unzulässigen und damit unwirksamen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders. Maßstab für die Inhaltskontrolle ist somit das gesetzliche Leitbild, das wiederum nur durch Qualifizierung des Vertrages zu ermitteln ist.

Zudem ist eine rechtliche Einordnung der Verträge unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten auch im Hinblick auf § 6 Abs. 2 AGBG erforderlich, wonach an die Stelle unwirksamer Klauseln die gesetzlichen Vorschriften treten, deren Identität anhand der rechtstypologischer Zuordnung zu ermitteln ist.

B. Rechtliche Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und den Endkunden

Die nachfolgende rechtstypologische Qualifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und den Endkunden ist also

³²⁷ Ulmer/Brandner/Hensen - Ulmer Einleitung Rn. 3.

³²⁸ Ulmer/Brandner/Hensen - Ulmer Einleitung Rn. 29.

³²⁹ Z.B. § 11 Nr. 11, 12 AGBG.

³³⁰ Wolf/Horn/Lindacher- Wolf § 9 Rn. 62.

³³¹ Nachweise bei Ulmer/Brandner/Hensen - Brandner § 9 Rn. 42, 132.

wesentliche Grundlage für die rechtlich zutreffende Behandlung dieser Rechtsbeziehung.

I. Qualifizierung durch die Parteien

Die Anbieter bezeichnen ihre Leistungen als "*Dienstleistungen*". Das spricht dafür, daß die Parteien die Rechtsbeziehung als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB behandelt wissen wollen³³².

Ursache für die Verwendung dieses Begriffes ist jedoch die Kennzeichnung der Leistungen des Anbieters als "*Telekommunikationsdienstleistung*" in den telekommunikationsrechtlichen Vorschriften³³³. Greifen die Parteien diese Terminologie auf, bedeutet das nicht, daß sie das Schuldverhältnis den für den Dienstvertrag geltenden Maximen unterstellen wollen. Entsprechendes gilt für den Ausdruck "*Telekommunikationsunternehmen*"³³⁴, der nicht auf die Bezeichnung des Schuldners einer Werkleistung im Sinne von § 631 BGB schließen läßt.

Selbst wenn man also eine Qualifikationshoheit der Parteien anerkennen wollte³³⁵, ist mangels entsprechender Vereinbarung der Vertragstypus nicht durch Parteiabrede bestimmt.

II. Qualifizierungsversuche in Rechtsprechung und Literatur

Die neugestaltete Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen im Ortsnetz und Endkunden war noch nicht Gegenstand profunder Qualifizierungsversuche in Rechtsprechung und Literatur. Soweit sich überhaupt Stellungnahmen zur Rechtsnatur finden, werden überwiegend unreflektiert die tradierten, unter ganz anderen technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen etablierten³³⁶ Ansichten über

³³² Zwar können nach § 631 Abs.2 BGB auch „Dienstleistungen“ Gegenstand eines Werkvertrages sein, allerdings meint dieser Terminus sich die Hauptleistungspflichten der Parteien. Die Anbieter bezeichnen demgegenüber alle – also auch die wesentlichen Leistungspflichten – als „Dienstleistungen“.

³³³ Legaldefiniert in § 3 Nr. 18 TKG als "das gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebotes von Übertragungswegen für Dritte".

³³⁴ Vgl. § 93 TKG.

³³⁵ Zur streitigen (überwiegend negierten) Qualifikationshoheit der Parteien siehe Staudinger- Mayer- Maly Einl. zu §§ 433 ff. Rn. 8; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 7 IV. 1., S. 153.

³³⁶ Insbesondere gehörte bis zur Aufhebung des Endgeräte-monopols stets die Überlassung der Endeinrichtungen, also der Telefone ("Wecker") zum Leistungsprogramm des Anbieters. In der Anfangszeit war die persönliche Tätigkeit von Beamten erforderlich. Zudem wurden nach Größe der Ortsnetze gestaffelte Pausch- und Grundgebühren verlangt, für die der Kunde eine gewisse Anzahl von Telefonaten frei führen konnte, vgl. dazu Jungblut, Das Fernsprechan-schlußverhältnis, S. 36. (Eine Regelung, deren Nachwirkungen im übrigen in Form von "Freieinheiten" noch bis in die Neunzigerjahre reichten.)

die Einordnung der Leistungsbeziehung zwischen dem Monopolisten und dem Endkunden repetiert.

1. Überkommene Qualifizierung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses"

Das seit Beginn des 20. Jahrhunderts existierende "*Teilnehmeranschlußverhältnis*" ist, wenngleich eine Typenqualifizierung wegen der zuletzt umfangreichen, abschließenden öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung kaum mehr erfolgte³³⁷, den verschiedensten Vertragsarten zugeordnet worden: Weite Teile der Literatur sahen das "Fernsprechteilnehmerverhältnis" als reine Sachmiete³³⁸ oder "*mietähnliches Dauerschuldverhältnis*"³³⁹ an. Aber auch ein Dienst-³⁴⁰ oder Werkvertrag³⁴¹ wurde ebenso erkannt wie ein gemischttypischer Vertrag aus (mietrechtlichen) "*Sach- sowie Dienstleistungen*"³⁴².

Das Reichsgericht sprach sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1924 für einen Vertrag "*besonderer Art*" aus, der Teile der Miete und des Werkvertrages vereinige³⁴³. Die Annahme der Verbindung dieser Elemente zu einem gemischttypischen Vertrag über die Miete des Teilnehmeranschlusses und einen Werkvertrag über die Telefonate überwog wohl seither³⁴⁴ und wurde vor allem von der Post und ihren Nachfolge-

³³⁷ So spricht Hagman, Die Rechtsstellung der Beteiligten des Fernsprechteilnehmerverhältnisses, S. 9 von einem "*eigenständigen, öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis*", was eine (privatrechtliche) Qualifizierung erübrige.

³³⁸ Planck, § 535 Bem. 2 (ohne Begründung); ausführlich: Frey, Das Fernsprechananschluß-Verhältnis, S. 55 ff.; Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, 31; siehe auch Mittelstein, Mietrecht § 9 Nr. 4, S. 63 m.w.N.; Aubert, NJW 1952, 732 und Fernmelderecht I, 160 f., der sich insbesondere auf die Ausführungsbestimmungen (Ziffer 6 zu § 19 FO) zur Fernsprechordnung bezog, die den Hinweis enthielten, das "*Fernsprechbenutzungsverhältnis*" sei im Konkurs den Mietverhältnissen zuzurechnen; grundlegend: Joerges, ZHR, Bd. 56, S. 44, 56.

³³⁹ RGRK- Gelhaar Vor. § 535 Rn. 238; Jaeger- Henkel, KO § 19 Rn. 10.

³⁴⁰ So bereits Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 157 IV 2, der die persönliche Tätigkeit der Beamten als maßgeblich ansah; Staub, Staub's Kommentar zum HGB, Anmerkung 5 zu § 425, der neben der angeblich im Vordergrund stehenden dienstvertraglichen Verpflichtung der Beamten auch mietvertragliche Elemente erkannte.

³⁴¹ Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts- Scholz, S. 809; Scholz, Gruchot, Bd. 52, S. 359, 363.

³⁴² Ludewig, ZHR, Bd. 35, 14, 22; Meili, Das Telephonrecht, S. 184 ff.

³⁴³ RGZ 98, 341, 342. Das Berufungsgericht (OLG Hamm) hatte dagegen einen Mietvertrag angenommen, vgl. RGZ 98, 341, 343; siehe auch RGZ 39, 35, 36. .

³⁴⁴ Zustimmend schon Staudinger- Ostler, 11. Auflage § 535 Rn. 40 I. Vgl. auch die nachfolgende Darstellung neuerer Rechtsprechung und Literatur.

unternehmen zugrunde gelegt³⁴⁵. Zuweilen wurden daneben auch zusätzliche dienstvertragliche Elemente ausfindig gemacht³⁴⁶.

2. Qualifizierung der neuartigen Rechtsverhältnisse

Die wenigen von diesen Ansichten abhebenden Stellungnahmen zum Charakter der aktuellen Rechtsbeziehungen bleiben überwiegend diffus: Entweder wird eine definitive Entscheidung für einen Typus nicht getroffen³⁴⁷ oder es bleibt im Unklaren, welche konkreten Leistungen welchem Typus unterworfen werden sollen.

So ist etwa die Rede von einem "wohl"³⁴⁸ *"gemischttypischen Vertrag mit miet- und werkvertraglichem Charakter"*³⁴⁹, einem Vertrag "besonderer Art, der miet- und werkvertragliche Elemente enthält"³⁵⁰, einem Werkvertrag, "in den mietvertragliche Elemente beim Benutzen der Anlagen integriert sind"³⁵¹, einem "Dauerschuldverhältnis mit mietvertraglichem Charakter"³⁵², "einem Dauerschuldverhältnis mit überwiegend werkvertraglichen Elementen"³⁵³ oder einem *"gemischttypischen Vertrag, der ... mietvertragsähnlichen Charakter hat"*³⁵⁴ oder auch von einem "Werkvertrag"³⁵⁵ über "Sprachtelefondienstleistungen"³⁵⁶.

Die Mehrzahl der Autoren will nach wie vor den Teilnehmeranschluß betreffende Vereinbarungen mietvertraglich qualifizieren, die Abreden, die die einzelnen Telefonate zum Gegenstand haben, dagegen dem Werkvertragsrecht unterwerfen. Eine genaue Definition des Mietobjektes lassen

³⁴⁵ Siehe auch heute noch: Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100 Rn. 1.

³⁴⁶ Erman- Schopp, 8. Auflage Vor. § 535 Rn. 38.

³⁴⁷ Exemplarisch: Hahn, MMR 1999, 586, 587, der Fälligkeitsklauseln sowohl auf der Grundlage einer mietrechtlichen Qualifizierung als auch auf der Basis werkvertraglicher Zuordnung analysiert.

³⁴⁸ Mit diesem Zweifel: Grote, BB 1998, 1117.

³⁴⁹ So auch Imping, CR 1999, 426, 427.

³⁵⁰ MüKom- Voelskow Vor. § 535 Rn. 14.

³⁵¹ Wolf/Horn/Lindacher- Wolf § 9 T 15; so auch: Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz 01.100. Rn. 1, S. 5; Statz, ArchivPT 1996, 66.

³⁵² Wolf/Horn/Lindacher- Horn § 23 Rn. 128; Hahn, MMR 1999, 251, 255 ("mietvertraglicher Netzzugangsvertrag").

³⁵³ So für den Mobilfunkvertrag OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 889, 891.

³⁵⁴ AG Chemnitz ArchivPT 1996, 64, 65 mit zustimmenden Anmerkungen Statz; so auch Fangmann, Rechtliche Konsequenzen des Einsatzes von ISDN 1993, S. 170; dem "Mietverhältnis ähnliche" Elemente erkennt auch Schöpflin, BB 1997, 106, 108 im Mobilfunkvertrag.

³⁵⁵ Ohne Begründung: AG Offenburg NJW-RR 1996, 1014 ("Werkleistung"); Palandt-Putzo Einf. v. § 535 Rn. 23.

³⁵⁶ Biletzki, VuR 1999, 35, 37. Welche Leistungen werkvertraglicher Art sein sollen, wird jedoch nicht recht deutlich.

diese Ansichten aber meist ebenso vermissen wie die konkrete Bestimmung des werkvertraglichen Erfolges³⁵⁷.

III. Typologische Qualifizierung

Ob eine dieser Ansichten für das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden fruchtbar gemacht werden kann, ist durch Reflexion des vertraglich geschuldeten Leistungsprogramms an den gesetzlichen und den empirisch entwickelten Regelungen durch typologische Betrachtungsweise zu ermitteln.

1. Mietvertrag

Die auf Dauer angelegte vollautomatische Abwicklung der Telekommunikation durch die Vermittlungs- und Übertragungseinrichtungen ohne unmittelbaren Einfluß menschlicher Tätigkeit ist seit Beginn der "Telefonie" zum Anlaß genommen worden, das Wesen des "*Teilnehmeranschlußvertrages*" in der Überlassung der betriebsbereiten Telekommunikationseinrichtungen an den Endkunden zum Gebrauch zu erkennen und das Rechtsverhältnis damit zum Teil oder auch insgesamt dem Mietrecht zuzuschlagen³⁵⁸. Auch heute sind - wie gezeigt - mietrechtliche Ansätze zur Erfassung der neu entwickelten Rechtsverhältnisse in der Telekommunikation weit verbreitet. Insbesondere die Deutsche Telekom AG sieht in der Überlassung des Teilnehmeranschlusses eine Leistung mit mietrechtlichem Charakter³⁵⁹.

a. Charakter des Mietvertrages

Der Mietvertrag begründet nach der in §§ 535, 536 BGB getroffenen Regelung das Dauerschuldverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, das die zeitweilige Gewährung, also nicht die bloße Duldung³⁶⁰, des Gebrauchs einer konkreten Sache gegen Entgelt zum Gegenstand hat. Mindestanforderungen eines Mietvertrages sind die Einigung über einen bestimmten Mietgegenstand sowie über Mietdauer und Mietzins³⁶¹. Die Gebrauchsüberlassung an den Mieter erfolgt regelmäßig, aber nicht notwendig³⁶², durch Besitzeinweisung³⁶³.

³⁵⁷ Repräsentativ zuletzt Imping, CR 1999, 426, der zum Leistungsprogramm des Anbieters eines nicht näher umrissenen "*Festnetzvertrages*" die "*mietvertragsähnlich*" zu qualifizierende "*Überlassung eines körperlichen Gegenstandes i.S. d. § 90 BGB*" zählt, aber keinen Aufschluß darüber gibt, welche Sache er genau meint und warum die Rechtsbeziehung einem Mietvertrag nur "ähnlich" sein soll. Die "*Herstellung der Telekommunikationsverbindung*" als werkvertraglichen Erfolg anzusehen, läßt ebenfalls die meisten Fragen offen, worauf noch im einzelnen einzugehen sein wird.

³⁵⁸ Siehe Fn. 332.

³⁵⁹ Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100 Rn. 1, S. 5.

³⁶⁰ Staudinger- Emmerich §§ 535, 536 Rn. 21.

³⁶¹ Gitter, Gebrauchsüberlassungsverträge, § 3 B II 1, S. 19.

³⁶² Soergel- Heintzmann § 535 Rn. 138; Staudinger- Emmerich §§ 535, 536 Rn. 23.

³⁶³ Palandt- Putzo § 536 Rn. 6.

b. Mietvertragliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden

Da das Rechtsverhältnis der Miete durch einen gegenseitigen Vertrag begründet wird, kommen sowohl der Anbieter von Sprachtelefondienst als auch der Endkunde gleichsam als Mieter wie als Vermieter in Betracht. Dabei bietet die Vermieterleistung in Form der Überlassung von Sachen zum Gebrauch den im Verhältnis zur Zahlungsverpflichtung signifikanteren Ansatzpunkt.

aa. Leistungen des Anbieters

Unter diesem Gesichtspunkt ist zunächst das breitere Leistungsspektrum des Anbieters auf mietrechtliche Elemente zu untersuchen.

(A.) Die Überlassung des Teilnehmeranschlusses als Miete

Mietrechtlicher Natur soll nach vielfach vertretener Ansicht also die Überlassung des Teilnehmeranschlusses sein.

Wie der Installation des Teilnehmeranschlusses kommt nach der hier vertretenen Auffassung zwar auch der "*Überlassung des Teilnehmeranschlusses*" keine das Rechtsverhältnis prägende Bedeutung zu. Schon angesichts ihrer weiten Verbreitung in Rechtsprechung und Literatur ist gleichwohl die Ansicht zu überprüfen, die entsprechende Anbieterverpflichtung begründe ein mietrechtliches³⁶⁴ oder mietvertragsähnliches Rechtsverhältnis³⁶⁵ über den "Teilnehmeranschluß", diese Leistung sei Gegenstand eines mietrechtlichen "*Netzzugangsvertrags*"³⁶⁶.

In der Tat hat die vertraglich versprochene "Überlassung" des Teilnehmeranschlusses a prima vista mietrechtliche Züge. Diese treten vor allem zutage in der kongruenten Terminologie (gemäß § 536 BGB besteht eine Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, die vermietete Sache "*zu überlassen*") und in dem durch die "Überlassung" des Teilnehmeranschlusses auf einige Dauer begründeten Dauerschuldcharakter, der sowohl das Rechtsverhältnis der Miete als auch die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Endkunde kennzeichnet.

(I.) Der Teilnehmeranschluß als Mietobjekt

Diese Parallelen dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Miete des Teilnehmeranschlusses gemäß § 535 BGB zwingend voraussetzt, daß es sich beim Teilnehmeranschluß um eine Sache, also um einen

³⁶⁴ Statz, Anmerkungen zu AG Chemnitz, Urteil vom 25. 8. 1995, ArchivPT 1996, 69.

³⁶⁵ AG Chemnitz ArchivPT 1996, 64, 65 mit zustimmenden Anmerkungen Statz; Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100 Rn. 1, S. 5; Grote, K & R 1998, 61.

³⁶⁶ So Hahn, MMR 1999, 251, 255; vgl. auch 2. Teil, 2. Abschnitt, § 3 B II 1, 2.

körperlichen Gegenstand im Sinne von § 90 BGB handelt. Der Teilnehmeranschluß, verstanden als besondere Form des allgemeinen Netzzugangs, ist - anders als die vor dem Fall des Endgerätemonopols ebenfalls "überlassenen" Endgeräte³⁶⁷ - Produkt verschiedener Leistungen, die nicht in einem Gegenstand verkörpert sind³⁶⁸. Der Teilnehmeranschluß ist keine Sache³⁶⁹.

Ansichten, die gleichwohl den Teilnehmeranschluß und nicht lediglich die Endgeräte als Objekt eines miet- oder mietähnlichen Vertrages einstufen, rekurrerten bezeichnenderweise auf die konkursrechtliche Problematik der Einordnung des Rechtsverhältnisses zum Anwendungsbereich entweder des § 17 KO oder des § 19 KO³⁷⁰. Aus der ergebnisorientierten Zuordnung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses" zum Tatbestand des § 19 KO, dessen Anwendung dem Konkursverwalter bei "Fortsetzung" des Rechtsverhältnisses die Befriedigung der vor Konkurseröffnung entstandenen Verbindlichkeiten als Masseschuld ersparte, wurde eine allgemeine Qualifizierung des "Teilnehmeranschlußvertrages" als mietrechtliches Rechtsverhältnis abgeleitet.

Dieser - inzwischen durch die neuere Rechtsprechung des BGH zu § 17 KO³⁷¹, insbesondere aber durch die Insolvenzordnung ohnehin überholte -

³⁶⁷ In der Idee der Miete der Endgeräte dürfte die mietrechtliche Theorie ihre Wurzeln haben. Siehe dazu schon kritisch: Scholz, Gruchot, Bd. 52, 359, 361.

³⁶⁸ Insoweit darf auf die unter § 2 Ziffer III. (S. 39 ff) dargelegte Definition des Teilnehmeranschlusses verwiesen werden.

³⁶⁹ So auch zutreffend Biletzki, VuR 1999, 35.

³⁷⁰ So verweist Statz, Anmerkungen zu AG Chemnitz, Urteil vom 25.8.1995, ArchivPT 1996, 69 auf die konkursrechtliche Entscheidung BGHZ 39, 35, wo allerdings (S. 36) auch nicht vom Teilnehmeranschluß, sondern von einem "langandauernden Fernsprechverhältnis" als einem "nur mietähnlichen, nach neuerer Ansicht öffentlich-rechtlichen Wiederkehrschuldverhältnis" die Rede ist, sowie auf Anmerkungen Aubert, der zu dieser Frage jedoch nicht Stellung nimmt. Vgl. weiter Aubert, NJW 1952, 732 mit dem Hinweis auf die Ausführungsbestimmungen zur überholten Fernsprechordnung, in denen sich die Wertung finde, das Fernsprechbenutzungsverhältnis sei zu den Mietverhältnissen zu rechnen. Ähnlich auch: Jaeger/Henckel, KO § 19 Rn. 10 (unter völliger Mißachtung sämtlicher Rechtsänderungen (Bezugnahme auf § 18 Abs. II FO)); Kilger/Schmidt, KO § 19 Rn. 2; Kuhn, KO § 19 Rn. 3; Aubert, Fernmelderecht, I. Teil, S. 159 ff.; J. Mohrbutter, KTS 84, 401 ff..

³⁷¹ Nach der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 17 Abs. 1 KO führte die Eröffnung des Konkursverfahrens zum Erlöschen der beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträge. Bei Wahl der Erfüllung wurden demnach die Ansprüche mit dem bisherigen Inhalt neu begründet (vgl. beispielsweise BGHZ 106, 236, 241 ff.; BGHZ 116, 156, 158). Dahinter steht der Gedanke, daß für Leistungen, die mit Mitteln der Masse erbracht werden, auch die Gegenleistung stets der Masse gebühren soll. Auf diese Problematik wird im einzelnen unten in § 4 unter dem Gesichtspunkt eines "Wiederkehrschuldverhältnisses" eingegangen.

Ansatz trägt jedoch nicht über das Konkursrecht hinaus, weil das Konkursrecht wegen seiner divergierenden Schutzrichtung die zwischen den Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuches gesteckten Grenzen überschreiten kann, ohne dadurch eine Rechtfertigungsgrundlage für die Typenqualifizierung zu bilden. So erfaßt § 19 KO Miet-, aber auch pachtrechtliche Schuldverhältnisse ebenso wie Rechtsverhältnisse, auf welche die für Miete und Pacht geltenden Bestimmungen nur entsprechend anzuwenden sind. Die Unterscheidung zwischen Sachen und sonstigen Vertragsgegenständen spielt - anders als nach der unzweideutigen Regelung in § 535 BGB - in § 19 KO also keine Rolle. Denn Pacht und mietähnliche Rechtsverhältnisse können auch Vertragsobjekte zum Gegenstand haben, die nicht körperliche Gegenstände sind. Das Konkursrecht setzt sich also insoweit über Grenzen, die das Vertragsrecht des BGB aufstellt, hinweg. Die konkursrechtliche Zuordnung des "Teilnehmeranschluß-verhältnisses" zum Anwendungsbereich des § 19 KO läßt daher nicht den Rückschluß zu, daß das Rechtsverhältnis dem Vertragstypus der Miete zuzurechnen ist und erlaubt insbesondere nicht, unter Mißachtung des Wortlauts des § 535 BGB nichtkörperliche Gegenstände als Mietobjekte anzusehen.

Weil der Teilnehmeranschluß keine Sache ist, ist er nicht vermietet.

(II.) Die bei der Installation des Teilnehmeranschlusses verwendeten Sachen als Mietobjekte

Nicht der Teilnehmeranschluß, wohl aber die zu seiner Installation vom Anbieter verwendeten körperlichen Gegenstände, also alle zur technischen Verbindung des Endkunden mit einem Netzknoten des Anbieters eingesetzten Telekommunikationseinrichtungen, sind als Sachen geeignete Mietobjekte. Es fragt sich also, ob das Versprechen zur Überlassung des Teilnehmeranschlusses ein mietrechtliches Rechtsverhältnis begründet, weil der Anbieter dem Endkunden in Erfüllung dieser Verpflichtung für einige Zeit die Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen gestatten und für deren Funktionsfähigkeit sorgen muß.

(1.) Die im Besitz des Endkunden befindlichen Sachen als Mietobjekte

Rein äußerlich spricht für eine Miete, daß dem Endkunden gegen Entgelt der Besitz³⁷², nicht aber das Eigentum an der Anschlußdose und dem Steckverbinder sowie an dem über das Grundstück verlaufenden Teil der Anschlußleitung verschafft wird³⁷³.

³⁷² Eine Besitzübertragung an den auf dem Grundstück befindlichen Einrichtungen auf den Endkunden sogar ablehnend: OLG Frankfurt CR 1998, 222 ff..

³⁷³ Die noch im Teilnehmeranschlußverhältnis mitgeschuldete Besitzüberlassung der Endgeräte ist mit Aufhebung des Endgerätemonopols entfallen.

Die im Besitz des Endkunden stehenden Sachen bilden jedoch lediglich einen geringen Teil des Anschluß- und erst recht des gesamten Telekommunikationsnetzes. Der Teil des Netzes, den der Endkunde besitzt, ist für die Parteien kaum abgrenzbar³⁷⁴, was erhebliche Bedenken an der für einen Schuldvertrag erforderlichen Bestimmtheit des Mietobjektes aufwirft.

Vor allem aber ist zweifelhaft, ob diese Teile der gesamten vom Anbieter eingesetzten Infrastruktur für den Endkunden einen selbständigen Gebrauchswert haben, der die Annahme eines entsprechenden rechtsgeschäftlichen Gebrauchs(überlassungs)willens der Parteien rechtfertigt. Denn wenn zwar auch bei jedem Telekommunikationsvorgang Anschlußstecker und -kabel zwingend mit "gebraucht" werden, bilden diese Sachen doch noch nicht einmal das Substrat für den Zugang zum Netz, weil jedenfalls das für den Netzzugang erforderliche (letzte) Leitungsstück vom Grundstück des Endkunden bis zum Knotenpunkt im Netz des Anbieters nicht im Besitz des Endkunden steht. Auch dieser letzte Teil der Anschlußleitung muß aber bei jedem Telekommunikationsvorgang mit "gebraucht" werden. Ein isolierter Gebrauch der in seinem Besitz befindlichen Sachen ist dem Endkunden also schon aus technischen Gründen nicht möglich. Ein Wille des Endkunden, diese Sachen, deren isolierter Gebrauch ihm auch überhaupt nichts nützt, gleichwohl zum Gebrauch überlassen zu bekommen, ist nicht zu konstatieren³⁷⁵.

Dementsprechend wird auch ein Entgelt in Form von Mietzins für die Nutzung der im Besitz des Endkunden befindlichen Sachen nicht erhoben. Die "*Überlassung des Teilnehmeranschlusses*" ist sonach nicht auszulegen als mietrechtlich zu qualifizierende Überlassung der im Besitz des Endkunden stehenden Sachen zum Gebrauch.

(2.) Alle für den Netzzugang erforderlichen Sachen als Mietobjekte

Vermag die Miete der Sachen, an denen dem Endkunden der Besitz verschafft wird, die Leistungsbeziehung nicht abzubilden, weil diese nichtmals den Zugang zum Netz eröffnen, scheint es nahe zu liegen, das mietrechtliche Rechtsverhältnis auf alle für den Netzzugang erforderlichen Sachen zu erstrecken, also auch die Sachen als Gegenstand eines Mietvertrages anzusehen, die sich nicht im Besitz des Endkunden befinden.

Offensichtlich wirft dabei die fehlende Übertragung des Besitzes vom Anbieter auf den Endkunden Subsumtionsprobleme hinsichtlich Art und

³⁷⁴ Jedenfalls wird in der Praxis nicht nachvollzogen, welche Sachen sich im (angesichts der in Fn. 370 angeführten Entscheidung sogar zweifelhaften) Besitz des Endkunden befinden.

³⁷⁵ So auch zutreffend Biletzki, VuR 1999, 35.

Umfang des in §§ 535, 536 BGB vorausgesetzten Gebrauchsrechtes auf. Dem Interesse des Endkunden scheint dagegen die Überlassung aller für den Netzzugang erforderlichen Sachen zum Gebrauch zu entsprechen. Denn diese Sachen verschaffen ihm den physischen und logischen Netzzugang³⁷⁶. Die Art des Zusammenwirkens der vom Endkunden zu entrichtenden Entgelte scheint diese These zu bestätigen: Das gesonderte Verbindungsentgelt fällt ausschließlich im Einzelfall des Verbindungsaufbaus an und ist damit anscheinend Gegenleistung für die Inanspruchnahme der Telekommunikationsinfrastruktur über die für den Teilnehmeranschluß erforderlichen Sachen hinaus. Der periodische Grundpreis, der - miettypisch - an der Dauer der "Nutzung" orientiert ist, könnte im Umkehrschluß als Mietzins für die Überlassung der für den Netzzugang erforderlichen Sachen anzusehen sein, der auch anfällt, wenn Einzelverbindungen nicht hergestellt werden.

Eine genauere Analyse erhärtet jedoch die Feststellung, daß es nicht dem Willen der Parteien entspricht, der Überlassung des bloßen "Zugangs" zum Netz eigenständige Bedeutung zukommen zu lassen. Denn in isolierter Form nützen dem Endkunden die ihm überlassenen Sachen für den Zugang zum Netz auch dann nichts, wenn der Netzzugang funktionstüchtig ist: Es ist nicht richtig, daß der Endkunde, der über den Netzzugang verfügt, anrufen und angerufen werden kann³⁷⁷. Telefonieren kann der Endkunde nur, wenn über das Telekommunikationsnetz, zu dem der Zugang verschafft wird, durch (denselben) Anbieter Sprachtelefondienstleistungen erbracht werden. Liegt die Telekommunikationsinfrastruktur dagegen brach, ist der Anschluß "tot" und für den Endkunden wertlos³⁷⁸. Er kann weder erreicht werden, noch andere erreichen.

Keinen Pfennig würde der Endkunde für die Überlassung eines solchen Zugangs zu einem stillliegenden Telekommunikationsnetz bezahlen. Das muß er auch nicht tun: Der nutzungsunabhängige Grundpreis ist nicht das Äquivalent für die Gebrauchsüberlassung der für den Netzzugang erforderlichen Sachen, sondern Gegenleistung für die ständige Erreichbarkeit. Und diese Leistung ist ebenso wie die Errichtung abgehender Telefonate durch die bloße Überlassung der für den Netzzugang erforderlichen Sachen nicht

³⁷⁶ Rufnummernzuteilung und Freischaltung könnten insoweit als Anbieterleistungen zur Herstellung und Erhaltung dieser Sachen zum vertragsgemäßen Gebrauch i.S.v. § 536 BGB anzusehen sein.

³⁷⁷ So aber Korf, CR 1995, 518, 519.

³⁷⁸ Anschaulich etwa das Beispiel aus dem Jahr 1998, als im Stuttgarter Raum eine Vermittlungsstelle im Netz der Deutschen Telekom AG infolge Brandes ausfiel: Die einzelnen Anschlüsse blieben davon unberührt. Telekommunikation aber konnte über das angeschlossene Netz nicht geführt werden.

zu realisieren, sondern setzt die Funktion der gesamten, auch über den Netzzugang hinausreichenden Telekommunikationsinfrastruktur voraus.

Der bloße Netz - "Zugang" ist also lediglich Mittel zum Zweck³⁷⁹. Darauf, daß diese Auffassung bestätigt wird durch § 3 Nr. 9 TKG, wonach der Netzzugang *zum "Zwecke des Zugriffs"* auf Netzfunktionen oder Telekommunikationsdienstleistungen bereitgestellt wird und eben nicht selbst Zweck der Vertragsbeziehung ist, wurde bereits hingewiesen. Nicht der Zugriff selbst, sondern die Netzfunktionen und Telekommunikationsdienstleistungen, auf die zugegriffen wird, sind Gegenstand des Interesses des Endkunden³⁸⁰.

(III.). Ergebnis

Das Ergebnis der Analyse, ob dem Endkunden Teile des Anschlußnetzes vermietet werden, bekräftigt, daß der "*Überlassung des Teilnehmeranschlusses*" keine das Rechtsverhältnis prägende Bedeutung zuerkannt werden kann. Eine Miete der für die Überlassung des Teilnehmeranschlusses erforderlichen Sachen entspricht mangels Gebrauchsinteresses nicht dem Willen der Parteien. Miete kann schließlich in der Überlassung dieser Sachen auch deshalb nicht gesehen werden, weil ein Entgelt für diese Leistung nicht entrichtet wird.

(B.) Das gesamte Leistungsprogramm des Anbieters als Miete des gesamten Telekommunikationsnetzes

Ist es also nicht der Zugang selbst, so liegt die Möglichkeit auf der Hand, das Objekt, zu dem der Zugang hergestellt wird, als Mietgegenstand anzusehen. Die Lehre von der Miete des gesamten "Fernsprechnetzes" durch jeden einzelnen Kunden war in der Tat zu Beginn der Entwicklung des "Fernsprechwesens" herrschend³⁸¹.

Während die bisher auf ihre mietrechtlichen Züge untersuchten Teile des Leistungsprogramms des Anbieters für sich betrachtet für den Endkunden nicht von Interesse waren, keine der wesentlichen Leistungsverpflichtungen

³⁷⁹ So schon Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, S. 37.

³⁸⁰ Die Sachen, die den Zugang gewährleisten, sind daher nicht anders zu bewerten als etwa bei einem Haus, bei dem Schlüssel oder Zufahrt zumindest dann nicht selbständig vermietet sind, wenn zwischen denselben Parteien ein darüberhinausgehendes mietrechtliches Rechtsverhältnis über die Sache besteht, zu der der Zugang gewährt wird.

³⁸¹ Vgl. beispielsweise: Planck § 535 Bem. 2; Mittelstein, Mietrecht § 9 Nr. 4; ausführlich: Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis mit umfangreichen Nachweisen; Frey, Das Fernsprechananschlußverhältnis, S. 55 ff.; von der "herrschenden Meinung" spricht Scholz in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, Bd. V. 2. Abt. § 229, S. 817.

zu erfassen vermochten und daher die Anwendung eines gesonderten (mietrechtlichen) Rechtssystems nicht rechtfertigten, eröffnet die Miete des ganzen Telekommunikationsnetzes eine ganz andere Perspektive: Dieser Ansatz könnte die vollständige Kongruenz der miteinander zu konfrontierenden Leistungsprogramme des Vermieters und des Anbieters von Ortsverbindungen leisten. Denn sämtliche Telekommunikationsdienstleistungen des Anbieters, sei es die jederzeitige Empfangsbereitschaft, sei es die auf Abruf erfolgende Herstellung und Aufrechterhaltung einer Kommunikationsverbindung vom Endkunden zu einem anderen Teilnehmer und der Transport der von den Teilnehmern ausgesandten Sprachsignale, werden ganz unabhängig von menschlicher Tätigkeit allein durch den Betrieb des gesamten vollautomatischen Telekommunikationsnetzes realisiert³⁸². Ein Interesse des Endkunden, zum Zwecke der Telekommunikation das gesamte Telekommunikationsnetz zum Gebrauch überlassen zu bekommen, kann daher nicht von vornherein negiert werden.

Ist also das gesamte Telekommunikationsnetz vermietet?

(I.) Mietsache

Eine positive Antwort auf diese Frage läßt die Identität des Mietgegenstandes zu: Das Telekommunikationsnetz, einschließlich der zur Errichtung des Teilnehmeranschlusses installierten Sachen, ist als körperlicher Gegenstand Sache im Sinne von § 90 BGB. Diese ist - obschon nicht in allen Einzelheiten sichtbar - hinreichend bestimmt oder zumindest anhand der Unterlagen des Anbieters bestimmbar.

(II.) Gebrauchsüberlassungspflicht des Anbieters - Gebrauchsrecht des Endkunden

Die Vorstellung von der Miete des riesigen Telekommunikationsnetz durch jeden einzelnen Kunden erregte indes schon bei weit kleineren "Fernsprechnetzen" und Teilnehmerzahlen "*Schwindelgefühle*"³⁸³. Und das Reichsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1924 eine Miete des

³⁸² Zu kurz greift dagegen Biletzki, VuR 1999, 35, wenn er meint, der Endkunde miete die Sachen nicht, weil er die zur Telekommunikation erforderlichen technischen Prozesse nicht in Gang setzen könne. Es steht nämlich außer Frage, daß der Endkunde ganz allein die technischen Einrichtungen in Betrieb setzen und damit telefonieren kann. Biletzki abstrahiert dagegen ohne nachvollziehbare Begründung das (vermeintliche) Mietobjekt ("Kabel des Telekommunikationsunternehmens") von dem durch dessen Überlassung erzielbaren Erfolg ("Verbindung zwischen zwei Anschlüssen"). Mit einer solchen Abstraktion könnte jeder Wohnraummietvertrag als Werkvertrag über die "Herstellung der Wohnmöglichkeit" begriffen werden.

³⁸³ So bereits Scholz in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, Bd. V. 2. Abt. § 229, S. 817, Nr. 1 ("*schwindelerregender Gedanke*").

gesamten Fernsprechnetzes durch jeden einzelnen Teilnehmer ausdrücklich verworfen³⁸⁴.

Kern solch "*quälender Gedanken*"³⁸⁵ und Ursache für die in der aktuellen Diskussion festzustellende Indifferenz gegenüber dem universellen mietrechtlichen Ansatz zur Erfassung der gesamten Leistungsbeziehung sind Differenzen in der Interpretation des in §§ 535, 536 BGB vorausgesetzten mietrechtlichen Gebrauchsrechts. So schloß etwa das Reichsgericht in der vorerwähnten Entscheidung Miete aus, weil es dem einzelnen Teilnehmer am "*Mietbesitz*" am Fernsprechnet³⁸⁶ fehle.

(1.) Besitzeinweisung

In der Tat will der Anbieter dem Endkunden Besitz im Sinne der § 854 ff. BGB an dem weitverzweigten Telekommunikationsnetz nicht verschaffen³⁸⁷.

Den Tatbestandsmerkmalen der §§ 535, 536 BGB läßt sich allerdings nicht entnehmen, daß zum Mietgebrauch notwendig der Besitz gehört. Vorschriften über den Verwendungersatz (§ 547 BGB) und das Wegnahmerecht des Mieters (§ 547 a BGB)³⁸⁸, den Mieter treffende Obhuts- und Sorgfaltspflichten³⁸⁹ sowie über Maßnahmen zur Erhaltung und zur Verbesserung der Mietsache (§§ 541 a)³⁹⁰, 541 b) BGB)³⁹¹ setzen allerdings voraus, daß der Mieter - wenn nicht die tatsächliche Sachherrschaft im Sinne der §§ 854 ff. BGB - so doch eine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache erhält, die den Zugriff anderer - einschließlich des Vermieters - grundsätzlich ausschließt. Isoliert erweisen sich diese Regelungen von vornherein als unpassend für das hier zu behandelnde Rechtsverhältnis.

Der mietrechtlichen Einordnung steht dies jedoch nicht entgegen. Denn für den Typus Miete sind diese Bestimmungen nicht essentiell: Zum Teil sind sie ohnehin nur für die Wohnraummiete konzipiert, zum Teil betreffen sie

³⁸⁴ RGZ 98, 341, 342.

³⁸⁵ Vgl. Frey, Das Fernsprech- Anschlußverhältnis, S. 59.

³⁸⁶ RGZ 98, 341, 342; vgl. auch: Ludewig, ZHR 53, 14, 22; Jessen für den Online-Vertrag, ZUM 1998, 282, 287.

³⁸⁷ Wobei zu Reichsgerichtszeiten noch das Endgerät von der Post überlassen werden mußte, was schon eher auf mietrechtliche Elemente schließen läßt.

³⁸⁸ Das Wegnahmerecht besteht für solche Einrichtungen, mit denen der Mieter die Mietsache versehen hat, was zunächst einen unmittelbaren Zugriff auf die Sache voraussetzt.

³⁸⁹ Diese werden vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt und kommen etwa in der Anzeigepflicht nach § 545 BGB zum Ausdruck, vgl. Palandt- Putzo § 545 Rn. 1, 6.

³⁹⁰ § 541 a) BGB spricht explizit von der "Einwirkung" des Vermieters auf die Sache.

³⁹¹ § 541 a), b) BGB gelten allerdings ohnehin nur für Wohnraummietverträge, vgl. Palandt- Putzo § 541 a) Rn. 2; § 541 b) Rn. 3.

Nebenleistungspflichten; sämtlich bilden sie nicht die essentialia negotii, können also abgeändert werden, ohne daß dadurch der einleitend dargelegte mietrechtliche Charakter unterginge. Für Art und Ausmaß der für die Qualifizierung maßgeblichen Gebrauchsüberlassungspflicht setzt § 536 BGB sonach allein den Vertrag als Maßstab. Was der Vermieter im Einzelfall tun muß, um seiner Pflicht zu genügen, dem Mieter die Mietsache zum Gebrauch zu überlassen und während der Mietzeit zu belassen, richtet sich also nach Art und Umfang des Gebrauchs, der dem Mieter nach dem Vertrag gestattet ist. Nur wenn hiernach der Gebrauch der Mietsache notwendig deren Besitz voraussetzt, gehört zur Gebrauchsgewährung auch die Verschaffung des Besitzes³⁹².

(2.) Vertraglich vereinbarter Gebrauch als mietrechtlicher Gebrauch

Unmittelbar bringt der Maßstab der Parteivereinbarung für die Frage der Miete des Telekommunikationsnetzes allerdings keine Klärung. Denn explizit wird über einen dem Endkunden zustehenden Gebrauch des Netzes in den Verträgen in aller Regel nichts ausgesagt. Im Wege der Auslegung ist daher zu ermitteln, ob dem Endkunden kraft Vertrages eine Beziehung zu dem als Gesamtheit zu verstehenden Telekommunikationsnetz verschafft wird, die der Beziehung des Mieters zur Mietsache äußerlich, vor allem aber nach dem Willen der Parteien, entspricht.

(a.) Gebrauch von Teilen des Netzes

Betrachtet man daraufhin das vertraglich geschuldete Leistungsspektrum des Anbieters, ergibt sich ein Befund: Wie auch immer der Endkunde die Anbieterleistungen in Anspruch nimmt, eine Relation zwischen ihm und dem als Einheit verstandenen Telekommunikationsnetz entsteht stets nur in der Weise, daß der Endkunde respektive sein Gesprächspartner wenige Teile der automatischen Netzeinrichtungen in Betrieb setzt. Der "Gebrauch" des gesamten Netzes durch Inanspruchnahme aller Netzeinrichtungen zur selben Zeit erfolgt dagegen nicht und ist dem Endkunden, der anderenfalls das gesamte Netz blockieren könnte, auch keineswegs gestattet³⁹³.

Ist in der vom Anbieter zu realisierenden Beziehung zwischen Endkunde und Telekommunikationseinrichtungen mietrechtlicher Gebrauch zu erkennen, bezieht sich dieser also anscheinend nicht auf das gesamte Netz, sondern auf die jeweils in Anspruch genommenen Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen. Tatsächlich ist daher angenommen worden, vermietet seien die jeweils zum Einsatz gebrachten Telekommunikations-

³⁹² Vgl. BGHZ 65, 137, 139; BGH NJW-RR 1989, 589.

³⁹³ Derart umfassende Gebrauchsrechte gewähren sich allenfalls die Anbieter untereinander.

einrichtungen³⁹⁴. Dieser Idee vom Gebrauchsrecht an Teilen des Netzes entspricht auf den ersten Blick auch die Ausgestaltung der Gegenleistung in Form der Verbindungsentgelte. Diese orientieren sich unter anderem an der Entfernung und können damit Äquivalent für die "Nutzung" eines mehr oder weniger großen Netzteils sein³⁹⁵.

Als Miete der jeweils für die Telekommunikation benutzten Netzteile läßt sich die Rechtsbeziehung jedoch nicht erfassen, weil gar nicht klar ist, auf welche Sachen sich die mietrechtlichen Gebrauchsüberlassungs-, Instandhaltungs-, Sorgfalts- und Gewährleistungspflichten erstrecken sollen. Dies mag in der Anfangszeit des Fernmeldeverkehrs, als "fernsprechen" noch unter Nutzung eines bestimmten Kupferkabels vom Anrufer zum Angerufenen erfolgte, anders gewesen sein. Heute bestimmen dagegen vollautomatische Vermittlungscomputer bei jedem einzelnen Telekommunikationsvorgang über den Einsatz dieser oder jener Übertragungswege und Vermittlungseinrichtungen mehr oder weniger zufällig. Die Identität der einzelnen Vermittlungsanlagen und Kabelstrecken kann und wird durch die Parteien nicht nachvollzogen. Als Mietobjekt sind die jeweils in Anspruch genommenen Netzteile zu unbestimmt³⁹⁶.

(b.) Gebrauch des ganzen Netzes zur Nutzung von Teilen

Diese Erkenntnis zwingt zur Revision der stillschweigend unterstellten Prämisse, die Erfüllung der Vermieterpflichten bei Miete des ganzen Netzes bedinge die tatsächliche Inanspruchnahme aller Netzteile durch den Mieter. Effektiv besteht eine Interdependenz zwischen Mietgegenstand und Gebrauchsrecht nur insoweit, als das Recht zum Gebrauch alle Bestandteile der Mietsache umfaßt und sie dadurch als solche definiert. Die Ausübung des Gebrauchsrechtes im Einzelfall kann dagegen durchaus auf einzelne Teile beschränkt sein.

Die Miete des Ganzen zur Nutzung ausschließlich von Teilen ist dementsprechend ein Phänomen, das in Form von Verträgen über die Nutzung ganzer Fitneßstudios durch jeden einzelnen Kunden zum Gebrauch einzelner Sportgeräte³⁹⁷, der Inanspruchnahme einer Badeanstalt³⁹⁸ oder eines

³⁹⁴ So schon Ludewig, ZHR, Bd. 35, 14, 22 ("...kann auch bezüglich der Leitung die Analogie der Sachmiete herangezogen werden."), der letztlich jedoch im Hinblick auf die Arbeitstätigkeit der Beamten dienstvertragliche Elemente in den Vordergrund stellte. Erwogen wird die Miete von Teilen des Netzes auch von Biletzki, VuR 1999, 35.

³⁹⁵ Allerdings bestünde dann für die nutzungsunabhängigen Entgelte kein Raum.

³⁹⁶ So auch: Korf, CR 1995, 518, 523, 524; Biletzki, VuR 1999, 35.

³⁹⁷ OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 243; LG Saarbrücken NJW-RR 1990, 890; LG Darmstadt NJW-RR 1991, 1015, 1016; AG Gelsenkirchen NJW-RR 1989, 245; Ulmer/Brandner/Hensen- Hensen, Anh. §§ 9 - 11 Rn. 670; von Westphalen, AGB-

Freizeitparks oder von großen Vergnügungseinrichtungen³⁹⁹ in der Rechtspraxis durchaus nicht selten begegnet. Nun kann in jenen Fällen der Mieter prinzipiell frei auswählen, welches Sportgerät er benutzen, wo er baden, welche Vergnügungseinrichtung er in Anspruch nehmen möchte, also an welchen konkreten Teilen des Mietgegenstandes er sein Gebrauchsrecht im Einzelfall ausüben will. Dem Endkunden, der die einzelnen Netzeinrichtungen nicht gezielt ansteuern kann, ist dagegen die Nutzung einzelner Teile des Telekommunikationsnetzes und damit der Zugriff auf zahllose Bestandteile des vermeintlichen Mietobjektes auf Dauer verwehrt. Der Einwand, aus diesem Grund könne von einer Miete des ganzen Telekommunikationsnetzes keine Rede sein⁴⁰⁰, kann jedoch nicht durchgreifen: Anders als in den erwähnten Beispielen kommt es den Parteien bei der Miete des Netzes nämlich nicht auf die Inanspruchnahme mal dieser und mal jener Teile der Mietsache an. Es geht nicht um die prinzipielle Nutzungsmöglichkeit individuell verschiedener Einzelobjekte, die über den "Umweg" der Miete der Sachgesamtheit bewerkstelligt wird. Die Idee von der Miete des ganzen Telekommunikationsnetzes geht aus von der Nutzung des Netzes als einheitliche, betriebsfertige Maschine, wobei der tatsächliche Gebrauch durch die Inanspruchnahme einzelner - in ihrer individuellen Identität jedoch irrelevanter - Bestandteile erfolgt. Bei dieser Betrachtungsweise spielt es - wie etwa bei der Miete einer großen Industrieanlage oder eines Computers - keine Rolle, daß einzelne Bestandteile - bestimmte Maschinenteile oder Mikrochips und Schaltkreise - im Rahmen der individuellen Nutzung durch den einzelnen Kunden tatsächlich nicht gebraucht werden und auch nicht gezielt genutzt werden können; entscheidend ist allein der Gebrauch der ganzen betriebsbereiten Anlage.

(c.) Gewährung des Gebrauchs

Es fragt sich jedoch, ob es den Parteien tatsächlich auf diesen (eingeschränkten) "Gebrauch" des ganzen Netzes ankommt. Ist also die erörterte Beziehung, die in Erfüllung der Vereinbarungen zwischen Endkunde und Telekommunikationsnetz dadurch entsteht, daß der Endkunde stets über die Zugriffsmöglichkeit auf die Telekommunikationsdienstleistungen verfügt und im Einzelfall unter Nutzung der Telekommunikationsinfrastruktur Telekommunikation betreibt, ausreichend, einen Willen der Parteien zur Überlassung des Telekommunikationsnetzes zum Gebrauch anzunehmen?

Klauselwerke, Fitness- und Sportstudiovertrag, Rn. 1. Gerade unter dem Aspekt, daß dem Kunden das Verwendungsrisiko auch hinsichtlich derjenigen Sachen nicht auferlegt werden kann, die er nicht nutzen kann, gegen eine Miete von Fitneßstudios: BGH NJW 1997, 193, 194.

³⁹⁸ Vgl. BGH VersR 1975, 766 (Überlassung eines städtischen Freibades an eine Bundeswehreinheit).

³⁹⁹ Vgl. Staudinger-Emmerich Vorbem. zu §§ 535, 536 Rn. 165.

⁴⁰⁰ Vorgebracht von Korf, CR 1995, 518, 524, Fußnote 44.

Diese Frage beantwortet sich durch Rekurs auf die im ersten Teil dieser Untersuchung aufgezeigte Interessenlage: Dem Endkunden geht es darum, jederzeit telefonisch erreichbar zu sein und andere erreichen zu können. Auf welche Weise, unter Einsatz welcher Mittel der Anbieter dieses Interesse befriedigt, ist dem Endkunden gleichgültig; ihm geht es ausschließlich um Telekommunikation mit anderen Teilnehmern. Die noch im Fernmeldebenutzungsrecht im Vordergrund stehende Benutzung von "Telekommunikationsanlagen", die sich auch auf die damals noch im Leistungsprogramm der Post enthaltenen Endgeräte erstreckte, entspricht im gewandelten technischen und rechtlichen Umfeld nicht (mehr) der Motivationslage und damit auch nicht dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien⁴⁰¹. Welche Infrastruktur der Anbieter zur Realisierung der Telekommunikation einsetzt, wird dementsprechend auch tatsächlich kaum je durch einen Endkunden nachvollzogen. Daß er gleichwohl ein Interesse hat, diese Sachen, die er gar nicht kennt und auch gar nicht kennenlernen will, zu gebrauchen, liegt fern⁴⁰². Das Telekommunikationsnetz ist somit lediglich Mittel zum eigentlichen Zweck der Rechtsbeziehung.

Der Gebrauch des Telekommunikationsnetzes wird dem Endkunden mithin nicht gewährt. Wie bei einem Warenautomaten wird vielmehr die Inanspruchnahme von Sachen durch den Anbieter lediglich geduldet, um einen ganz anderen Zweck zu realisieren⁴⁰³. Und nur für die Erreichung dieses Zwecks zahlt der Endkunde auch.

(d.) Ergebnis

Es bedeutet also, dem Willen der Parteien Gewalt anzutun, wenn man annimmt, er sei bei Vertragsschluß darauf gerichtet, ein Telekommunikationsnetz oder auch nur Teile davon zum Gebrauch zu überlassen respektive überlassen zu bekommen. An das Telekommunikationsnetz mögen Fernmeldetechniker denken; der durchschnittliche Endkunde, dessen Horizont für die Ermittlung der entscheidenden Verkehrsauffassung maßgeblich ist, tut es nicht. Dem überkommenen "*Strippendenken*"⁴⁰⁴ verhaftete Ansichten, die eine Miete von Telekommunikationseinrichtungen annehmen, sind daher zu verwerfen.

⁴⁰¹ Vgl. Brinckmann, CR 1987, 95, 101.

⁴⁰² So auch Korf, CR 1995, 518, 519, 524; H. Redeker, Der EDV- Prozeß Rn. 499 für den "Systemvertrag".

⁴⁰³ So auch Hackemann, CR 1987, 660, 662 für den insoweit vergleichbaren Online-Vertrag.

⁴⁰⁴ Begriff von Brinckmann, CR 1989, 95, 101.

(III.) Angemessenheit des mietrechtlichen Rechtsfolgensystems

Die Verbreitung mietrechtlicher Theorien beruht dementsprechend auch weniger auf einer stringenten Analyse des Willens der Parteien als allein auf der Einordnung in das für passend erkannte mietrechtliche Rechtsfolgensystem⁴⁰⁵.

In der Tat bleibt eine typologische Betrachtungsweise bei der an Begrifflichkeiten ansetzenden Subsumtion der Hauptleistungspflichten nicht stehen, sondern fragt nach der Adäquanz der im Gesetz vertypen Regelungsmuster, die sich durch Rückschluß aus der gesamten gesetzlichen Regelung, insbesondere auch der angebotenen Bewältigungsstrategien für Störungen des Äquivalenzverhältnisses, ergeben⁴⁰⁶. Typologische Rechtsfindung geht aber andererseits auch nicht so weit, die Angemessenheit der Rechtsfolge zum allein entscheidenden Kriterium zu machen⁴⁰⁷. Zudem erweist sich bei eingehender Betrachtung das Rechtsfolgensystem des Mietrechtes nicht als die (allein) geeignete Regelungsmaterie:

(1.) Gebrauch durch mehrere bei Miete des ganzen Netzes

Folge der Vermietung des gesamten Netzes an alle Endkunden wäre, daß der Endkunde selbst in kleinen Ortsnetzen in Konkurrenz mit zahlreichen anderen Teilnehmern stünde. Die Konsequenz des "Mitgebrauchs" aller Kunden stößt vor allem hinsichtlich der im Besitz einzelner Endkunden befindlichen Außeneinrichtungen, namentlich der Teilnehmeranschlußseinheit, auf Bedenken. Durchgreifen können diese jedoch nur, wenn man das Gebrauchsrecht des Mieters mit "Besitz" oder "Herrschaft" über die Mietsache im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts gleichsetzt. Legt man dagegen richtigerweise den nach dem Vertrag geschuldeten Gebrauch zugrunde, kann dieselbe Sache durchaus an mehrere vermietet werden, wenn die damit verfolgten Zwecke nicht miteinander kollidieren⁴⁰⁸. Da die Rechtsverhältnisse, die Telekommunikation zwischen Endkunden zum Gegenstand haben, gerade voraussetzen, daß mehrere Teilnehmer die Telekommunikationsinfrastruktur zugleich nutzen, ist der Gebrauch des Netzes durch mehrere mit mietrechtlichen Regelungen noch vereinbar.

(2.) Überschreitung des Leistungsprogramms bei Miete des ganzen Netzes

Die Mitmiete des Telekommunikationsnetzes durch alle Teilnehmer löst aber ein weiteres Problem aus: Die Leistung des Anbieters gegenüber einem Teilnehmer erstellt sich zugleich als Erfüllung der mietrechtlichen Verpflichtung gegenüber allen anderen Endkunden. Jeder Teilnehmer könnte

⁴⁰⁵ So insbesondere Imping, CR 1999, 425, 429 f..

⁴⁰⁶ Larenz, Methodenlehre, S. 468; Leenen, Typus und Rechtsfindung S. 148.

⁴⁰⁷ Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 151.

⁴⁰⁸ Staudinger-Emmerich §§ 535, 536 Rn. 8; Esser/Weyers, § 14 I 2, S. 130.

unter Hinweis auf die ihm gegenüber bestehende Verpflichtung zur Überlassung des gesamten Telekommunikationsnetzes in betriebsfähigem Zustand verlangen, daß ein an „seinen“ Anschluß adressierter Anruf von einem beliebigen Teilnehmeranschluß innerhalb des Ortsnetzes an ihn übermittelt wird⁴⁰⁹.

Ein solcher Anspruch auf Terminierung eines bestimmten Anrufs von irgendeiner anderen Teilnehmerstelle steht dem Endkunden aber keineswegs zu. Er kann lediglich verlangen, daß sein Anschluß generell zur Entgegennahme von Anrufen aus dem Ortsnetz taugt⁴¹⁰. Das vertraglich vereinbarte "Gebrauchsrecht" deckt sich daher nicht mit dem Gebrauchsrecht, das durch die Miete des gesamten Netzes vermittelt würde⁴¹¹.

(3.) Rechtsfolgen von Leistungsstörungen

Auch hinsichtlich des Leistungsstörungsrechts erweist sich die Miete nicht als die uneingeschränkt passende Materie. Sie weist in den §§ 537 ff. BGB spezielle Leistungsstörungsregeln auf, die die Rechte des Mieters gegenüber den allgemeinen Regelungen (§§ 306 ff., 323 ff. BGB) teils erweitern, teils beschränken. Soweit der Vermieter seiner Verpflichtung zur Übergabe und Erhaltung der Sache in ordnungsgemäßem Zustand nicht nachkommt, steht dem Mieter zunächst der Erfüllungsanspruch aus §§ 535, 536 BGB zu. Dieser umfaßt auch den Anspruch auf Nachbesserung erst nach Übergabe entstandener Mängel.

Übertragen auf die Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden bedeutet das, daß der Endkunde bei Störungen der Telekommunikationsinfrastruktur vom Anbieter die Herstellung der Funktionsfähigkeit verlangen könnte. Das ist mit den vereinbarten Entstörungsverpflichtungen gut in Einklang zu bringen⁴¹². Die Gewährleistungsansprüche tragen dem durch den Dauerschuldcharakter indizierten Fixcharakter⁴¹³ der Vermieterleistung dadurch Rechnung, daß sie die

⁴⁰⁹ Unter diesem Gesichtspunkt noch für eine Miete des gesamten Netzes: Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, S. 37 ff..

⁴¹⁰ Hier zeigt sich der eigentliche Beweggrund für die Annahme der Miete allein des Teilnehmeranschlusses: Die Leistung "Empfangsbereitschaft" könnte bei Miete des Anschlusses auf den Teil des Netzes beschränkt werden, der vom Netzknotenpunkt des Anbieter über die Anschlußleitung zum Endkunden führt.

⁴¹¹ Freilich läßt die Miete die Einschränkung der Nutzungsart einer Sache zu, wie etwa die separat geregelte Wohnraummiete zeigt, die eine gewerbliche Nutzung ausschließt. Demgegenüber ist aber die Miete des gesamten Telekommunikationsnetzes unter Einschränkung einzelner Leistungen auch nicht in den §§ 535 ff. BGB vertypt.

⁴¹² Imping, CR 1999, 425, 429 sieht die Entstörungsmaßnahmen der Anbieter als Mängelbeseitigung im Sinne des § 536 BGB an.

⁴¹³ Vgl. RGRK- Glanzmann § 275 Rn. 24.

Mängelhaftung als wichtigsten Fall der Nichterfüllung erfassen. Die Pflicht, die vertragsgemäß beschaffene Sache ständig in diesem Zustand zu halten, führt bei Abweichung des tatsächlichen Zustands von der vertraglich "gesollten" oder zugesicherten Beschaffenheit zur (zeitweisen) Nichterfüllung der Vermieterpflichten. Dementsprechend findet im Wege der Minderung ex lege eine der zeitlichen und qualitativen Erstreckung des Mangels adäquate Befreiung von der Zahlungsverpflichtung statt, ohne daß dadurch der Bestand des Rechtsverhältnisses tangiert wird.

Diese Strukturen mögen bei Störungen der Empfangs- oder der Sendeleistung den Interessen der Parteien gerecht werden. Der Endkunde würde von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Grund- respektive Verbindungsentgeltes (teilweise) frei, solange der Mangel andauert, ohne dafür den Vertrag verloren geben zu müssen. Und bei Restriktion auf die für den Teilnehmeranschluß erforderlichen Sachen würde das mietrechtliche Rechtsfolgegefüge die scharfe Trennung der Risikobereiche des Anbieters im Verhältnis zu den verschiedenen Endkunden ermöglichen. Denn der Anbieter stünde jedem Endkunden jeweils nur für die Funktionstauglichkeit "seines" Anschlusses ein.

Indessen ist sowohl unter dem Aspekt der Miete des ganzen wie von Teilen des Telekommunikationsnetzes zu berücksichtigen, daß das Mietrecht in §538 Abs. 1 Alt. 1 BGB eine gravierende Abweichung vom Allgemeinen Schuldrecht statuiert. Diese Vorschrift bürdet dem Vermieter eine verschuldensunabhängige Garantiehafung auf⁴¹⁴. Er muß für alle Schäden einstehen, die irgendein schon vor Vertragsschluß bestehender Mangel verursacht. Dabei reicht es aus, daß bereits bei Abschluß des Vertrages eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Schädigung vorgelegen hat⁴¹⁵. Die Ursache braucht nur angelegt gewesen sein. Auf Kenntnis vom Mangel oder Erkennbarkeit⁴¹⁶ kommt es genausowenig an wie auf Verschulden.

Die Übernahme dieser Garantie auch für alle geheimen Mängel⁴¹⁷ der Mietsache durch den Anbieter von Ortsverbindungen hätte zur Folge, daß jede Störung Telekommunikationsinfrastruktur, die in den bei Vertragsschluß gegebenen Umständen ihre Ursache hat, eine Einstandspflicht des Telekommunikationsdienstleisters für alle daraus resultierenden Mangel- und Mangelfolgeschäden nach sich ziehen würde. Da in dem komplizierten, hochtechnisierten Telekommunikationsnetz zahllose Fehlerquellen schon bei Vertragsschluß angelegt sind, kann dem Anbieter eine solch weitreichende Garantie für die Funktionsfähigkeit des gesamten Netzes oder auch nur von

⁴¹⁴ Gitter, *Gebrauchsüberlassungsverträge*, § 3 B V 2 c bb.

⁴¹⁵ Vgl. Esser/Weyers, § 15 I 6.

⁴¹⁶ Vgl. BGHZ 49, 350, 352.

⁴¹⁷ BGH NJW 1963, 804, 805.

Teilen desselben nicht zugemutet werden. § 538 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist auf einen kleinen Kreis von Mietern zugeschnitten, die nach Überlassung des Mietobjektes für eine gewisse Dauer mit der Sache "verbunden" und daher besonders intensiv den von ihr ausgehenden Gefahren ausgesetzt sind⁴¹⁸. Dem entspricht die durch den "Gebrauch" vermittelte Beziehung zwischen mitunter Millionen von Endkunden und dem Telekommunikationsnetz nicht. Der Telekommunikationsdienstleister will bei Vertragsschluß ersichtlich nicht dafür garantieren, daß das Telekommunikationsnetz oder auch nur die Anschlußinfrastrukturen in der vorhandenen Form störungsfrei arbeiten und widrigenfalls für alle entstehenden Schäden eintreten. Die Garantiehaftung des § 538 Abs.1 BGB entspricht angesichts des erheblichen Haftungsrisikos, das durch die Vielzahl der Vertragspartner massenhaft potenziert würde, und der Anfälligkeit der Telekommunikationsinfrastruktur ersichtlich nicht der Interessenlage der Anbieter. Der Endkunde kann redlicherweise eine derart weitreichende Eintrittspflicht des Anbieters nicht erwarten. § 538 Abs. 1 Alt. 1 BGB erweist sich für die Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden als unpassend.

(4.) Ergebnis

Das mietrechtliche Rechtsfolgensystem "paßt" für die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden bei Miete des gesamten Netzes wegen des inkongruenten Umfangs des eingeräumten Gebrauchsrechts und hinsichtlich sämtlicher vermeintlicher Mietobjekte insbesondere wegen der Garantiehaftung des Anbieters gemäß § 538 BGB nicht ohne weiteres. Es wäre allenfalls unter erheblichen Einschränkungen anwendbar.

(IV.) Ergebnis

Miete des gesamten Telekommunikationsnetzes liegt insbesondere deshalb nicht vor, weil die Parteien eine Überlassung des Telekommunikationsnetzes zum Gebrauch nicht wollen. Die partielle Angemessenheit des Rechtsfolgensystems der Miete vermag die Anwendung mietrechtlicher Regelungen nicht zu rechtfertigen, weil die Mitmiete des gesamten Telekommunikationsnetzes durch alle Teilnehmer schwerwiegende dogmatische und praktische Probleme aufwirft und die Garantiehaftung nach § 538 Abs. 1 Alt. 1 BGB bei Miete des ganzen wie bei Miete von Teilen des Telekommunikationsnetzes jedenfalls nicht dem vom Anbieter bei Vertragsschluß in Kauf genommenen Risiko entspricht.

⁴¹⁸ Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 63 II 2 d; siehe auch Hackemann, CR 1987, 660, 663.

(C.) Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunde ist nicht mietrechtlich zu qualifizieren. Die Leistungen des Anbieters sind auch nicht für sich betrachtet mietrechtlicher Natur. Das Leistungsprogramm des Anbieters von Ortsverbindungen enthält mithin keine mietrechtlichen Elemente.

bb. Leistungen des Endkunden

Auch der Endkunde erbringt keine Vermieterleistung: Die essentiellen Bestandteile der Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden geben für eine Vermieterleistung des Endkunden nichts her.

c. Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden enthält keine mietrechtlichen Elemente.

2. Pachtvertrag

Das Dauerschuldverhältnis der Pacht ist mit der Miete eng verwandt.

a. Charakter des Pachtvertrages

Pacht im Sinne von § 581 Abs.1 BGB ist ein gegenseitiger Schuldvertrag, in dem sich der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes, darüber hinaus aber auch den Genuß der Früchte für die Dauer der Pachtzeit zu gewähren, während sich der Pächter verpflichtet, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu leisten.

§ 581 Abs. 2 BGB erklärt grundsätzlich die mietrechtlichen Regelungen für anwendbar.

b. Pachtrechtliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen

Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden

Aufgrund der engen Affinität zur Miete ist Pacht grundsätzlich denselben Bedenken ausgesetzt wie Miete. Da jedoch bei der Pacht die Fruchtziehung, nicht die Gebrauchsüberlassung im Vordergrund steht, können Vertragsgegenstand, anders als bei der Miete, nicht nur Sachen, sondern alle körperlichen und unkörperlichen Gegenstände sein, soweit sie nur Früchte haben können.

Das bedeutet freilich nicht, daß der Teilnehmeranschluß, dessen Identifikation als Mietobjekt (zunächst) an der fehlenden Sachqualität scheitert, Objekt eines Pachtrechtsverhältnisses ist. Denn der Teilnehmeranschluß wirft, ebenso wie die zu seiner Errichtung verwendeten Sachen, keine Früchte ab.

Die Erstreckung auf unkörperliche Vertragsobjekte enthebt zudem grundsätzlich⁴¹⁹ nicht von dem Erfordernis der Überlassung des Vertragsgegenstandes zum Gebrauch. Diese im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden nicht gegebene Voraussetzung steht vielmehr selbständig neben der Verpflichtung zur Gewährung der Früchte⁴²⁰.

c. Ergebnis

Pachtrechtliche Elemente enthält die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden nicht.

3. Gesellschaftsvertrag

Die Annahme eines Gesellschaftsvertrages liegt auf den ersten Blick fern, könnte sich aber unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, daß im Sprachtelefondienst eine Vielzahl von Personen zu einem gemeinsamen Zweck verbunden ist.

a. Charakter des Gesellschaftsvertrages

Denn die Förderung eines gemeinsamen Zieles im Rahmen einer auf Dauer angelegten Rechtsbeziehung bestimmt den wesentlichen Charakter des Gesellschaftsvertrages im Sinne von § 705 BGB.

b. Gesellschaftsrechtliche Elemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden

Der gemeinsame Zweck einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung könnte in der Realisierung der Telekommunikation zwischen allen Endkunden zu erkennen sein. Auf diese Weise könnte das Gesellschaftsrecht die Wechselwirkung der Anbieterleistungen gegenüber den an einem Telefonat beteiligten Teilnehmer abbilden: Der Anbieter von Ortsverbindungen steht allen Teilnehmern jederzeit zur Verfügung und erbringt bei einem einzelnen Telefonat seine Telekommunikationsdienstleistungen sowohl gegenüber dem Anrufer als auch gegenüber dem Angerufenen. Erst durch das Ineinandergreifen der Leistungen wird Sprachkommunikation ermöglicht.

Allerdings wurde bei der Ermittlung der Äquivalenzverhältnisse festgestellt, daß die Leistungen von Anbieter und Endkunde in einem unmittelbaren Austauschverhältnis stehen. Gemeinsame Zweckerreichung ist somit nicht Gegenstand der Vertragsbeziehung. Die eigene Leistung steht vielmehr im Dienste der Bewirkung der jeweiligen Gegenleistung. Und die Teilnehmer untereinander stehen in keiner Rechtsbeziehung, die die Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Bindung rechtfertigen könnte.

⁴¹⁹ Dieses Erfordernis entfällt nur bei der ersichtlich nicht vorliegenden Rechtspacht.

⁴²⁰ Vgl. Palandt- Putzo Einf. v. § 535 Rn. 10; § 581 Rn. 6.

c. Ergebnis

Züge eines Gesellschaftsvertrages weist die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden nicht auf.

4. Dienst- und Werkvertrag

Regelmäßig werden in Rechtsbeziehungen, die Sprachtelefondienst zum Inhalt haben, werk-⁴²¹ oder dienstvertragliche⁴²² Elemente erkannt.

a. Charakter von Dienst- und Werkvertrag

§ 611 BGB kennzeichnet den Dienstvertrag als gegenseitigen Vertrag, durch den jemand Dienste gegen Entgelt zusagt⁴²³. Gegenstand des zwingend als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Dienstverhältnisses⁴²⁴ können gemäß § 611 S. 2 BGB Dienste jeder Art sein. Ist der Dienstvertrag auf einige Dauer angelegt, tritt eine soziale Komponente hinzu, die in Fürsorgepflichten des Dienstherrn und Treuepflichten des Dienstverpflichteten zum Ausdruck kommt.

Der Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB ist demgegenüber der gegenseitige Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung eines individuellen körperlichen oder unkörperlichen Werkes, das heißt zur Herbeiführung eines Arbeitserfolges, und der Besteller im Austausch zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet.

Dienst- und Werkvertrag haben somit beide die Erbringung einer entgeltlichen Arbeitsleistung zum Gegenstand⁴²⁵. Die Grenze zwischen dem Dienstvertrag einerseits und dem Werkvertrag andererseits wird durch die aus dem Wortlaut des § 631 Abs. 2 BGB abgeleitete⁴²⁶ Faustformel so markiert, daß beim Dienstvertrag das Bemühen um den Erfolg, also der Arbeitseinsatz geschuldet wird, beim Werkvertrag dagegen das Ergebnis der Bemühungen, also der Arbeitserfolg als schöpferische Leistung des Unternehmers⁴²⁷.

⁴²¹ Werkvertragliche Elemente sehen: Palandt- Putzo Einf. v. § 535 Rn. 23; Wolf/Horn/Lindacher- Wolf: "Telekommunikation" § 9 T 15 (für den "Telekommunikationsvertrag"); Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz, D 01.100, Rn. 1; Grote, BB 1998, 1117; H. Redeker, Der EDV- Prozeß Rn. 507 für den "Systemvertrag"; Statz, Anmerkungen zu AG Chemnitz, ArchivPT 1996, 64; aus der älteren Literatur auch: Scholz, Gruchot Bd. 52, 359 ff.; vgl. auch oben § 3 B II 1 f..

⁴²² Schöpflin, BB 1997, 106 für den Mobilfunkvertrag.

⁴²³ Staudinger- Richardi § 611 Rn. 1.

⁴²⁴ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 I 3, S. 381.

⁴²⁵ Vgl. MüKom- Soergel § 631 Rn. 12.

⁴²⁶ Vgl. dazu: Medicus, Schuldrecht II, BT § 99 2 a, S. 164.

⁴²⁷ BGHZ 31, 224; 54, 106, 107; 58, 225; MüKom- Soergel § 631 Rn. 13; RGRK- Anders/Gehlen, § 611 Rn. 16; Staudinger- Richardi Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 27; Larenz, Schuldrecht II/1 § 53 I 3, S. 342.

b. Notwendigkeit einer Abgrenzung

Dieses abstrakte Differenzierungskriterium stößt in seiner Anwendung auf Probleme, die bereits den Redakteuren des BGB bewußt waren⁴²⁸ und bis heute "*notorisch*" sind⁴²⁹. Diese Schwierigkeiten basieren auf Kongruenzen der beiden Vertragstypen, die deren Konturierung erschweren; andererseits aber nur selten die Anwendung einer Norm aus der jeweils anderen Materie zulassen. So kann sich zwar unter dem Gesichtspunkt paralleler Regelungen mitunter eine Entscheidung für den einen oder den anderen Vertragstypus erübrigen; derartige Parallelvorschriften, wie etwa die Entgeltregelung in den §§ 612 und 632 BGB, betreffen jedoch nur Einzelaspekte des Dienst- und Werkvertragsrechts. Und die von der Differenzierung zwischen den Vertragstypen abrückende Bewältigung eines Regelungsproblems unter Auflösung der Beschränkung eines Rechtssatzes auf den Vertrag, für den er aufgestellt wurde⁴³⁰, kommt allenfalls hinsichtlich solcher Regelungen in Betracht, denen ein Rechtsgedanke entnommen werden kann, der über den betroffenen Regelungsgegenstand, sprich den vertypen Vertrag, hinausreicht. Dazu können im Verhältnis des Dienst- zum Werkvertragsrecht nur einzelne Normen im Bereich der Kündigung und der Fürsorgepflichten gezählt werden⁴³¹. In den zentralen Punkten der Hauptleistungspflicht, der sich daraus ergebenden Gewährleistungsregeln, der Verjährung und der Kündigungsregeln bleibt die Abgrenzung zwischen dem Werkvertrag und dem Dienstvertrag dagegen unerlässlich⁴³².

c. Abgrenzung

An entsprechenden Abgrenzungsversuchen hat es nie gefehlt. Ob sie die Grenze zwischen den Vertragsarten in einer Präzisierung des Erfolgsbegriffs anhand seiner Qualität, dem Kriterium der Risikoverteilung, der Lohnartberechnung, der Erfolgs- oder Zeitbezogenheit der Gegenleistung, in der Einstufung der Leistung als Gattungs- oder Speziesarbeit oder in der wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit des Verpflichteten suchen, fest steht: Kein Abgrenzungskriterium vermag für sich allein zu überzeugen. Unter dem Gesichtspunkt typologischer Rechtsgewinnung ist das nicht überraschend. Denn kein einzelnes typologisches Merkmal kann, als Begriff gesetzt, den wertungsmäßig zugrunde liegenden Typus genau treffen⁴³³.

⁴²⁸ Mugdan, Motive, Bd. II, S. 471 f..

⁴²⁹ Esser/Weyers, § 27 II 3, S. 232.

⁴³⁰ So bereits Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 312; ähnlich: Weyers, Gutachten, S. 1140; ders., AcP 1982, S. 60, 74; Esser/Weyers, § 27 II 1, S. 231; H.H. Jakobs, Ballerstedt- FS, S. 355 ff..

⁴³¹ Vgl. beispielsweise zur Anwendung des § 618 BGB auf den Werkvertrag: BGHZ 26, 365.

⁴³² Vgl. MüKom- Soergel § 631 Rn. 7 ff.; Saudinger- Peters Vorbem. zu §§ 631 ff. Rn. 21.

⁴³³ Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 149.

Typologischer Betrachtungsweise entspricht vielmehr eine umfassende, von den Begrifflichkeiten ablösende Analyse der gesamten Umstände. Dazu gehören unter anderem aber auch diejenigen Eigenschaften des Typus, die für sich allein gesehen kein durchschlagendes Einordnungs-kriterium abgeben⁴³⁴. Die im folgenden erörterten Abgrenzungsansätze sind also geeignet, Züge der Vertragsarten herauszubilden, die im Rahmen einer Gesamtwürdigung mehr für den einen oder mehr für den anderen Vertragstyp sprechen.

aa. Herbeiführung des Erfolges - Erfolgsqualifizierung und Beherrschung des Herstellungsvorgangs

Der werkvertragliche Arbeitserfolg als konkretes Ergebnis des Bemühens um den Erfolg scheint auf den ersten Blick ein randscharfes Abgrenzungskriterium zu bieten. Erfolg bedeutet Eintritt, Erreichen oder Aufrechterhalten eines tatsächlichen oder rechtlichen Zieles.

Bei differenzierter Betrachtung erweist sich jedoch, daß die dienstvertragliche Leistung auch nicht lediglich ins Blaue hinein, als "*bloße Mühe-waltung*"⁴³⁵, geschuldet wird, sondern - wie letztendlich jede menschliche Tätigkeit - einem konkreten Arbeitserfolg dient⁴³⁶.

Bemühungen, den Erfolg angesichts dieses Dilemmas je nach seiner Günstigkeit⁴³⁷ oder dem Grad der Wertschöpfung⁴³⁸ anhand der Qualität aus dem Bereich bloßer Tätigkeit herauszuheben, um so den Erfolgsbegriff im Hinblick auf seine über die Arbeitstätigkeit hinausreichenden Folgen zu präzisieren, bieten kein genaueres Kriterium, um "erfolgreiche" von "erfolgloser" Leistung zu trennen. Sie werden zudem durch die Anlegung vermeintlich objektiver Kriterien den Parteivereinbarungen, insbesondere den Interessen der Unternehmer, nicht gerecht⁴³⁹.

Konträrer Ansatzpunkt zur Bestimmung des Erfolgsbezugs einer Arbeitsleistung ist die Ausgrenzung von Tätigkeiten aus dem Werkvertragsrecht, für deren Erfolg der Verpflichtete ersichtlich nicht eintreten will. Danach ist in der Regel von einem Dienstvertrag auszugehen, wenn der Eintritt des Erfolges nicht allein in der Macht des zur Tätigkeit Verpflichteten steht,

⁴³⁴ Vgl. MüKom- Soergel § 631 Rn. 15.; Larenz, Schuldrecht II/1 § 52 I 3, S. 310.

⁴³⁵ Weber, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 47.

⁴³⁶ Larenz, Schuldrecht II/1 § 53 I 3, S. 342.

⁴³⁷ Grundlegend: Siber, S. 325 ("erwünschter", "produktiver" Erfolg [mit Differenzierungen]).

⁴³⁸ Vgl. Gilles, NJW 1983, 361, 365, der für den Werkvertrag ein 'Arbeitsergebnis von Wert' verlangt.

⁴³⁹ So zu Recht schon Enneccerus- Lehmann § 145 I 1.

sondern von anderen, von ihm nicht zu beherrschenden Faktoren abhängt⁴⁴⁰. Der Grad der Beherrschung des Erfolgeintritts, der die Grenze zwischen dienst- und werkvertraglicher Verpflichtung markiert, bleibt damit aber ungewiß. Und die negative Bestimmung des Vertragstypus nach dem Prinzip "nicht Werk- also Dienstvertrag" versperrt den Blick auf die typologischen Spezifika des Gesamtvertrages, so daß zweifelhaft bleiben kann, ob das gesamte Leistungsprogramm als werkvertraglicher Erfolg versprochen ist⁴⁴¹.

bb. Risikoverteilung

Angesichts der Schwierigkeiten der Abgrenzung allein anhand des Erfolges wird im Schrifttum als "*einzig stichhaltiges Merkmal zur Unterscheidung*"⁴⁴² die vereinbarte Risikoverteilung unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung angesehen⁴⁴³. Dieses Merkmal knüpft an die erfolgsbezogenheit des Werkvertrages an. Die Verpflichtung, einen Erfolg herbeizuführen, bedeutet für den Unternehmer, daß er keine Vergütung beanspruchen kann, wenn der Erfolg nicht eintritt ("kein Erfolg - kein Geld"). Der Dienstverpflichtete erhält das Entgelt dagegen allein für die Bemühung um den Erfolg, also auch, wenn ein Erfolg nicht eintritt. Die Übernahme des Vergütungsrisikos im Werkvertragsrecht durch den Unternehmer könnte daher die Scheidelinie zwischen Werk- und Dienstvertrag bilden: Wird die Vergütung nur bei Realisierung bestimmter Zielvorgaben geschuldet, ist das Rechtsverhältnis dem Werkvertragsrecht zuzuschlagen, jede andere Vergütungsform spricht für einen Dienstvertrag⁴⁴⁴.

Im Gegensatz zur Leistungsgefahr des Unternehmers⁴⁴⁵ ist die Vergütungsgefahr jedoch für den Werkvertrag nicht essentiell. Zwar trägt der Unternehmer anders als der Dienstverpflichtete gemäß §§ 644, 645 BGB das Vergütungsrisiko. Die Gegenleistungsgefahr kann jedoch durch Parteiabrede verlagert werden, ohne daß dadurch ein wesentlicher Bestandteil und damit der werkvertragliche Charakter verloren ginge. Daher kann die Übernahme des Erfolgsrisikos nicht als das generell gültige Kennzeichen für das Vorliegen eines Werkvertrages angesehen werden. Zudem ist dem Kriterium

⁴⁴⁰ Vgl. Brox, BT Rn. 233. Diese Abgrenzung dient insbesondere zur Negierung werkvertraglicher Elemente beim Arztvertrag.

⁴⁴¹ Darauf weist schon hin: Weber, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 57.

⁴⁴² Staudinger- Richardi Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 39; vgl. auch: Esser/Weyers, § 27 II 3 c, S. 233; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 17 ff..

⁴⁴³ Siehe auch MüKom- Soergel § 631 Rn. 14, der diesen Gesichtspunkt für "*verwertbar*" erachtet.

⁴⁴⁴ Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 17 ff..

⁴⁴⁵ Aus den §§ 633 Abs. 1, 275 BGB folgt, daß der Unternehmer vor der Abnahme nach Eintritt des Erfolges zur erstmaligen Erbringung seiner Werkleistung verpflichtet ist, solange und soweit dies objektiv und subjektiv möglich ist, vgl. Staudinger- Peters § 644 Rn. 5.

der Gefahrtragung wiederum die Frage des Zeitpunktes des Erfolgseintritts als Maßstab für den Übergang der Gefahr immanent, was nicht selten auf die Ausgangsproblematik zurückwirft.

cc. Lohnartberechnung

Eine weitere Methode zur Ermittlung der Erfolgsbezogenheit eines Schuldverhältnisses ist die Analyse der mit der Leistungspflicht korrelierenden Vergütungsart. Danach soll beim Dienstvertrag die geleistete Arbeitszeit für die Berechnung des Entgelts entscheidend sein, wohingegen die Entlohnung unabhängig vom Aufwand werkvertragstypisch sei⁴⁴⁶.

Auch dieses Abgrenzungskriterium sucht das Unterscheidungsmerkmal in der unsignifikanten Gegenleistung. Die Vergütung nach Stundenlohn steht der Annahme eines Werkvertrages sonach auch keinesfalls im Wege. Sie ist etwa im Handwerk oder bei der Erstellung eines Sachverständigen-gutachtens durchaus üblich, obwohl es sich hier in aller Regel um Werkverträge handelt⁴⁴⁷. Andererseits ist bei Akkordlohnverträgen der Erfolg für die Vergütung maßgeblich, ohne daß den Verträgen deshalb der Charakter als Dienstvertrag abgesprochen werden könnte⁴⁴⁸.

dd. erfolgs- oder zeitbezogene Leistungserbringung

Ähnliches muß von der vertraglichen Bestimmung des Umfangs der Tätigkeit nach der Zeit (dann Dienstvertrag) oder dem Erfolg (dann Werkvertrag)⁴⁴⁹ gelten. Die Unterscheidung von Werk- und Dienstvertrag nach erfolgs- oder das Beendigungsmoment verdrängender zeitbezogener Leistungserbringung ist wegen der zeitlichen Dimension jeder Tätigkeit und der Ausrichtung jeder Tätigkeit auf einen Erfolg kaum durchführbar⁴⁵⁰. Sie führt aber vor allem in den Zweifelsfällen nicht weiter, in denen der Umfang der zu leistenden Dienste durch sachliche Erfordernisse bestimmt wird⁴⁵¹ oder Erfolge für einen bestimmten Zeitraum andauern oder wiederkehrend erbracht werden.

ee. Gattungs- oder Speziesarbeit

Die Konkretisierung des Leistungsgegenstandes durch die Abnahme im Werkvertragsrecht im Unterschied zu der durch die zeitliche Festlegung ihrer Erbringung von vornherein spezifizierten Arbeitstätigkeit wird als weiteres Abgrenzungskriterium angeboten⁴⁵². Dementsprechend werden zur

⁴⁴⁶ Siehe dazu Esser/Weyers, § 27 II 3 b, S. 233.

⁴⁴⁷ MüKom- Soergel § 631 Rn. 18.

⁴⁴⁸ Vgl. Fikentscher § 79 I 2 Rn. 867.

⁴⁴⁹ So: Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrages, S. 45 f.; Siber, Schuldrecht, S. 326.

⁴⁵⁰ Vgl. Staudinger- Richardi Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 32.

⁴⁵¹ Vgl. Larenz, Schuldrecht II/1 § 52 I 3, S. 310.

⁴⁵² Picker, JZ 1985, 693, 699.

Unterscheidung die Begriffe der Gattungs- und der Speziesschuld herangezogen.

Der Ansatzpunkt der Art des Arbeitsgegenstandes hat jedoch grundsätzlich nichts mit der auf ihn bezogenen rechtlichen Verpflichtung zu tun⁴⁵³. Zudem ist die Bestimmung des Leistungserfolges des Dienstverpflichteten nur in Grenzen möglich und keineswegs erforderlich, bei den sogenannten "freien Dienstverträgen" sogar atypisch. Demgegenüber sieht § 645 BGB im Werkvertragsrecht auch vor Abnahme eine Leistungskonkretisierung durch den Besteller vor; sie ist dem Werkvertrag also keineswegs wesensfremd und daher als Abgrenzungskriterium untauglich.

ff. Abhängigkeit des Verpflichteten / soziales Leitbild

Das bei der Unterscheidung nach Gattungs- oder Speziesarbeit anklingende Kriterium der Weisungsgebundenheit ist zentrales Argument einer Abgrenzung der Schuldverhältnisse nach der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten. Danach ist die fremdbestimmte Tätigkeit für das Dienstverhältnis typisch, anderenfalls liege ein Werkvertrag vor. Denn die Funktion des Dienstvertrages bestehe in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganzes, wohingegen der Werkvertrag dazu diene, die selbständige Tätigkeit des Unternehmers für einen Dritten nutzbar zu machen⁴⁵⁴. Die strenge Weisungsgebundenheit, wie sie beim Dienstvertrag vorkomme, sei auch mit der Erfolgsgarantie des Werkvertragsrechtes nicht vereinbar⁴⁵⁵.

Wie gezeigt ist jedoch die Weisungsabhängigkeit - wie § 645 BGB verdeutlicht⁴⁵⁶ - auch dem Werkvertragsrecht nicht fremd. Auf der anderen Seite sind die freien Dienstverträge im Sinne des § 627 BGB gerade dadurch geprägt, daß sie persönlich unabhängig und selbständig verrichtet werden. Zumindest für diese Rechtsverhältnisse versagt daher auch die Abgrenzung unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit.

gg. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben bestätigt, daß ein einziges Kriterium, das den Dienst- vom Werkvertrag abgrenzt, nicht existiert. Die vorgeschlagenen Abgrenzungsmerkmale stellen vielmehr Züge der Typen heraus, die mehr für den Dienst- oder mehr für den Werkvertrag sprechen. Dabei hat sich gezeigt,

⁴⁵³ Vgl. Esser/Weyers, § 27 II 3, S. 233.

⁴⁵⁴ Vgl. Staudinger- Richardi Vorbem. zu §§ 611 ff. Rn. 30 m.w.N..

⁴⁵⁵ Vgl. Staudinger- Peters Vorbem. zu §§ 631 ff. Rn. 24.

⁴⁵⁶ Zu diesem Argument auch BGHZ 82, 100, 106; Esser/Weyers, § 27 3 b, S. 233.

daß Ausgangspunkt für die Qualifizierung als Werkvertrag die Frage nach dem Versprechen der Herstellung eines Erfolges sein muß⁴⁵⁷.

d. Anwendung

Auf dieser Grundlage ist das Leistungsprogramm der Anbieter und Endkunden auf werk- und dienstvertragliche Elemente zu untersuchen.

aa. Die Erfassung des Inhalts der wesentlichen Leistungsverpflichtungen des Anbieters in einem singulären werkvertraglichen Erfolg

Das gesamte Rechtsverhältnis ist werkvertraglich einzustufen, wenn die Hauptleistungspflichten des Anbieters auf dem Versprechen zur Herstellung eines einzigen Erfolges beruhen.

(A.) Der Betrieb der Telekommunikationsinfrastruktur als werkvertraglicher Erfolg

Sämtliche als wesentlich einzustufenden Anbieterleistungen, sei es die Verpflichtung, dauerhaft den Empfang ankommender Telekommunikationsverbindungen zu gewährleisten, sei es, dem Anrufer über die zu errichtende Telekommunikationsverbindung die ausgesandten Sprachsignale vom und zum Teilnehmeranschluß zu transportieren, werden durch den Betrieb der Telekommunikationseinrichtungen des Anbieters realisiert. Es ist daher zu erwägen, ob das Betreiben des selbsttätigen Telekommunikationsnetzes der vom Anbieter herzustellende singuläre Erfolg ist, durch den die gesamte Rechtsbeziehung werkvertraglich zu erfassen ist.

Das setzt voraus, daß der Betrieb der Telekommunikationsinfrastruktur Erfolg einer Tätigkeit des Unternehmers ist. Denn die Tätigkeit in Richtung auf den Erfolg ist notwendiger Bestandteil werkvertraglicher Leistung und entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung des Werkvertrages von den Veräußerungsverträgen, bei denen die Arbeitstätigkeit eben nicht geschuldet ist. Die auf den Erfolg gerichtete Tätigkeit kann daher nicht systemkonform selbst zum werkvertraglichen Erfolg erhoben werden.

Der Betrieb des Telekommunikationsnetzes beruht auf der Herstellung der automatischen Telekommunikationsinfrastruktur. Die Errichtung des Telekommunikationsnetzes gehört jedoch nicht zu den vertragsrelevanten Anbieterleistungen, sondern liegt in deren Vorfeld. Der allgemeine Betrieb des Netzes wird vom Anbieter nicht aufgrund einer gegenüber dem Endkunden geschuldeten Leistung "hergestellt" und unterliegt somit nicht werkvertraglichen Regelungen.

⁴⁵⁷ So auch Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 149.

(B.) Die Möglichkeit, Verbindungen herstellen zu lassen und entgegenzunehmen, als singulärer werkvertraglicher Erfolg

Nicht die Betriebstätigkeit selbst, womöglich aber der dadurch erzielte Erfolg ist werkvertraglicher Natur. Ein in der Literatur vertretener Ansatz zur Erfassung der gesamten Rechtsbeziehung durch eine singuläre Werkleistung ist die These, der Erfolg bestehe in der durch die Telekommunikationsinfrastruktur herzustellenden Möglichkeit, jederzeit abgehende Telekommunikationsverbindungen aufbauen zu lassen und zu empfangen⁴⁵⁸.

Eine "Möglichkeit" ist etwas, das nur unter gewissen Bedingungen oder Voraussetzungen wirklich wird oder als wirklich gedacht werden kann oder muß. Bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch ist die Möglichkeit somit Vorstufe zu dem aus der Möglichkeit realisierbaren Erfolg und Eigenschaft des Leistungssubstrates, das die Möglichkeit verschafft. Die abstrakte Möglichkeit zur Herstellung von Verbindungen selbst ist dagegen zumindest dann nicht Ergebnis werkvertraglicher Tätigkeit des Anbieters, nicht selbständig geschuldeter Erfolg⁴⁵⁹, wenn der aus ihr zu realisierende Erfolg selbst Gegenstand des Leistungsprogrammes ist. Die bloße Möglichkeit, jederzeit abgehende Telekommunikationsverbindungen aufbauen zu lassen und zu empfangen, nützt dem Endkunden nichts. Für Möglichkeiten zahlt er kein Entgelt. Die Möglichkeit ist daher nicht werkvertraglicher Erfolg der Leistungsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden.

bb. Der Inhalt der wesentlichen Leistungsverpflichtungen des Anbieters als Mehrzahl werkvertraglicher Erfolge

Da die wesentlichen Leistungsverpflichtungen der Parteien nicht durch einen einzigen werkvertraglichen Leistungserfolg abzubilden sind, ist zu prüfen, ob durch die einzelnen Telekommunikationsvorgänge, die der Erfüllung des vertraglichen Leistungsprogrammes des Anbieters dienen, werkvertragliche Erfolge erzielt werden, das Rechtsverhältnis also aus mehreren

⁴⁵⁸ Biletzki, VuR 1999, 35, 36, der die "*Bereitstellung eines funktionierenden Telefonanschlusses als Voraussetzung für die Möglichkeit, Telefonate zu führen und zu empfangen*" als werkvertraglichen Erfolg ansieht (allerdings daneben einen weiteren werkvertraglichen Erfolg in der Herstellung einer Verbindung sieht); vgl. auch H. Redeker, Der EDV- Prozeß für den "Systemvertrag", Rn. 507: "... Möglichkeit, Nachrichten von einem Systemkunden zu einem anderen zu übermitteln..."; wohl auch (unklar) Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100, S. 5.: "*Die Möglichkeit, von der Deutschen Telekom abgehende Telefonverbindungen zur Übermittlung von Nachrichten aufbauen lassen zu können, bringt werkvertragliche Erfolge ein.*"; Die "*telephonische Sprechmöglichkeit*" sah bereits Scholz, Gruchot, Bd. 52, 359 ff. als werkvertraglichen Erfolg an. Vgl. auch Scholz in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts, Bd. V. 2. Abt. § 229, S. 817 Nr. 1.

⁴⁵⁹ So schon Frey, Das Fernsprechanschluß- Verhältnis, S. 57; Jungblut, Das Fernsprechanschlußverhältnis.

werkvertraglichen Leistungen besteht. Zur Beantwortung dieser Frage wird aus Zweckmäßigkeitsgründen der Chronologie eines einzelnen Telefonates gefolgt, um sodann den werkvertraglichen Charakter der dauerhaften Empfangsbereitschaft zu analysieren.

(A.) Durch das Besetzzeichen oder den Rufton vermittelte Information als herbeizuführender Erfolg

Wählt der Endkunde die Rufnummer eines anderen Teilnehmers, erhält er durch akustische Signale die Information, ob die Leitung zum Angerufenen belegt (Besetzzeichen) ist oder der entfernte Teilnehmer gerufen wird (Rufton). Zwar können auch Informationen Gegenstand eines Werkvertrages sein⁴⁶⁰. Die Vermittlung der aus den akustischen Signalen zu erschließenden Informationen gehört jedoch nicht zu den Verpflichtungen des Anbieters. Mangels entsprechender Vereinbarung erhält der Anbieter für die durch die Besetz- oder Ruftöne vermittelte Information, in Deutschland anders als in anderen Staaten, auch kein gesondertes Entgelt. Das Verbindungsentgelt wird erst ab dem Zeitpunkt berechnet, in dem etwas oder jemand am Zielanschluß die Verbindung herstellt. Die durch die akustischen Signale vermittelten Informationen sind somit nicht kraft Werkvertrages geschuldeter Erfolg⁴⁶¹.

(B.) Störungsfreier Empfang von Sprache als herbeizuführender Erfolg

Die Erfüllung wesentlicher Leistungsverpflichtungen steht mithin erst in dem Augenblick im Raum, in dem der Versuch des Verbindungsaufbaus dazu führt, daß aufgrund der Abnahme des Hörers durch den Angerufenen Sprachkommunikation zwischen den Teilnehmern stattfinden, der eine Teilnehmer die Worte des anderen hören kann. Vor diesem Hintergrund wird verschiedentlich vertreten⁴⁶², der störungsfreie Empfang der vom jeweils anderen Teilnehmer ausgesandten Sprache sei ein vom Anbieter herzustellendes Werk im Sinne des § 631 BGB.

Ist der Empfang von Sprache werkvertraglicher Erfolg, hat der Anbieter dafür einzustehen, daß Sprache beim jeweiligen Empfänger verständlich ankommt⁴⁶³. Das entspricht insoweit den Parteivereinbarungen, als den Anbieter die Verpflichtung trifft, Sprache in einer (für die Endgeräte)

⁴⁶⁰ So H. Redeker, Der EDV- Prozeß Rn. 507, der die Übermittlung von Nachrichten als werkvertragliche Leistung ansieht.

⁴⁶¹ Vgl. auch Korf, CR 1995, 518, 520 Fn.14.

⁴⁶² So OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 889, 891 (neben der Herstellung einer Gesprächsverbindung) für den Mobilfunkvertrag; Wolf/Horn/Lindacher- Wolf § 9 T 15; wohl auch Statz, Anmerkungen zu AG Chemnitz ArchivPT 1996, 64; Gerhoff/Grote/Siering/Statz - D 01.100.

⁴⁶³ So Wolf/Horn/Lindacher- Wolf § 9 T 15.

verständlichen Form zu übermitteln. Das gilt allerdings nur, wenn überhaupt Sprachkommunikation stattfindet. Das ist im Sprachtelefondienst keineswegs notwendig der Fall: Das gesonderte Verbindungsentgelt wird erst, aber - unabhängig vom konkreten Austausch von Sprache - auch schon ab Herstellung der Kommunikationsverbindung berechnet. Diese Entgeltregelung ist Ausdruck der wirtschaftlichen Interessenlage der Parteien und der Bewältigung der von ihnen in Betracht zu ziehenden Risiken. Denn Art und Umfang der Leistung, die der Anbieter für die Herstellung und Bereithaltung der Verbindung erbringen muß, ist vom tatsächlichen Sprach-austausch unabhängig und damit auch losgelöst vom Empfang von Sprache zu entgelten. Wäre dagegen die Leistung des Anbieters erst mit der tatsächlichen Sprachkommunikation erbracht, obläge es dem Anbieter, den für ihn günstigen Umstand zu beweisen, daß die Teilnehmer wirklich miteinander gesprochen haben. Der Anbieter kann jedoch nichtmals feststellen, daß überhaupt Sprachkommunikation über die Leitung stattfindet, geschweige denn den Umfang des Sprachaustauschs quantifizieren, um dementsprechend die Entgelthöhe zu bestimmen. Da die Anbieterverpflichtung nicht erst mit dem Empfang von Sprache durch den jeweils anderen Teilnehmer erfüllt ist, ist der Empfang von Sprache nicht maßgeblicher Leistungserfolg im Sinne eines Werkvertrages.

(C.) Transport von Nachrichten als herbeizuführender Erfolg

Aus demselben Grund kann es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden nicht um eine werkvertraglich einzuordnende Rechtsbeziehung über den Transport von Nachrichten handeln. Denn der Nachrichtentransport ist, da nicht stets geschuldet, nicht essentieller Bestandteil der Leistungsbeziehung.

(D.) Transport elektrischer Signale oder von Nachrichten als herbeizuführender Erfolg

Unabhängig von der somit nicht ausschlaggebenden tatsächlichen Sprachkommunikation oder der Übermittlung von Nachrichten erfolgt nach Abheben des Hörers am Zielterminal der Transport von elektrischen oder elektronischen Signalen. Der Transfer dieser Signale ist Grundlage des Sprachtelekommunikationsdienstes. Ist der Transport von Signalen maßgeblicher Leistungsinhalt, handelt es sich unter der weiteren Voraussetzung, daß diese wie körperliche Sachen zu behandeln sind⁴⁶⁴, um einen werkvertragliche zu qualifizierenden⁴⁶⁵ Transportvertrag⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Strom ist keine Sache. Vgl. Danner, Energierecht, Anm. 3a) aa) zu § 1 AVBEltV; Büdenbender, Energierecht Rn. 841 ff..

⁴⁶⁵ Vgl. MüKom- Soergel § 631 Rn. 76; Staudinger- Mayer- Maly Einl. zu §§ 433 ff. Rn. 22 (28).

In der Anfangszeit der Telefonie ist in der Tat in Anlehnung an den Vertrag über die Nachrichtenvermittlung über Telegraphen⁴⁶⁷ eine wesentliche Leistungspflicht der Reichspost im Transport von Elektronen⁴⁶⁸ gesehen worden. Physikalismus entspricht jedoch nicht der Verkehrsauffassung. Vorgänge des Alltagslebens in physikalische Vorgänge zu "atomisieren", ist nicht mit dem für den Vertragsinhalt maßgeblichen Maßstab der Verkehrs-sitte vereinbar. Dies gilt für ein Telefonat nicht anders als etwa für den Brötchenkauf, der selbstverständlich nicht auf den Transfer einer Vielzahl von Atomen oder Bestandteilen von Getreidemehl, Salz und Treibmitteln gerichtet ist. Den Parteien kommt es nicht auf die Übertragung von elektrischen Signalen an, sondern allein auf das durch Elektrizität erzielte Ergebnis⁴⁶⁹.

Weil die Erlangung von Strom nicht Gegenstand des Leistungsinteresses ist, scheidet die Annahme eines Transportvertrages über elektrische oder elektronische Signale aus⁴⁷⁰. Aus demselben Grund trägt auch die gelegentlich gezogene Parallele zu den überwiegend dem Sachkauf zugeordneten⁴⁷¹ Energielieferungsverträgen⁴⁷² nicht. Denn dort geht es, anders als hier, dem Abnehmer gerade darum, vom Versorger Energie zum Verbrauch zu erhalten⁴⁷³.

Der Transport von elektrischen Signalen ist nicht wesentliche Leistungspflicht des Anbieters von Ortsverbindungen.

(E.) Zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikations- verbindung als herbeizuführender Erfolg

Der Elektronentransport ist also nicht der von den Parteien als maßgeblich vereinbarte Erfolg, weil es dem Endkunden auf dessen Ergebnis ankommt. Der Empfang von Sprache oder Nachrichten ist andererseits bereits ein über

⁴⁶⁶ Eine Beförderungsleistung erwägt unter umsatzsteuerrechtlichen Gesichtspunkten auch Korf, CR 1995, 518, 523.

⁴⁶⁷ Vgl. Joerges, ZHR, Bd. 56, S. 44, 45: Der Fernsprecher ist juristisch ein "*Kind des Telegraphen*".

⁴⁶⁸ Vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 157 IV. 2, wonach die Bereitstellung von Strom wesentliche Leistungsverpflichtung sei. Siehe dazu auch Joerges, ZHR, Bd. 56, S. 44, 53, der wegen der geringen Stromstärke den Elektronentransport nicht für maßgeblich hielt.

⁴⁶⁹ So bereits Joerges, ZHR, Bd. 56, S. 44, 53: "... die Abgabe von elektrischer Kraft" spielt etwa "*die Rolle wie die Tüte beim Verkauf von Rosinen*".

⁴⁷⁰ Ähnlich schon Jungblut, Das Fernsprechan-schlußverhältnis, S. 27.

⁴⁷¹ Vgl. bereits: RGZ 117, 315; siehe auch: Palandt- Putzo § 433 Rn. 4; Staudinger-Mayer- Maly Einl. zu §§ 433 Rn. 22 (11); Fikentscher § 66 IV 1.

⁴⁷² So beispielsweise Korf, CR 1995, 518, 521 Fn. 19; H. Redeker, Der EDV- Prozeß (für den "Systemvertrag") Rn. 499.

⁴⁷³ Ähnlich Biletzki, VuR 1999, 35, 36.

die vereinbarte Leistung hinausgehendes Resultat dieser Anbieterleistung. Es fragt sich also, welchen Erfolg der Anbieter vor dem Empfang von Sprache durch den Transport von Elektronen herstellen muß, um Sprachkommunikation zu ermöglichen.

(I.) Werkvertraglicher Erfolg

Das Leistungssubstrat, das den wechselseitigen Empfang von Sprache ermöglicht⁴⁷⁴ und seinerseits auf dem Elektronentransport basiert, ist die einzelne Telekommunikationsverbindung, deren wesentliche Eigenschaft es ist, zur Sprachkommunikation geeignet zu sein, also die tatsächlich ausgesandten Sprachsignale vom und zum Endkunden zu transportieren. Diese Telekommunikationsverbindung ist das Ziel, dessen Erreichen der Anbieter verspricht, wenn sich die Parteien einigen, daß der Endkunde von seinem Anschluß aus andere Teilnehmer innerhalb des Ortsnetzbereichs anrufen und mit diesen Sprachkommunikation betreiben kann. Denn durch die auf der Basis des Elektronentransportes errichtete, zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsverbindung wird der Endkunde in die Lage versetzt, über vorgeschaltete Endgeräte Sprachkommunikation mit einem entfernten Teilnehmer zu führen.

(II.) Abbildung des Dauercharakters

Daß es dabei mit der erstmaligen Herstellung der abgehenden Kommunikationsverbindung noch nicht getan ist, wurde bereits erörtert. Um das Interesse des Endkunden zu befriedigen, muß die Telekommunikationsverbindung nicht nur errichtet, sondern auch noch für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechterhalten bleiben, mit anderen Worten: Der Anspruch des Endkunden ist nicht, wie bei körperlichen Werken, die der Besteller in Besitz nehmen und sodann nutzen kann, aufgrund eines punktuellen Leistungsaustausches im Zeitpunkt der erstmaligen Herstellung des Werkes zu erfüllen.

Auf derartige Rechtsbeziehungen, die nicht mit einem singulären Leistungserfolg enden, ist das Werkvertragsrecht zwar nicht zugeschnitten. Das Phänomen der zeitlichen Erstreckung des Leistungserfolges ist dem Werkvertragsrecht aber auch nicht ganz unbekannt. Es läßt sich dadurch abbilden, daß als Erfolg, ähnlich wie bei den Werkverträgen über die "Herstellung" von Veranstaltungen die Aufführung insgesamt, die gesamte Telekommunikationsverbindung bis zu ihrer Beendigung durch einen der Teilnehmer angesehen und eine Befriedigung des Leistungsinteresses für

⁴⁷⁴ Insoweit findet sich auch der Gesichtspunkt wieder, daß der Endkunde aufgrund des Rechtsverhältnisses die Möglichkeit erlangt, Sprachkommunikation zu führen.

den jeweiligen Leistungszeitraum konstatiert wird⁴⁷⁵. Der vom Anbieter zu bewirkende Erfolg ist also die Telekommunikationsverbindung, die bis zur Beendigung durch einen der Teilnehmer aufrechtzuerhalten ist.

(III.) Überprüfung des werkvertraglichen Charakters anhand der im Wege der Abgrenzung gewonnenen Strukturmerkmale

Der Erfolg einer Arbeitsleistung ist im Rahmen der Abgrenzung zwischen dem Werk- und dem Dienstvertrag als eines, wenn auch herausragendes, unter mehreren typologischen Merkmalen des Werkvertragsrechts identifiziert worden. Es erhebt sich die Frage, ob die auf der Ermittlung eines Erfolges basierende Hypothese von der werkvertraglichen Einordnung der Telekommunikationsverbindung durch die im Wege der Abgrenzung gewonnenen, weiteren Strukturmerkmale des Werkvertragsrechts zu verifizieren ist.

(1.) Beherrschung des Herstellungsvorgangs

Als Gesichtspunkt, der eine werkvertragliche Qualifizierung indiziert, ist die Beherrschung des Herstellungsvorgangs und des Erfolgsrisikos durch den Unternehmer herausgearbeitet worden.

Die Herstellung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindungen erfolgt durch Telekommunikationsanlagen. Deren Arbeitstätigkeit unterliegt allein dem Einflußbereich des Anbieters, der unabhängig vom Endkunden über die Art und den Einsatz der technischen Einrichtungen bestimmt und für deren Funktionsfähigkeit sorgt. Das deutet darauf hin, daß der Anbieter nicht nur eine Arbeitsleistung schulden will, sondern bereit ist, für den dadurch zu bewirkenden Erfolg einzustehen, also eine Werkleistung verspricht.

(2.) Risikoverteilung

Dem entspricht es auch, daß der Anbieter das Risiko für den Eintritt des Erfolges in Form des Bestandes der sprachgeeigneten Leistung im jeweiligen Leistungszeitraum trägt. Denn das Vergütungsrisiko geht erst nach Errichtung und Aufrechterhaltung der Verbindung für den jeweiligen Zeitabschnitt auf den Endkunden über: Verbindungsentgelte erhält der Anbieter nur für den Zeitraum, in dem die Telekommunikationsverbindung

⁴⁷⁵ Beispiele für Dauerwerkverträge sind neben dem Veranstaltungsvertrag auch der Wartungsvertrag (vgl. dazu Weyers, AcP 1983, 61, 67 ff.), der Vertrag über die Verteilung von Anzeigenblättern (vgl. OLG Frankfurt/Main NJW-RR 1988, 945); siehe auch die weiteren Beispiele bei Weyers, AcP 1982, 61, 66 ff.; anders aber wohl Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 156, der eine Zuordnung von Werkverträgen zu den Dauerschuldverträgen ablehnt, allerdings den regelmäßig, aber eben nicht für alle Werkleistungen zutreffenden Gesichtspunkt in den Vordergrund stellt, daß die Vorbereitungshandlung zur Herstellung des Erfolges den Charakter als Dauerschuldverhältnis nicht begründen kann.

sprachgeeignet zur Verfügung stand. Denn nur solange die Verbindung besteht, wird durch den "Gebühren"zähler das Verbindungsentgelt berechnet. Für die in Richtung auf diesen Erfolg - womöglich vergeblich - aufgewandte Arbeitstätigkeit wird ein Entgelt dagegen nicht geschuldet.

(3.) Lohnartberechnung / erfolgs- oder zeitbezogene Leistungserbringung

Die Vergütung für diesen Erfolg ist wegen des Dauercharakters auch an der Zeit orientiert, was für das Vorliegen eines Dienstvertrages sprechen soll. Daß jedoch die Art der Berechnung der Vergütung gerade bei solchen Werken, die auf einige Dauer angelegt sind, nicht als typologisches Merkmal des Werk- oder Dienstvertrages eingestuft werden kann, dieses Merkmal vielmehr gerade in diesen Fällen eine Schwäche offenbart, wurde bereits festgestellt. Da es sich bei der Telekommunikationsverbindung um eine erfolgsbestimmte Leistung mit Dauercharakter handelt, sind die Abgrenzungskriterien der Vergütung der Leistung anhand des Maßstabes der Zeit oder des Erfolges wie die Differenzierung zwischen Dienst- und Werkvertragsrecht anhand des Maßstabes der Entlohnung für die geleistete Arbeitszeit einerseits und der aufwandsunabhängigen Vergütung andererseits gerade auf diese Leistung nicht anwendbar.

Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁴⁷⁶ trifft es aber auch nicht zu, daß das Verbindungsentgelt wegen der Anknüpfung an die Gesprächsdauer und die Distanz zwischen den Teilnehmeranschlüssen allein an dem vom Anbieter zu leistenden Aufwand orientiert und daher die Leistung des Anbieters erfolgsunabhängig zu vergüten ist. Denn der Dauercharakter bedingt, daß sich der Nutzen des Werkes nicht nur nach, sondern (nahezu) parallel zum Herstellungsprozeß entfaltet. Das Schuldnerverhalten und die Verwirklichung des Gläubigerinteresses fallen zusammen. Der koinzident mit dem Herstellungsprozeß jeweils eintretende Leistungserfolg kann daher ebensogut als Anknüpfungspunkt für die Vergütung herangezogen werden wie die zu seiner Errichtung erforderliche Tätigkeit.

(4.) Gattungs- oder Speziesschuld / Abhängigkeit des Verpflichteten

Schließlich weisen auch die als kaum aussagekräftig eingestuften Abgrenzungsmerkmale der Identifikation der Leistung als Gattungs- oder Speziesschuld und der Abhängigkeit des Verpflichteten die Telekommunikationsverbindung als werkvertraglichen Erfolg aus. Denn das Zusammenfallen der Befriedigung des Gläubigerinteresses mit dem Schuldnerverhalten

⁴⁷⁶ Korf, CR 1995, 518 leitet aus der vermeintlichen Orientierung des Entgelts am Aufwand den dienstvertraglichen Charakter des Vertragsverhältnisses ab.

läßt es zu, die Verpflichtung zur Errichtung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung als Gattungsschuld zu begreifen, die unmittelbar konkretisiert wird.

Und unter dem Gesichtspunkt der Fremdbestimmtheit der Tätigkeit spricht für einen Werkvertrag, daß die Art und Weise der Herstellung des Erfolges für den Endkunden ganz ohne Belang ist, er auf die Betriebstätigkeit der Telekommunikationsinfrastruktur daher auch nicht, wie es der dienstvertraglichen Struktur entsprechen soll, mit bestimmten Weisungen einwirkt.

(5.) Ergebnis

Die einzelne Telekommunikationsverbindung ist auch unter Berücksichtigung der im Rahmen der Abgrenzung des Werk- vom Dienstvertrag gewonnenen typologischen Spezifika als Gegenstand eines werkvertraglichen Rechtsverhältnisses einzuordnen.

(IV.) Herstellung des Erfolges durch den Anbieter - Werkvertraglicher Erfolg als Ergebnis von Maschinentätigkeit

Die zuletzt beantwortete, auf den Herstellungsprozeß bezogene Frage der Weisungsgebundenheit wirft jedoch ein Problem auf. Die einzelne Verbindung als Werk im Sinne des § 631 BGB zu begreifen, heißt, den Anbieter als Hersteller der Telekommunikationsverbindung zu identifizieren.

Nun sind aber alle Teilnehmer an eine vollautomatische Telekommunikationsinfrastruktur angeschlossen, die ihnen Verbindungen selbsttätig herstellt und für die Dauer der Verbindung bereithält, ohne daß auch nur ein (weiterer) Mensch tätig werden müßte⁴⁷⁷. Hält man also die Herstellung des Werkes durch menschliche Arbeitstätigkeit für ein unverzichtbares Wesensmerkmal des Werkvertrages, muß man die Einordnung der Herstellung einer Verbindung als werkvertragliches Element mit einer in der Literatur vertretenen Ansicht⁴⁷⁸ verwerfen⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ In den Geschäftsbedingungen kommt dieser Umstand in der bereits erwähnten unterschiedlichen Diktion der Anbieter zum Ausdruck: Während zum Teil gleichwohl die Rede davon ist, daß der Anbieter die Verbindungen (aktiv) herstellt, finden sich auch passivische Formulierungen, nach denen der Endkunde Verbindungen herstellen lassen kann, während wieder andere den Kunden selbst in die Lage versetzen wollen, Telekommunikationsverbindungen herzustellen oder entgegenzunehmen. Siehe dazu oben 2. Teil, 2. Abschnitt, § 2 A IV 1.

⁴⁷⁸ So bereits Jungblut, Das Fernsprechananschlußverhältnis, S. 34., der unter Außerachtlassung der Maschinentätigkeit einen Werkvertrag ablehnte, weil die damals noch geschuldete (menschliche) Tätigkeit der Beamten nicht vertragswesentlich sei; vgl. auch Hackemann für den hinsichtlich der Kommunikationsbeziehung vergleichbaren Online- Vertrag, CR 1987, 660, 662, der Werkverträge, die nicht auf menschlicher Leistung beruhen, für schlechthin ausgeschlossen hält. Dienst- und

Dieser Auffassung ist zuzugeben, daß der Herstellungsvorgang beim Werkvertrag unverzichtbares Vertragselement ist. Das rechtlich relevante Interesse der Parteien ist allerdings nicht auf den Vorgang der Werkserrichtung als solchen gerichtet, sondern auf dessen Ergebnis. Auf die Art und Weise der Herstellung kommt es dem Besteller im Unterschied zum Dienstberechtigten eben gerade nicht an. Ist der Erfolg geschuldet, spielt es keine Rolle, ob ein Mensch oder eine Maschine diesen herbeigeführt hat. Aus diesem Grund ist der Unternehmer, anders als der Dienstverpflichtete, auch nur im Ausnahmefall verpflichtet, das Werk persönlich zu errichten, wie das Fehlen einer § 613 BGB entsprechenden Regelung zeigt. Zu den typischen Zügen des Werkvertrages gehört also zwar, daß überhaupt eine Tätigkeit zur Herstellung des Werkes entfaltet wird, nicht aber, daß sie durch Menschen erbracht wird.

Zwanglos gehen Rechtsprechung und Lehre daher auch in vergleichbaren Fällen, in denen der Arbeitserfolg allein von Maschinen hergestellt wird, vom Vorliegen eines Werkvertrages aus. Dies gilt etwa für die Verarbeitung von Produkten in großen vollautomatischen Industrieanlagen, aber auch beispielsweise für Autowasch- und Reinigungsverträge, bei denen der Betreiber, obwohl er weder selbst noch durch seine Angestellten eine (wesentliche) menschliche Arbeitsleistung erbringt, ein durch die Anlage gesäubertes Fahrzeug, also einen Erfolg im Sinne des § 631 BGB schuldet⁴⁸⁰. Daß keine menschliche Tätigkeit den Erfolg herbeiführt, steht der Einordnung der Telekommunikationsverbindung als werkvertragliche Leistung sonach nicht im Wege.

(F.) Ergebnis

Mit der zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsverbindung ist ein erfolgsbestimmter Leistungsinhalt ausgemacht, der die Erfassung der Verpflichtung zur Herstellung und Aufrechterhaltung einer gesprächsgerechten Telekommunikationsverbindung als werkvertragliches Versprechen rechtfertigen kann.

Werkvertrag werden in der juristischen Literatur zuweilen zusammengefaßt unter den Verträgen, "*die auf den Einsatz menschlicher Fähigkeiten gerichtet sind*": z.B. Esser/Weyers, § 27 I, 229.

⁴⁷⁹ Auch in dieser Auffassung ist eine wesentliche Ursache für die insbesondere zu Beginn der Entwicklung des Fernsprechwesens bevorzugte mietrechtliche Qualifizierung zu erkennen.

⁴⁸⁰ BGH NJW 1975, 685; OLG München NJW 1974, 1143; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 153, 154; LG Bayreuth NJW 1982, 1766, 1766; Padeck, VersR 1989, 541 m.w.N..

(G.) Empfangsbereitschaft

Durch die Telekommunikationsverbindung ist allerdings nur die Leistungsverpflichtung des Anbieters gegenüber dem Anrufer im Einzelfall abgehender Telefonate zu erfassen. Daß der Endkunde auch dauerhaft an seinem Anschluß Anrufe entgegennehmen kann, kommt durch diese Einzelerfolge nicht zum Ausdruck.

Kann die einzelne Telekommunikationsverbindung als Erfolg der Arbeitstätigkeit der Telekommunikationsinfrastruktur werkvertraglich zu qualifizierende Leistung sein, fällt es aber nicht schwer, auch die dadurch nicht erfaßte Empfangsbereitschaft dem Werkvertragsrecht zuzuordnen. Die Erreichung und Aufrechterhaltung des Zieles, daß der Endkunde jederzeit Telekommunikationsverbindungen entgegennehmen kann, ist eine der wesentlichen Verpflichtungen des Anbieters von Ortsverbindungen. Für diesen Erfolg will der Anbieter im Verhältnis zum Endkunden eintreten. Denn durch den Betrieb der Telekommunikationsanlagen beherrscht er allein den Herstellungsvorgang, und er trägt das Risiko für den Eintritt des Erfolges, weil er das Grundentgelt nur für den jeweiligen Leistungszeitraum erhält.

Der Erfolg der Empfangsbereitschaft beinhaltet ein Dauerelement, das noch weiter reicht als beim Dauerwerk der Einzelverbindung. Denn die Empfangsbereitschaft ist nicht nur für den separaten Zeitabschnitt der Dauer des einzelnen Telefonates, sondern für die gesamte Dauer der Rechtsbeziehung geschuldet. Daß der Endkunde angesichts dieses Dauercharakters eine Vergütung schuldet, die auch an der Zeit orientiert ist und mit dem Aufwand korrespondiert, steht unter Berücksichtigung der oben gewonnenen Erkenntnisse einer Zuordnung zum Werkvertragsrecht nicht im Wege.

Einen naheliegenden Einwand gilt es freilich auszuräumen: Die Empfangsbereitschaft des Anschlusses des Endkunden ist de facto gleichbedeutend mit der dauerhaften Möglichkeit, Telefonate entgegenzunehmen. Eine Möglichkeit aber ist grundsätzlich nicht selbst Erfolg, sondern Vorstufe zu dem aus der Möglichkeit realisierbaren Erfolg und Eigenschaft des Leistungssubstrates, das die Möglichkeit verschafft. Dies kann allerdings nur dann eine werkvertragliche Qualifizierung ausschließen, wenn die Möglichkeit und der daraus zu realisierende Erfolg gegenüber demselben Gläubiger geschuldet werden. Denn nur in diesem Fall ist die Möglichkeit Stadium der Vorbereitung in Richtung auf den intendierten Erfolg. Ist die Möglichkeit dagegen nicht die Vorstufe einer gegenüber demselben Gläubiger zu erbringenden Leistung, kann es die Möglichkeit selbst sein, auf

die sich das Leistungsinteresse richtet. Die Empfangsbereitschaft kann damit selbst Leistungsgegenstand sein, weil als Resultat der Möglichkeit, Anrufe entgegenzunehmen, allenfalls die ankommende Telekommunikationsverbindung anzusehen ist. Gläubiger der Telekommunikationsverbindung ist aber nicht der Empfänger, sondern allein der Anrufer, der für die Verbindung die Verbindungsentgelte zu entrichten hat.

Die (generelle) Empfangsbereitschaft ist somit ein durch den Anbieter hergestellter unkörperlicher (Dauer-) Erfolg, der prima facie der werkvertraglichen Typologie entspricht.

cc. Abgrenzung: Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und den Endkunden - Werkvertrag

Nach allem ergibt sich an einzelnen werkvertraglich qualifizierbaren Elementen: Werkvertraglicher Charakter kann der Vereinbarung über die Herstellung und Aufrechterhaltung der zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsverbindung zugemessen werden. Da der Anrufer diese Leistung veranlaßt und das Verbindungsentgelt schuldet, ist er der Gläubiger dieser Werkleistung.

Die Anbieterverpflichtung, dauerhaft am Teilnehmeranschluß des Endkunden den Empfang eingehender Telekommunikationsverbindungen zu gewährleisten, ist ebenfalls Erfolg einer Arbeitstätigkeit des Anbieters, die werkvertragliche Züge aufweist.

dd. Dienstvertragliche Elemente

Angesichts der Feststellung eines werkvertraglichen Erfolges für jede essentielle Leistungsverpflichtung des Anbieters bleibt für dienstvertragliche Regelungen kein Raum. Die Ausübung werkvertraglicher Tätigkeit in Richtung auf den Erfolg ist nämlich nicht gesondert dienstvertraglich einzuordnen. Sie wird durch das Werkvertragsrecht verdrängt. Daß den auf den hier festgestellten Erfolg gerichteten Tätigkeiten keine wesentliche, dienstvertragliche Bedeutung zukommt, zeigt sich insbesondere auch daran, daß eine Vergütung nicht geschuldet wird, wenn die Verbindung nicht zustande kommt⁴⁸¹, die Empfangsbereitschaft nicht besteht.

IV. Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden beinhaltet zwei prägende Leistungselemente, die dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden können: Die Anbieterverpflichtungen, jederzeit die Empfangsbereitschaft des Anschlusses des Endkunden

⁴⁸¹ So auch Korf, CR 1995, 518, 520, Fußnote 14; vgl. auch schon Scholz, Gruchot, Bd. 52, 359, 364.

herzustellen und aufrechtzuerhalten und im Einzelfall eine zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsverbindung vom Anschluß des Endkunden zu anderen Anschlüssen innerhalb des Ortsnetzes aufzubauen und für die von beiden Teilnehmern gewünschte Gesprächsdauer aufrechtzuerhalten.

§ 4 Einfluß der Verquickung der Leistungselemente auf die Rechtsnatur

Aus der Ermittlung werkvertraglicher Erfolge ist noch nicht zu deduzieren, auf welche Weise die §§ 631 ff. BGB auf die Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden anzuwenden sind und die Rechtsfolgen des Werkvertragsrechts überhaupt "passen". Erst die Angemessenheit des Rechtsfolgensystems vermag jedoch die typologische Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als werkvertraglich zu rechtfertigen. Die für die typologische Rechtsfindung notwendige Überprüfung der Adäquanz der Rechtsfolgenbestimmungen des Werkvertragsrechts erfordert zunächst die Analyse der Art des Zusammenwirkens der ermittelten Einzelleistungen.

A. Verknüpfung von Leistungselementen durch das Zeitmoment

Der Vergleich der Rechtsbeziehung mit den vom Gesetzgeber wegen ihrer Häufigkeit im einzelnen normierten Vertragsverhältnissen sowie den empirisch entwickelten Verträgen⁴⁸² hat erwiesen, daß das Leistungsprogramm des Anbieters nicht durch ein einzelnes typisches Vertragsverhältnis zu erfassen ist.

Da ein singuläres typisches Schuldverhältnis somit nicht vorliegt, stellt sich die für die Rechtsfolgenermittlung relevante Frage, ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden überhaupt auf einem einzigen oder aber auf mehreren separaten Verträgen beruht. Zu denken ist etwa an einzelne Verträge je über die Empfangsbereitschaft und jede einzelne abgehende Telekommunikationsverbindung.

Über die Einheitlichkeit eines Vertragsverhältnisses entscheidet der Wille der Parteien. Dieser kann im Hinblick auf das intendierte wirtschaftliche Gesamtergebnis primär isoliert stehende wechselseitige Leistungsverpflichtungen zu rechtlichen Gebilden verknüpfen, die ein "Nacheinander" oder ein Kontinuum abzubilden vermögen.

⁴⁸² Dazu zählen etwa die oben behandelten Transportverträge, die Versorgungsverträge und der Informationsvertrag.

Von entscheidender Bedeutung für eine solche Verknüpfung ist das Zeitmoment, das die Parteien für das Zusammenwirken der wesentlichen Bestandteile des Gesamtleistungsprogramms zugrunde legen. Denn die Konstituierung einer übergeordneten Struktur als Grundlage aufeinanderfolgender Einzelleistungen erfordert ebenso eine über die Einmalbeziehung hinausreichende "dauerhafte" Bindung der Kontrahenten, wie die Verknüpfung von nacheinander oder andauernd zu erbringenden Einzelleistungen zu einem einheitlichen Ganzen.

I. Kategorien von Schuldverhältnissen nach zeitlicher Bewandnis

Demgemäß wird in Rechtsprechung und Literatur eine Kategorisierung von Schuldverhältnissen vorgenommen anhand des Kriteriums der Bewandnis der für ein Dauerschuldverhältnis essentiellen Elemente⁴⁸³ "Zeitmoment" und "dauerhafte Pflichtenanspannung". Bezugspunkt ist dabei die vom Schuldner an den Gläubiger zu erbringende Hauptleistung⁴⁸⁴.

Je nachdem, ob Zeitmoment und dauerhafte Pflichtenanspannung überhaupt vorhanden sind und sich eher auf die rechtliche Bindung zur Erbringung einer Einzelleistung oder den schuldverhältnistypischen Leistungsinhalt als solchen beziehen, ist auf einer Skala in zunehmender Verdichtung zu einem einheitlichen Ganzen⁴⁸⁵ zu unterscheiden zwischen separaten Verträgen, die entweder unverbunden nebeneinander stehen (Vertragsmehrheit) oder von vornherein als Rechtsverhältnisse mit gemeinschaftlichen Elementen ohne (Rahmenvereinbarung) oder mit der zumindest eine Partei treffenden Verpflichtung zum Abschluß von Einzelverträgen (Rahmenvertrag) geplant wurden und einem einzigen Vertrag, der wenigstens eine Vertragspartei entweder zur Lieferung gleichartiger Güter in Teilmengen (Sukzessivlieferungsvertrag) oder zu einer Leistung verpflichtet, die in einem andauernden Verhalten besteht⁴⁸⁶ und während der gesamten Vertragslaufzeit gleichförmig zu erbringen ist (Dauerschuld im engeren Sinne)⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Vgl. dazu: Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 Rn. 352 ff. m.w.N..

⁴⁸⁴ Palandt- Heinrichs Einl. v. § 241 Rn. 17; Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 303; Esser/Schmidt Bd. I, Tb. 1 § 15 II, S. 253; vertiefend: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 105 ff..

⁴⁸⁵ Vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 I 4, S. 406.

⁴⁸⁶ Vgl. Esser/Schmidt, Bd. I Tb. 1 § 15 II 4, S. 256.

⁴⁸⁷ Die zur Benennung dieser Unterschiede vorgeschlagene Terminologie divergiert erheblich. Zur Differenzierung der "dauernden Schuldverhältnisse" wird hier die (auf den grundlegenden Aufsatz von Otto von Gierke, IherJb 64, 355 ff. zurückgehend) Kategorisierung zugrundegelegt, wie sie etwa auch anzutreffen ist bei: Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 26 ff. und Einl. v. § 241 Rn. 17 f.; Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 356 ff. (ähnlich MüKom- Emmerich Vor. § 275 Rn. 374) und insbesondere Fuchs- Wissemann, Abgrenzung. Gegen diese Einteilung etwa Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 I. 5.

1. Separate Einzelverträge ohne zeitliche Verknüpfung -

Vertragsmehrheit, laufende Geschäftsbeziehung

Insbesondere das Element der dauerhaften Pflichtenanspannung ist bei einem bloßen tatsächlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Einzelverträgen nicht vorhanden. So vermag eine laufende Geschäftsverbindung eine Verknüpfung voneinander unabhängiger und rechtlich selbständiger Verträge nicht zu bewirken. Denn allein der nicht nur auf ein Einzelgeschäft angelegte rechtsgeschäftliche Kontakt begründet noch keine über das Einzelrechtsverhältnis hinausreichende Bindung, die die Annahme einer auf Dauer angelegten Rechtsbeziehung rechtfertigen könnte⁴⁸⁸.

2. Rahmenvereinbarung / Normenvereinbarung

Bedeutung für Einzelleistungen gewinnt das Zeitmoment bei der gesetzlich nicht geregelten, aber im Rahmen der Vertragsfreiheit unbedenklich möglichen Rahmen- oder Normenvereinbarung⁴⁸⁹. Diese Abrede eröffnet eine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung, legt darüber hinaus aber auch bindend die Bedingungen für die dann noch im Einzelfall zu schließenden Verträge fest⁴⁹⁰. Das Zeitmoment bezieht sich damit allein auf die Wirkung von Vereinbarungen für den Fall, daß überhaupt Verträge über bestimmte Leistungen geschlossen werden⁴⁹¹. Der vertragstypische Leistungsinhalt als solcher, also das Verhalten, das den Vertragstypus bestimmt, wird dagegen durch die zeitliche Determinierung nicht erfaßt. Einen einheitlichen Vertrag vermag eine solche Vereinbarung nicht zu begründen. Die aufgrund der Rahmenvereinbarung geknüpften Rechtsverhältnisse sind jeweils Gegenstand eines separaten Vertrages, der für sich geschlossen wird und auch getrennt zu behandeln ist.

3. Rahmenvertrag

Beim Rahmenvertrag tritt zu den Elementen der Rahmenvereinbarung eine Abschlußverpflichtung hinzu, die wegen des daraus resultierenden bindenden Charakters die Zuordnung dieser Vereinbarung zu den Schuldverträgen des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtfertigt. Mindestens eine Partei des Rahmenvertrages ist verpflichtet, auf Anforderung des anderen Teils jeweils einen Vertrag über die Einzelleistung mit den vorab mehr oder weniger fest vereinbarten Konditionen zu schließen⁴⁹². Der Rahmenvertrag

⁴⁸⁸ So auch Palandt-Heinrichs Einl. v. § 305 Rn. 16.; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 II 1, S. 409; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 124; K. Schmidt § 20 I 3 c, S. 614.

⁴⁸⁹ Die Begriffe sind synonym.

⁴⁹⁰ Vgl. auch § 2 Abs. 2 AGBG.

⁴⁹¹ Vgl. Staudiner-Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 312.

⁴⁹² Definition nach Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, 102. Überwiegend wird dagegen unter Rahmenvertrag die hier als Rahmenvereinbarung bezeichnete Rechtsfigur verstanden und die hier als Rahmenvertrag begriffene Rechtsfigur im Zusam-

bestimmt also, anders als die Rahmenvereinbarung, nicht nur über das "Wie", sondern auch über das "Ob" eines Einzelvertrages⁴⁹³.

Im Gegensatz zum verwandten Vorvertrag⁴⁹⁴, der den Einzelvertrag nicht überdauert⁴⁹⁵ und allein der Überbrückung zeitlicher Hindernisse bis zum Abschluß des Vertrages dient, ist die Abschlußpflicht des Rahmenvertrages auf Dauer, nämlich auf den Zeitraum, in dem der Rahmenvertrag gilt, angelegt⁴⁹⁶. Die Pflichtenanspannung ist somit eine ständige. Das dem Rahmenvertrag inhärente Zeitmoment ist allerdings nicht auf den vertragstypischen Leistungsinhalt, sondern auf die Dauer der rechtlichen Bindung zum Abschluß von Einzelverträgen bezogen.

Der Rahmenvertrag bildet somit zwar eine übergeordnete Struktur für die Einzelschuldverhältnisse. Eine Verbindung der Einzelleistungen zu einem einheitlichen Vertrag erfolgt durch den Rahmenvertrag jedoch nicht. Die rahmenvertragliche Ausgestaltung einer Rechtsbeziehung wird daher von den Parteien nur dann gewählt, wenn sie zwar eine Bindung einer Seite zur Erbringung der vertragstypischen Leistung vereinbaren wollen, jedoch im Einzelfall einen gesonderten Vertrag erst noch schließen möchten, also eine Rechtsbeziehung wünschen, die es erforderlich macht, wegen des Inhalts der Einzelverpflichtung nochmals in Kontakt zu treten. Das ist nur

menhang mit einem Wiederkehrschuldverhältnis erörtert. Eine vollständige Erfassung aller nach zeitlichen Determinanten zu differenzierenden Rechtsfiguren und eine dogmatisch befriedigende Einordnung der einen Rahmen bildenden Verträge ermöglicht indes nur die hier zugrunde gelegte Unterscheidung, vgl. dazu ausführlich: Fuchs- Wissemann, Abgrenzung, S. 19 ff..

⁴⁹³ Zur Gegenmeinung, die den Rahmenvertrag mit der Rahmenvereinbarung gleichsetzt: K. Schmidt § 20 I b, der jedoch immerhin die Bezeichnung der Rahmenvereinbarung als "Vertrag" für problematisch hält.

⁴⁹⁴ Der Vorvertrag wird hier verstanden als Rechtsgeschäft vorbereitender Natur, das zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet und darin seine Erfüllung findet, vgl. Ulmer, Der Vertragshändler, S. 404; Fuchs- Wissemann, Abgrenzung, S. 23; ähnlich: Esser/Schmidt, Bd. I, Tb 1 § 14 III Vor. 1, S. 426.

⁴⁹⁵ Dasselbe gilt auch für die Option, die nur vorbereitender Natur ist und im Abschluß des Vertrages ihre Erfüllung findet, also den Einzelvertrag nicht überdauert.

⁴⁹⁶ In der Literatur findet sich auch die Ansicht, der Vorvertrag begründe die Verpflichtung, einen oder mehrere Verträge abzuschließen, wohingegen der Rahmenvertrag lediglich Fragen beantworte, die für die im Rahmen der Geschäftsverbindung abzuwickelnden Einzelverträge von gemeinsamer Bedeutung seien, aber die Bestimmtheitsvoraussetzungen eines Vorvertrages nicht erfüllten (Larenz/Wolf AT § 23 V. 1 Rn. 99, 7 Rn. 108 ff.). Aus dem Rahmenvertrag könnten sich sonach Abschlußpflichten nicht ergeben. Diese Ansicht verdient keinen Zuspruch: Die dort zugrunde gelegte Natur des Rahmenvertrages ist bei differenzierter Betrachtung mit der Kategorie der Normen - oder Rahmenvereinbarung zu erfassen. Nur dadurch werden die Charakteristika von Vorvertrag und dem auf Dauer angelegten Rahmenvertrag sauber geschieden.

anzunehmen, wenn den Parteien nach der vorab getroffenen Vereinbarung ein Spielraum zur inhaltlichen Gestaltung des Einzelvertrages verbleibt.

4. Wiederkehrschuldverhältnis

Bei dem häufig mit dem Rahmenvertrag gleichgesetzten⁴⁹⁷ Wiederkehrschuldverhältnis⁴⁹⁸, dessen Existenz nicht allgemein anerkannt ist, soll es sich um ein einziges Schuldverhältnis handeln, das im Unterschied zum Rahmenvertrag *"kraft einer, wäre es auch nur stillschweigenden, Wiederholung des Vertragsschlusses"* (zu dem der Unternehmer verpflichtet ist) *"fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder Bezugsmengen neu entsteht."*⁴⁹⁹ Diese Konstruktion beruht auf der Erwägung, daß das Rechtsverhältnis, anders als bei einer rahmenvertraglichen Verbindung⁵⁰⁰, zwischenzeitlich erlischt und für jeden darauffolgenden Zeitabschnitt (etwa für jeden Monat) ein neuer Vertrag geschlossen wird, sich das Schuldverhältnis also gleichsam in Zeitetappen "erneuert".

5. Sukzessivlieferungsvertrag (Raten- und Dauerlieferungsvertrag)

Bei den dem Kaufrecht⁵⁰¹ entstammenden "Sukzessivlieferungsverträgen" ist das essentielle Zeitmoment, wie beim Rahmenvertrag, nicht unmittelbar auf den vertragstypischen Leistungsinhalt, sondern auf die rechtliche Bindung zur Erbringung von Einzelleistungen bezogen⁵⁰². Diese Einzelleistungen sind jedoch nicht Gegenstand jeweils separater Verträge, sondern Teilmengen einer einheitlichen Leistungsgesamtheit. Denn der Sukzessivlieferungsvertrag wird durch die Besonderheit geprägt, daß die Gesamtleistung in zeitlich aufeinander folgenden Teilmengen erbracht wird⁵⁰³.

Je nachdem, ob die Anzahl dieser Leistungsabschnitte durch eine bestimmte Gesamtmenge gleichartiger Güter präfixiert ist oder die Lieferung eines Teils einer unbestimmten Gesamtmenge gleichartiger Güter jeweils auf Abruf des

⁴⁹⁷ Siehe Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 III 2, S. 414 ff..

⁴⁹⁸ Zurückgehend auf Jaeger, LZ 1912, 295 vom Reichsgericht übernommen in RGZ 148, 326 ff..

⁴⁹⁹ RGZ 148, 326, 330; vgl. auch Erman- Hefermehl Vor. § 145 Rn. 44.

⁵⁰⁰ Einen Rahmenvertrag innerhalb eines Wiederkehrschuldverhältnisses erkennen gleichwohl: Soergel- Teichmann, § 241 Rn. 7; Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 312; Fikentscher § 8 Rn. 37; AK- Dubischar § 241 Rn. 9; Blomeyer, allgemeines Schuldrecht, S. 45 f.; Larenz, Schuldrecht I, S. 31 Fn. 45. Diese Problematik wird unten 2. Teil, 2. Abschnitt, § 4 A II 2 b cc aufgelöst.

⁵⁰¹ Seine Entstehung verdankt der Sukzessivlieferungsvertrag dem praktischen Bedürfnis, dem Käufer die Ware erst dann zu übergeben, wenn er sie zur Weiterverarbeitung benötigt.

⁵⁰² Vgl. Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 358.

⁵⁰³ BGH NJW 77, 35; 81, 680; Palandt- Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 27; Staudinger- Köhler Vorbem. zu §§ 433 ff Rn. 19.

Gläubigers erfolgt, kann man von einem "Ratenlieferungsvertrag" oder von einem "Dauerlieferungsvertrag" (Bezugsvertrag) sprechen⁵⁰⁴. Im Gegensatz zum Ratenlieferungsvertrag, der Teilleistungen einer von den Parteien durch die Gesamtmenge festgelegten Leistungsganzheit verknüpft, ist der Dauerlieferungsvertrag, dessen Einzelleistungen lediglich Teile einer rechtlichen Größe sind, ein echtes Dauerschuldverhältnis⁵⁰⁵.

Im einen wie im anderen Fall sind sämtliche Teilleistungen kraft eines einzigen einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrages geschuldet. Dieser begründet von vornherein die vollständige und abschließende Verpflichtung, die vertraglich vorgeschriebenen Leistungen in Teilen zu erbringen⁵⁰⁶. Eine Einwirkung auf den Inhalt der Einzelleistungen ist von den Parteien damit, anders als beim Rahmenvertrag, nach Vertragsschluß nicht mehr gewünscht und auch nicht möglich.

Der Sukzessivlieferungsvertrag ist im Gegensatz zu den übrigen hier behandelten Gebilden eine Rechtsfigur des Besonderen Schuldrechts und muß seiner Terminologie entsprechend einzelne Teilleistungen in Form von "Lieferungen" zum Gegenstand haben. Eine von Teilen des Schrifttums⁵⁰⁷ angenommene Beschränkung des Anwendungsbereichs des gesetzlich nicht geregelten, sondern im Rechtsverkehr entwickelten Sukzessivlieferungsvertrages auf den Kauf- und Werklieferungsvertrag ist dadurch allerdings nicht veranlaßt. Denn auch für werkvertragliche Leistungen ist ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer Verknüpfung nach Art eines Sukzessivlieferungsvertrages anzuerkennen⁵⁰⁸. Und die Terminologie, die als Begründung für eine Konzentration dieser Rechtsfigur auf Kauf- und Werklieferungsvertrag herangezogen wird, steht der Erstreckung des Sukzessivlieferungsvertrages auf Werkverträge keineswegs entgegen, wie die einzige Erwähnung der "Lieferung" im Gesetz zeigt: § 11 Nr. 10 AGBG soll nach seiner Entstehungsgeschichte gerade auch den Werkvertrag erfassen⁵⁰⁹. Auch Werkverträge können daher Sukzessivlieferungsverträge sein.

⁵⁰⁴ Die Kategorisierung divergiert erheblich: Abweichende Einteilung bei Staudinger-Otto § 326 Rn. 185 (Sukzessivlieferungsvertrag umfaßt die hier als Ratenlieferungsvertrag bezeichnete Struktur), anders wieder Medicus, Schuldrecht I, AT § 2 Rn. 12 (Sukzessivlieferungsvertrag ist nur die hier als Dauerlieferungsvertrag verstandene Struktur).

⁵⁰⁵ Vgl. MüKom- Emmerich Vor. § 275 Rn. 375; Christodoulou, Zeitelement, S. 147 m.w.N..

⁵⁰⁶ Soergel- Huber § 433 Rn. 57; Ulmer, Der Vertragshändler, S. 298.

⁵⁰⁷ So Palandt- Putzo Einf. v. § 433 Rn. 10; Medicus, Schuldrecht I, AT § 2 Rn. 12; Ulmer, Der Vertragshändler, S. 301.

⁵⁰⁸ So in BGH, WM 1984, 1375 ff; so auch Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 120; Michalski, JA 1979, 401.

⁵⁰⁹ Vgl. dazu Ulmer/Brander/Hensen- Hensen § 11 Nr. 10 Rn. 3.

6. Dauerschuldverhältnis "im engeren Sinne"

In ausgeprägtester Form sind Zeitmoment und dauerhafte Pflichtenanspannung anzutreffen beim Dauerschuldverhältnis "im engeren Sinne", das sich dadurch auszeichnet, daß Zeitmoment und dauerhafte Pflichtenanspannung auf die schuldverhältnistypische Leistung selbst bezogen sind, also für die Laufzeit der Rechtsbeziehung ein dauerhaftes Verhalten selbst geschuldet ist⁵¹⁰. Diese zeitliche Dimension ist nur durch ein einheitliches Vertragsverhältnis zu erfassen. Paradigmen sind das mietrechtliche Schuldverhältnis sowie Leihe, Pacht, Dienstvertrag, Verwahrung und Gesellschaftsvertrag.

II. Einordnung der Verknüpfung der Leistungselemente des Rechtsverhältnisses zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden

Der Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden sind mehrere Verknüpfungen durch das Zeitmoment inhärent:

1. Empfangsbereitschaft

Die Empfangsbereitschaft ist während der gesamten Dauer der Vertragsbeziehung aufrechtzuerhalten, was eine permanente Pflichtenanspannung erfordert. Das essentielle Zeitmoment bezieht sich auf den Leistungsinhalt als solchen und nicht lediglich auf die Bereitschaft zur Erbringung der vertragstypischen Leistung. Denn die jederzeitige Empfangsbereitschaft beruht auf dem ständigen Betrieb der Telekommunikationsinfrastruktur durch den Anbieter. Diese Verpflichtung ist ohne ein kontinuierliches, für die gesamte Dauer der Rechtsbeziehung voll wirksames Schuldverhältnis nicht denkbar. Es handelt sich somit bei der Vereinbarung über die Empfangsbereitschaft um ein Dauerschuldverhältnis "im engeren Sinne", das Gegenstand eines einheitlichen Vertrages ist.

2. Errichtung und Aufrechterhaltung abgehender Telekommunikationsverbindungen

a. Einzelleistung

Ähnliches gilt bei isolierter Betrachtung für die im Einzelfall geschuldete Telekommunikationsverbindung. Die Verpflichtung des Anbieters erschöpft sich nicht in einem punktuellen Leistungsaustausch, etwa dem einmaligen Transfer der vom Anbieter hergestellten ("fertigen") Telekommunikationsverbindung, sondern ist nur durch Aufrechterhaltung der Verbindung für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer, also durch einen andauernden Leistungserfolg, zu erfüllen. Die Pflichtenanspannung ist dauerhafter Natur,

⁵¹⁰ Vgl. Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff. Rn. 358.

das Zeitmoment ist auf die vertragstypische Leistung selbst, nicht lediglich auf die Bereitschaft zu deren Erbringung bezogen.

Der Leistungszeitraum für die Telekommunikationsverbindung ist jedoch im Gegensatz zur Leistung der Empfangsbereitschaft nicht identisch mit der Dauer der Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Endkunde. Das Zeitmoment mit Bezug zum Leistungsinhalt erstreckt sich vielmehr auf die Dauer der jeweiligen Telekommunikationsverbindung. Das spricht dafür, daß der werkvertragliche Erfolg der Telekommunikationsverbindung - wie jedenfalls bei einem Telefonat von einer öffentlichen Fernsprechkabine aus - jeweils auf separaten, während der Laufzeit der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden im jeweiligen Einzelfall geschlossenen Einzelverträgen über eine Dauerleistung "im engeren Sinne" beruht. Mit dieser Hypothese ist auch die gesonderte Entgeltberechnung für jede einzelne Verbindung gut zu vereinbaren.

b. Verknüpfung der Leistungspflichten

Diese isolierte Betrachtungsweise läßt jedoch unberücksichtigt, daß die Parteien über die dauernden Leistungen in Form der Einzelverbindungen vorab weitere Vereinbarungen getroffen haben. Der Anbieter soll die nach bestimmten Parametern festgelegte Verbindung immer dann herstellen, wenn es der Endkunde wünscht.

Je nach Art der von den Parteien intendierten zeitlichen Verknüpfung mit den vermeintlichen Einzelverträgen erfüllt diese Abrede als Gegenstand einer laufenden Geschäftsverbindung lediglich die Hinweiskfunktion auf einen tatsächlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, konstituiert den Rahmen für separat zu behandelnde Verträge oder verknüpft die Einzelleistungen als Teilleistungen einer vertraglich geschuldeten Gesamtliefermenge zu einem einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag.

aa. Vertragsmehrheit - laufende Geschäftsverbindung

Ob die mit Bezug zu den einzelnen Telekommunikationsverbindungen getroffenen Vereinbarungen zwischen Anbieter und Endkunde überhaupt institutionell so verdichtet sind, daß sie die Annahme einer zeitlichen Verknüpfung auch nur zu einer Rahmenvereinbarung rechtfertigen, erscheint zweifelhaft, weil die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine endgültig bindende Fixierung der Modalitäten für die einzelnen Leistungen nicht enthalten. Denn der Anbieter gesteht sich in Übereinstimmung mit § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG, § 28 Abs. 2 TKV in den allgemeinen Geschäftsbedingungen das Recht zu, auf die Leistungsmodalitäten nachträglich einseitig einzuwirken. Ein kontinuierliches Rechtsverhältnis, das die Einzelleistungen mit-

einander verbindet, scheint damit nicht vorzuliegen. Das spricht für eine Vertragsmehrheit.

Gerade §§ 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG, 28 Abs. 2 TKV verdeutlichen jedoch andererseits, daß zumindest der Ordnungsgeber von einer auf Dauer angelegten rechtsgeschäftlichen Bindung der Parteien an die in den AGB für einzelnen Telekommunikationsverbindungen getroffenen Leistungsmodalitäten ausgegangen ist. Denn die besonderen Änderungsvoraussetzungen (Veröffentlichung im Amtsblatt, Bereithaltung der AGB in den Geschäftsstellen, Kündigungsmöglichkeit und entsprechende vorherige Information) gelten gerade auch für dem Kunden ungünstige Änderungen der Verbindungspreise oder der Verbindungsqualität. Diese Änderungshürden erklären sich aus der Abweichung von dem zivilvertraglichen Fundamentalgrundsatz, daß Verträge nur einvernehmlich geändert werden können⁵¹¹. Das setzt zwingend voraus, daß eine auf Dauer angelegte, bindende Vereinbarung über die Modalitäten der einzelnen Telekommunikationsverbindung vorliegt.

Die durch den Ordnungsgeber vorgezeichnete Gestaltungswirkung der vorab geschlossenen Vereinbarung reflektiert die Vertragspraxis. Die Parteien treffen die Abrede über die Errichtung von Telekommunikationsverbindungen in einer vorgeschalteten Vereinbarung nicht ohne Grund, sondern in dem Bewußtsein, daß diese Abrede Bedeutung für alle Einzelleistungen hat. Eine bloße Vertragsmehrheit, womöglich verbundenen durch eine laufende Geschäftsverbindung, liegt mithin nicht vor.

bb. Rahmenvereinbarung

Die zu Beginn der Leistungsbeziehung zugrunde gelegte Vereinbarung soll also Gestaltungswirkung für die Rechtsverhältnisse über die einzelnen Telekommunikationsverbindungen haben. Ein Anzeichen dafür, daß sich diese Funktion im Sinne einer Rahmenvereinbarung in der Regelung der Modalitäten der erst noch im Einzelfall zu begründenden Vertragsbeziehung erschöpft, mag darin zu sehen sein, daß der Endkunde für die jeweilige Einzelverbindung gesonderte (Verbindungs-) Entgelte zahlt⁵¹².

Die rechtliche Konsequenz einer Rahmenvereinbarung, daß sich die Hauptleistungspflichten der Kontrahenten bei jedem Telefonat aus einem Einzelvertrag ergeben, dessen Abschluß noch zur Disposition der Parteien steht, entspricht jedoch nicht dem von den Parteien intendierten Ergebnis.

⁵¹¹ Vgl. Begründung zu § 28 TKV, BR- Drs. 551/97 vom 24. 7. 1997; Schulz, CR 1998, 213, 216 f..

⁵¹² Die gesonderte Entgeltlichkeit erkennt als Kriterium: Dellios, Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei "gemischten" Verträgen, S. 62.

Dem Anbieter geht es um die dauerhafte Bindung des Endkunden. Und dem Endkunden kommt es gerade darauf an, zu jedem beliebigen Zeitpunkt andere Teilnehmer erreichen zu können. Dazu reicht es nicht aus, daß er mit dem Anbieter einen Vertrag über die entsprechende Ortsverbindung schließen "darf". Denn diesem bliebe es grundsätzlich unbenommen, den Vertragsschluß abzulehnen. Für den Endkunden hätte dies zur Folge, daß er bei Weigerung des Anbieters abgehende Telefonate nicht führen könnte. Denn im Ortsnetzverkehr besteht keine Möglichkeit, im Einzelfall einen anderen Anbieter auszuwählen.

Diese Interessenlage erfordert aus Sicht der Parteien, über eine bloße Rahmenvereinbarung hinaus eine Verpflichtung des Anbieters anzunehmen, die Einzelleistung auf Verlangen des Endkunden jederzeit zu erbringen. Sollten die Parteien also die einzelne Telekommunikationsverbindung als Gegenstand eines separaten Vertrages vereinbaren wollen, bestünde doch zumindest eine Abschlußverpflichtung des Anbieters.

cc. Wiederkehrschuldverhältnis

Für die Konstellation eines Schuldverhältnisses, das zumindest eine Partei verpflichtet, in ständiger Wiederholung des Vertragsschlusses das Schuldverhältnis für weitere Zeitabschnitte oder weitere Bezugsmengen neu entstehen zu lassen, ist der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses geprägt worden⁵¹³.

Diese Rechtsfigur ist jedoch nicht anzuerkennen. Denn die Idee des wiederkehrenden Vertragsschlusses berücksichtigt in keinsten Weise den permanenten Charakter der dauerhaften Lieferbereitschaft⁵¹⁴. Vor allem aber ist die Vorstellung des sich ständig wiederholenden Vertragsschlusses mit den wirklichen Gegebenheiten nicht in Einklang zu bringen. Kein Anbieter, kein Endkunde hat das Bewußtsein, einen einheitlichen Vertrag über Telekommunikationsdienstleistungen fortwährend neu zu schließen und dadurch den Vertrag kontinuierlich zu erneuern.

Das Wiederkehrschuldverhältnis wird aufgrund entsprechender Erwägungen auch vom BGH als "*durch die Rechtsentwicklung überholt*"⁵¹⁵ und vom überwiegenden⁵¹⁶ Teil der Literatur als "*überwunden*"⁵¹⁷ angesehen. Seine

⁵¹³ Definition nach Gernhuber § 17 III.1, S. 414; zurückgehend auf Jaeger, Kommentar des Konkursrechtes; Übernahme durch das RG in RGZ 148, 326 ff..

⁵¹⁴ Vgl. Medicus, Schuldrecht I, AT § 2 Rn. 13.

⁵¹⁵ BGH DtZ 1997, 196, 197; BGH NJW 1995, 1966, 1968.

⁵¹⁶ Die Rechtsfigur eines Wiederkehrschuldverhältnisses erkennen (noch) an: Erman-Hefermehl Vor. § 145 Rn. 44; Fikentscher, § 8 7 d Rn. 37, der allerdings das Wiederkehrschuldverhältnis mit dem Rahmenvertrag gleichsetzt; Biletzki, VuR 1999, 35, 36; Michalski, JA 1979, 401, 403.

Entstehung verdankt dieses Gebilde dem Konkursrecht⁵¹⁸, das auch für die Theorie der Miete des Teilnehmeranschlusses erhalten mußte. Wie für die "mietrechtliche Lösung" gibt das Konkursrecht jedoch auch für die Einordnung des Zusammenwirkens einzelner Leistungselemente für das "*Teilnehmeranschlußverhältnis*" nichts her: Das Wiederkehrschuldverhältnis sollte für die sogenannten "*Versorgungsverträge*" über Strom, Wasser, Gas etc. durch Konstruktion eines Schuldverhältnisses mit sich perpetuierendem Vertragsschluß statt eines einheitlichen Dauerschuldverhältnisses den Konkursverwalter davor bewahren, nach Konkurseröffnung entweder auf weitere Versorgung des insolventen Unternehmens zu verzichten oder bei Wahl restlicher Erfüllung auch die vor Konkurseröffnung entstandenen Verbindlichkeiten aus dem Dauerschuldverhältnis gemäß §§ 17, 59 Abs. 1 Nr. 2 KO als Masseschulden bedienen zu müssen. Die stete Neubegründung von Verträgen nach der Theorie des Wiederkehrschuldverhältnisses ermöglichte die Aufrechterhaltung der Versorgung des Gemeinschuldners aufgrund eines (jeweils) neuen Vertragsschlusses, ohne die vorangegangenen (bereits erfüllten) Verträge als Masseschuld behandeln zu müssen und entledigte so den Konkursverwalter des sich aus § 17 KO ergebenden Problems.

Inwieweit diesem Anliegen auch bei Annahme eines einheitlichen Schuldverhältnisses entsprochen werden konnte, weil es dem Konkursverwalter unbenommen blieb, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern und einen neuen Vertrag mit dem zum Vertragsschluß verpflichteten Anbieter zu schließen und ob ein derartiger Kontrahierungszwang auch für Telekommunikationsdienstleister gilt⁵¹⁹, kann ebenso dahinstehen wie die Frage, ob entsprechend der neueren Rechtsprechung die Wahl der Erfüllung in den Fällen des § 17 KO zur Folge hatte, daß die Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen erlöschen und die Ansprüche mit dem bisherigen Inhalt neu begründet werden⁵²⁰. Denn die Rechtsentwicklung hat der Theorie vom Wiederkehrschuldverhältnis die konkursrechtliche Legitimationsgrundlage jedenfalls entzogen. § 105 S. 1 InsO sieht eine eigenständige Regelung für die Abwicklung von Verträgen über "teilbare Leistungen" vor, die der Lehre des Wiederkehrschuldverhält-

⁵¹⁷ So wörtlich Büdenbender, *Energierrecht*, für den "Energiefieferungsvertrag" Rn. 847; K. Schmidt § 20 I 2 c, S. 613; i.E. auch Soergel-Teichmann § 241 Rn. 7; Soergel-Huber Vor. § 433 Rn. 60.f.; MüKom-Kramer Einleitung § 305 Rn. 86; Medicus, *Schuldrecht I*, AT § 2 II 1 d.

⁵¹⁸ RGZ 148, 326, 330 ff.; grundlegend Jaeger, LZ 1912, 286, 294 ff..

⁵¹⁹ Schon für Energiefieferungsverträge sehr zweifelhaft. Der Kontrahierungszwang allein für marktbeherrschende Telekommunikationsunternehmen gilt zudem nur "im Rahmen der Gesetze".

⁵²⁰ Vgl. BGHZ 129, 336; 106, 236, 241 ff.; 116, 156, 158; BGH NJW 1997, 2184.

nisses weitgehend entspricht⁵²¹, ohne eine eigene schuldrechtliche Kategorie von Wiederkehrschuldverhältnissen zu konstituieren. Der Anbieter ist danach hinsichtlich des noch ausstehenden Betrages für eine vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Verwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt.

Ein Wiederkehrschuldverhältnis, das als reine "Zweckkonstruktion"⁵²² dazu diene, konkursrechtlich gewünschte Ergebnisse durch eine "Fiktion"⁵²³ des fortwährenden Vertragsschlusses "konstruktiv abzusichern"⁵²⁴, ist dogmatisch nicht haltbar⁵²⁵, zumindest aber durch die InsO seiner (zweifelhaften) konkursrechtlichen Legitimationsgrundlage beraubt. Mit dem Sukzessivlieferungsvertrag, dem Rahmenvertrag, der Rahmenvereinbarung und der laufenden Geschäftsverbindung stehen zudem Rechtsfiguren bereit, die eine Erfassung aller auftretenden Rechtsverhältnisse ermöglichen und die Rechtsfigur des Wiederkehrschuldverhältnisses entbehrlich machen.

dd. Rahmenvertrag

Ist die Rechtsfigur des Wiederkehrschuldverhältnisses nicht anzuerkennen⁵²⁶ und vermag allein die Festlegung der Konditionen des Einzelvertrages durch die vorab getroffene Regelung im Sinne einer Rahmenvereinbarung der Interessenlage der Parteien nicht zu entsprechen, erhebt sich die Frage, ob Anbieter und Endkunde einen Rahmenvertrag schließen.

Die rahmenvertragliche Konstruktion wird insoweit der Interessenlage des Endkunden gerecht, als sie über die mehr oder wenige enge Fixierung des Inhaltes der Einzelverträge durch die Rahmenvereinbarung hinaus die Pflicht des Anbieters zum Abschluß von Einzelverträgen begründet. Auf der Grundlage eines Rahmenvertrages kann also der Endkunde jederzeit den Abschluß eines Vertrages über ein abgehendes Telefonat verlangen und sodann kraft der in Erfüllung des Einzelvertrages erbrachten Anbieterleistung andere Teilnehmer erreichen⁵²⁷.

⁵²¹ So Tintelnot, ZIP 1995, 619 f.; Pape, DtZ 1997, 2.

⁵²² Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 III 2, S. 415.

⁵²³ Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 62.

⁵²⁴ Staudinger- Schmidt Einl. zu §§ 241 ff Rn. 332.

⁵²⁵ Christodoulou, Zeitelement, S. 148 sieht die Ursache für die Entstehung des Wiederkehrschuldverhältnisses in einer "kryptorechtspolitischen Methode".

⁵²⁶ Die nicht allgemein anerkannte Existenz der hier als Rahmenvertrag bezeichneten Rechtsfigur rechtfertigt sich gerade auch aus der durch die Negierung eines Wiederkehrschuldverhältnisses zutage tretenden Lücke im System der nach zeitlichen Kategorien systematisierten Rechtsfiguren.

⁵²⁷ Einen Rahmenvertrag nimmt an: Korf, CR 1995, 518, 520.

Auf dieser Basis sind alle Telekommunikationsverbindungen Gegenstand je eines separaten Vertrages; Anbieter und Endkunde schließen bei jedem Telefonat einen (primär) eigenständigen Vertrag. Ob bei einem Einzeltelefonat auf den Abschluß von Verträgen gerichtete Willenserklärungen von Anbieter und Endkunde vorliegen, ist allerdings fraglich. Ausdrückliche Erklärungen, einen Vertrag schließen zu wollen, die etwa bei Einschaltung eines vermittelnden "Operators" durchaus denkbar sind, werden hierzulande nämlich nicht abgegeben. Und ein schlüssiges Verhalten, das einen auf Vertragsschluß gerichteten Willen sichtbar macht, könnte allenfalls in der tatsächlichen Inanspruchnahme der vom Telekommunikationsdienstleister kraft Realofferte angebotenen Leistung durch den Endkunden gesehen werden. Die Wahl der Rufnummer erfüllt zwar insoweit die Geltungsvoraussetzungen einer Willenserklärung, als sie vom Endkunden mit Handlungswillen und in dem (Erklärungs-) Bewußtsein vorgenommen wird, sich rechtlich erheblich zu verhalten. Denn nach den Vereinbarungen der Parteien löst die Inanspruchnahme der Telekommunikationsdienstleistung die entsprechende Verpflichtung des Anbieters und die den Endkunden treffende Zahlungspflicht aus. Eine Willenserklärung liegt darin aber nur, wenn diese Willensäußerung ihrem Inhalt nach auf die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges, hier auf den Abschluß eines Einzelvertrages, gerichtet ist. Denn die Willenserklärung als Instrument privatautonomer Beteiligung am Rechtsverkehr zeichnet sich dadurch aus, daß die Willensäußerung auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist, Rechtsfolgen eintreten, weil sie als gewollt erklärt sind ("stat pro ratione voluntas")⁵²⁸. Endkunde und Anbieter müssen also wenigstens überhaupt daran denken, daß durch die Inanspruchnahme der Leistung ein Einzelvertrag über diese Leistung geschlossen wird.

Der Endkunde ist jedoch spätestens nach der Freischaltung kraft vorangegangener Vereinbarung mit dem Anbieter ohnehin generell berechtigt, im Ortsnetz Telefonate von "seinem" Anschluß zu führen. Und der Anbieter ist schon aufgrund dieser Vereinbarung verpflichtet, jeweils auf Nachfrage des Endkunden die abgehende Telekommunikationsverbindung zu errichten. Aus der Sicht beider Parteien bedarf es eines separaten Vertragsschlusses über die einzelnen Telekommunikationsverbindungen daher nicht mehr. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die Konditionen der sich stetig gleichartig wiederholenden Leistungen durch die Geschäftsbedingungen der Anbieter so präfixiert sind, daß ein Verhandlungsspielraum der Parteien bezüglich einer einzelnen Telekommunikationsverbindung weder erforderlich noch tatsächlich gegeben ist.

⁵²⁸ Vgl. Mugdan, Motive Bd. I, S. 126 ff., 189 f.; siehe auch Flume, AT II, § 2 Nr. 3 a).

Bei lebensnaher Betrachtung ist daher auszuschließen, daß Anbieter oder Endkunde überhaupt daran denken, einen Vertrag über eine einzelne Telekommunikationsverbindung zu schließen. Die tatsächliche Inanspruchnahme der Anbieterleistung kann also nicht als Willensäußerung ausgelegt werden, durch die der Endkunde den Vertragsschluß als gewollt erklärt. Die Willensäußerung erfüllt mithin die Voraussetzungen einer auf Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung nicht. Kein Anbieter, kein Endkunde hat bei einem einzelnen Telefonat den Willen, einen separaten Vertrag zu schließen.

ee. Sukzessivlieferungsvertrag

Näher liegt es nach allem, in der Anwahl eines entfernten Teilnehmers eine Abrufhandlung zu erkennen, deren Rechtsfolgen sich aus dem vorab geschlossenen (einheitlichen) Vertrag ergeben. Ein Schuldverhältnis, in dem Einzelleistungen auf Abruf eines Vertragsteils durch den anderen Teil zu erbringen sind, ohne daß im Einzelfall ein separates Vertragsverhältnis entsteht, kann als Sukzessivlieferungsvertrag in Gestalt eines Dauerlieferungsvertrages erfaßt werden.

Das setzt voraus, daß es sich um eine Vereinbarung handelt, kraft derer die Parteien eine endgültige und abschließende Abrede über die sukzessive Lieferung von Teilmengen einer einheitlichen Gesamtleistung getroffen haben.

(I.) Die einzelnen Telekommunikationsverbindungen als "Lieferungen"

Die (dauer-) werkvertraglich einzuordnenden Einzelleistungen in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindungen sind als Gegenstand von Teillieferungen eines Sukzessivlieferungsvertrages geeignet.

(II.) Endgültige und abschließende Dauerlieferungsvereinbarung -

Bestimmtheit des Vertragsinhalts

Fraglich ist aber, ob diese Teillieferungen bei Beginn der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden mit hinreichender Bestimmtheit vereinbart werden. Daran bestehen insoweit Zweifel, als die Wesensmerkmale des werkvertraglichen Typus, die Lieferverpflichtung des Unternehmers einerseits und die kongruente Zahlungs- und Abnahmeverpflichtung des Bestellers andererseits, zwar insoweit verbindlich feststehen, als der Telekommunikationsdienstleister dauerhaft zur Lieferung der im einzelnen aufgrund der Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen vornormierten Leistungen verpflichtet ist, allerdings sowohl die Gesamtleistungsmenge⁵²⁹ des Anbieters, als auch über-

⁵²⁹ Die Gesamtleistungsmenge wird bei Vertragsschluß nicht ausdrücklich festgelegt.

haupt die Entstehung der Zahlungsverpflichtung des Endkunden⁵³⁰, allein vom Abruf durch den Endkunden abhängig sind.

(1.) Unvereinbarkeit des Bestimmungsrechtes nach einer Literaturansicht

Ein derartiges einseitiges Bestimmungsrecht des Vertragspartners des Lieferanten, so wird unter Hinweis auf eine lange zurückliegende Entscheidung des Reichsgerichts⁵³¹ vertreten, sei mit dem "Wesen" des Sukzessivlieferungsvertrages nicht vereinbar. Denn dieser bezwecke in Abgrenzung zum Rahmenvertrag seiner Einheitlichkeit wegen eine abschließende und endgültige Regelung der Vertragsbeziehung und stelle daher gesteigerte Bestimmtheitsanforderungen⁵³². Das erfordere, daß die Gesamtleistungsmenge bei Vertragsschluß ebenso feststellbar sei⁵³³, wie die Entstehung der Leistungsverpflichtung des Abnehmers⁵³⁴. Verbleibe dem Vertragspartner dagegen nach Abschluß des vermeintlichen Sukzessivlieferungsvertrages die Möglichkeit zu entscheiden, ob er überhaupt eine Leistung abrufen und damit seine Zahlungsverpflichtung zur Entstehung bringt, sei dies mit der durch das Besondere Schuldrecht geforderten Wechselseitigkeit von Liefer- und Abnahmepflicht nicht zu vereinbaren⁵³⁵ und nehme dem Schuldverhältnis den für seine Wirksamkeit erforderlichen Verpflichtungscharakter⁵³⁶. Die Vereinbarung eines einseitigen Bestimmungsrecht des Abnehmers führe daher unter dem Gesichtspunkt, daß die Parteien eine abschließende Regelung über die Einzelleistung vorab offenbar nicht treffen wollen, stets zum Abschluß eines Rahmenvertrages⁵³⁷.

⁵³⁰ Daß der Endkunde überhaupt jemals den Teilnehmeranschluß nutzt, steht bei Vertragsschluß nicht fest. Freilich besteht eine starke faktische Bindung des Endkunden zur Inanspruchnahme der Leistung. Und kein Endkunde kann ernstlich davon ausgehen, daß sein Vertragspartner jederzeit lieferbereit ist, ohne die Gewißheit zu haben, daß der Endkunde dafür eine Abnahmeverpflichtung zumindest in der Weise eingeht, daß er den bei ihm anfallenden Bedarf über den Anbieter deckt. Unter diesen Gesichtspunkten nehmen eine Abnahmeverpflichtung für den insoweit vergleichbaren Stromabnahmevertrag an: Soergel-Teichmann § 241 Rn. 7; Michalski, JA 1979, 401, 404. Die Frage kann jedoch unter Hinweis auf die folgenden Ausführungen letztlich dahinstehen.

⁵³¹ RGZ 46, 258.

⁵³² So Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, S. 39 ff., insbesondere S. 45 f..

⁵³³ So: RGZ 46, 258, 260; RGZ 87, 38; Jaeger LZ 1912, Sp. 286, 295; Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, S. 48.

⁵³⁴ So Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, S. 43.

⁵³⁵ So Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, S. 29.

⁵³⁶ Vgl. Fuchs-Wissemann, Abgrenzung, für den Stromabnahmevertrag, S. 151. Siehe auch Fuchs-Wissemann, NJW 1984, 27, 28.

⁵³⁷ Vgl. auch MüKom-Westermann § 433 Rn. 35.

(2.) Stellungnahme

Daß eine rahmenvertragliche Gestaltung dem realen Parteiwillen widerspricht, weil Anbieter und Endkunde der Abschluß eines separaten Vertrags über jede Telekommunikationsverbindung fernliegt, wurde bereits dargelegt. Es ist aber dieser Wille der Parteien und nicht ein aufgrund eines Abgrenzungsversuchs gewonnenes dogmatisches Kriterium, der über die tatsächliche Ausgestaltung und damit auch über die rechtliche Umsetzung einer Leistungsbeziehung entscheidet.

Ein einseitiges Bestimmungsrecht des Endkunden über den Umfang der Einzelleistungen wie auch die Entstehung der Leistungspflichten steht der Annahme eines Sukzessivlieferungsvertrages sonach auch nicht im Wege. Daß der Sukzessivlieferungsvertrag die Verpflichtung zur Erbringung aller zukünftigen Teilleistungen erfaßt, vermag die Verschärfung der Bestimmtheitsanforderungen im Verhältnis zu jedem anderen Schuldvertrag, der gemäß § 241 BGB ebenfalls die abschließende und endgültige Verpflichtung zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung begründet, nicht zu rechtfertigen. Es besteht daher kein Anlaß, von der allgemeinen Regel abzurücken, daß der Vertragsgegenstand nicht von vornherein bestimmt, sondern lediglich bestimmbar sein muß⁵³⁸. Es ist daher nicht mehr zu fordern als, daß die Unbestimmtheit nach dem Gesetz oder den Regeln, die sich die Parteien selbst gegeben haben, zur Bestimmtheit zu führen ist⁵³⁹. Diese Maxime gilt für eine Einzelleistung und eine etwaige Gesamtliefermenge gleichermaßen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Kauf-, Werklieferungs- und Werkvertragsrecht, dem an keiner Stelle zu entnehmen ist, daß die Gesamtliefermenge von vornherein feststehen muß⁵⁴⁰.

Auch am Verpflichtungscharakter des Sukzessivlieferungsvertrages kann bei einem einseitigen Bestimmungsrecht des Abnehmers kein ernsthafter Zweifel bestehen. Richtet sich die Leistungsverpflichtung des Abnehmers nach dem in sein Ermessen gestellten Abruf, ist die Zahlungs- und Abnahmeverpflichtung gemäß § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt⁵⁴¹. Wie schon der Wortlaut dieser Vorschrift zeigt, ist das Rechtsgeschäft selbst, auch bei einer sogenannten Potestativbedingung (vgl. § 495 BGB), voll wirksam. Denn die Vertragschließenden haben die Absicht, ungeachtet der Bedingung eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen⁵⁴². Lediglich die

⁵³⁸ So zutreffend: Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 56; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V. I. 1, S. 426.

⁵³⁹ Vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V.I.1., S. 426.

⁵⁴⁰ Vgl. Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 56.

⁵⁴¹ Vgl. Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 53.

⁵⁴² Siehe auch BGHZ 47, 287, 391; BGH NJW 1994, 3227, 3228; NJW-RR 1996, 1167; vgl. ferner Staudinger- Dilcher Vorb. § 158 Rn. 17; MüKom- Kramer Vorb.

Rechtsfolge, nicht das Rechtsgeschäft selbst, ist vor Eintritt der Bedingung noch nicht zur Entstehung gelangt.

Der Sukzessivlieferungsvertrag stellt sonach keine erhöhten Bestimmtheitsanforderungen⁵⁴³.

(3.) Anwendung

Den somit maßgeblichen allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen genügt der Inhalt der zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden getroffenen Vereinbarung vollauf. Denn bei Vertragsschluß stehen die Verpflichtungen beider Parteien so konkret fest, daß es keiner weiteren Vertragsabschlüsse bedarf: Der Anbieter ist verbindlich verpflichtet, ständig zur Leistung bereit zu sein, und immer, wenn der Endkunde dies wünscht, eine nach technischen Parametern in detail präfixierte, zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsverbindung zu einem entfernten Anschluß innerhalb desselben Ortsnetzes herzustellen und aufrechtzuerhalten. Erfolgt der Abruf, entsteht bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung die Zahlungsverpflichtung des Endkunden, deren Umfang aus den Geschäftsbedingungen exakt zu erschließen ist.

In der Praxis bereitet das Bestimmungsrecht des Endkunden keine Probleme: Die Interessen des Endkunden werden optimal gewährleistet. Und dem Anbieter steht mit den stets zu beachtenden §§ 134, 138 BGB sowie den Grundsätzen von Treu und Glauben ein hinreichendes Korrektiv für das Bestimmungsrecht zur Seite⁵⁴⁴. Zudem geht kein Anbieter das Massengeschäft der Telekommunikation mit einer konkreten Ertragsaussicht im Hinblick auf das Geschäftsvolumen eines einzelnen Kunden an⁵⁴⁵. Die Telekommunikationsdienstleister legen vielmehr eine Mischkalkulation zugrunde, in der die unterschiedliche Frequentierung der Teilnehmeranschlüsse bis hin zur Nichtbenutzung Berücksichtigung findet⁵⁴⁶. Schließlich ist dem Anbieter durch das Entgelt für die Empfangsbereitschaft ein kontinuierlicher Erlös gesichert⁵⁴⁷.

§ 145 Rn. 45; Erman- Hefermehl Vorb. § 158 Rn. 13.

⁵⁴³ So im Ergebnis auch MüKom- Emmerich Vor. § 275 Rn. 375; Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 56; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 128 f..

⁵⁴⁴ So auch Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V.I.1., S. 426.

⁵⁴⁵ Bei Kunden mit einem größeren Volumen bietet sich insofern der Abschluß eines Einzelvertrages mit divergierenden Modalitäten an.

⁵⁴⁶ Vgl. dazu allgemein auch Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V.I.1., S. 426.

⁵⁴⁷ Will er sich dagegen absichern, daß ein Endkunde Leistungen nur in geringfügigem Umfang abfordert, mag er einen Rücktrittsvorbehalt vereinbaren. So beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 263/1998, S. 2680), die in Ziffer 7 ein

c. Ergebnis

Die zwischen dem Anbieter und dem Endkunden getroffene Vereinbarung über die Errichtung von Einzelverbindungen auf Abruf ist ein Sukzessivlieferungsvertrag in der Gestalt des Dauerlieferungsvertrages⁵⁴⁸.

3. Zusammenwirken von Dauerlieferungsvertrag und Dauerschuldverhältnis im engeren Sinne

Zu klären bleibt, wie der Dauerlieferungsvertrag und das Dauerschuldverhältnis im engeren Sinne zusammenwirken.

Eine zeitliche Interdependenz im Sinne der aufgezeigten Kategorien besteht nicht. Denn die Leistungsverpflichtungen aus beiden Rechtsverhältnissen sind zeitlich parallel zu erfüllen. Nach dem intendierten wirtschaftlichen Gesamtergebnis sollen die Rechtsbeziehungen aber auch nicht isoliert stehen. Zweck der Geschäftsverbindung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden ist es, das Telefonieren innerhalb des Ortsnetzes zu ermöglichen, und zwar nicht nur entweder allein als Anrufer oder ausschließlich als Angerufener, sondern als Anrufer und Empfänger gleichermaßen. Nach dem Willen der Parteien sollen daher die in einer einheitlichen Urkunde verbundenen Rechtsverhältnisse auch inhaltlich derart verbunden sein, daß sie miteinander stehen und fallen. Die Gesamtrechtsbeziehung beruht damit auf einem einheitlichen oder einem zusammengesetzten Vertrag. Im einen wie im anderen Fall sind die einzelnen Leistungselemente zwar zunächst entsprechend ihrem Typus den dafür geltenden Regeln zu unterwerfen. Sie bilden jedoch für ihre rechtliche Behandlung eine Einheit im Sinne der

§§ 139, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. Hinsichtlich der Auswirkungen von Teilnichtigkeit, teilweiser Unmöglichkeit, Rücktritt, Kündigung oder (sonstiger) Gewährleistungsrechte ist das Rechtsverhältnis also nach den für ein einheitliches Vertragsverhältnis geltenden Regelungen zu behandeln⁵⁴⁹.

B. Ergebnis

Ein Dauerschuldverhältnis im engeren Sinne wird durch die entgeltliche Verpflichtung des Anbieters begründet, dauerhaft die Empfangsbereitschaft

außerordentliches Kündigungsrecht gewähren, wenn die kumulierten Nettoumsätze dreier aufeinanderfolgende Monate nicht 30,00 DM erreichen.

⁵⁴⁸ So für Verträge zwischen Kunde und Bundespost auch: Medicus, Schuldrecht I, AT § 2 Rn. 13 und BR, Rn. 235, der allerdings wegen der undifferenzierten Behandlung aller "Bezugsverträge", einschließlich des Rechtsverhältnisses über das "Telefon" in der Grundgebühr ein Entgelt für die Lieferbereitschaft sieht.

⁵⁴⁹ Vgl. für derartige Strukturen: BGHZ 76, 43, 49; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 16.

des Endkundenanschlusses zu gewährleisten. Die Verpflichtung zur Herstellung abgehender Telekommunikationsverbindungen ist Gegenstand eines Sukzessivlieferungsvertrages in Gestalt des Dauerlieferungsvertrages, der mit den einzelnen Telekommunikationsverbindungen Teilleistungen umfaßt, die als Dauerschuldverhältnisse im engeren Sinne zu qualifizieren sind. Das daraus entstehende Gebilde ist rechtlich als Einheit zu behandeln.

§ 5 Die rechtliche Behandlung der Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden

Die bisher gewonnenen Erkenntnisse sind nunmehr für die rechtliche Behandlung der Vertragsbeziehung fruchtbar zu machen. Dazu werden im folgenden die Entstehung des Rechtsverhältnisses und die dadurch ausgelösten Vertragswirkungen, insbesondere die Art und Weise der Anwendung der Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts sowie der Nichtigkeitsgründe untersucht⁵⁵⁰.

Angesichts der primären Trennung der verbundenen Rechtsverhältnisse ist bei dieser Erörterung zunächst zwischen dem "Dauerschuldverhältnis im engeren Sinn" über die Empfangsbereitschaft und dem Dauerlieferungsverhältnis über die abgehenden Telekommunikationsverbindungen zu unterscheiden.

A. Der Vertrag über die Empfangsbereitschaft

Die Empfangsbereitschaft ist als Gegenstand eines Dauerschuldverhältnisses im engeren Sinne Ausfluß eines einheitlichen Vertrages.

I. Vertragsschluß

Dieser Vertrag kommt wie alle anderen Verträge durch zwei korrespondierende Willenserklärungen in Form von Angebot und Annahme zustande.

1. Abschlußfreiheit und spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang

Im Zivilvertragsrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie, der mit der Abschlußfreiheit auch das Recht gewährt, sich den Vertragspartner auszusuchen. Diese Freiheit wird beschränkt durch das Institut des Kontrahierungszwangs, das zumindest eine Partei zum Vertragsschluß verpflichtet.

Für Monopol- und Pflichtleistungen der Deutschen Telekom AG sah § 8 PTRRegG⁵⁵¹ einen Zwang zum Abschluß eines Vertrages vor. Die diese Vorschrift tragende Notwendigkeit, durch gesetzliche Regelung flächen-

⁵⁵⁰ Die Erörterung der AGB- Konformität ausgewählter Klauseln erfolgt im abschließenden Teil.

⁵⁵¹ Nach § 8 FAG, der einen Anspruch des Grundstückseigentümers (und später des Mieters und Pächters) auf Anschluß an das örtliche Fernmeldenetz statuierte.

deckend eine angemessene Versorgung der Bevölkerung zu sichern, ist mit Fortfall des Monopols nicht obsolet geworden. Sie hat unter anderem Ausdruck gefunden in Art. 87 f. GG, europarechtlichen Vorgaben⁵⁵², den §§ 17- 22 TKG und der Telekommunikations- Universaldienstverordnung (TUDLV)⁵⁵³. Die §§ 19 Abs. 2, Abs. 3 TKG sehen vor, daß die Regulierungsbehörde einen marktbeherrschenden Lizenznehmer verpflichtet, Universaldienstleistungen in einem bestimmten Gebiet zu erbringen.

Das für den Endkunden relevante Korrelat findet sich in § 9 Abs. 1 TKV. Diese Vorschrift gewährt dem Kunden eines Unternehmens, das Sprachtelefoniedienst aufgrund einer Verpflichtung nach § 19 des TKG oder Leistungen nach § 97 Abs. 1 TKG erbringt⁵⁵⁴, einen Anspruch auf Überlassung eines Netzzugangs, der es dem Kunden ermöglicht, nationale und internationale Anrufe zu tätigen und zu empfangen. Der Kontrahierungszwang wird dadurch relativiert, daß die Verpflichtung gemäß § 9 Abs. 1 TKV nur "*im Rahmen der Gesetze und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*" besteht, so daß insbesondere Abschlußvoraussetzungen wie die Vorlage einer Grundstückseigentümergeklärung, die Stellung einer Sicherheitsleitung sowie die Ausübung von Zurückbehaltungs- und Kündigungsrechte durch den Kontrahierungszwang nicht berührt werden⁵⁵⁵.

⁵⁵² Entschließung des Rates vom 7. 2. 1994, ABl. 1994, Nr. C 48, S. 1; Sprachtelefonie-Richtlinie, Richtlinie 95/62/EG vom 13. 12. 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs im Sprachtelefoniedienst, ABl. Nr. L 321, S. 6 nunmehr ersetzt durch Richtlinie 98/10/EG vom 26. 2. 1998, ABl. L 101/24; Wettbewerbsrichtlinie, Richtlinie 96/19/EG vom 13. 6. 1996 zur Änderung der Diensterichtlinie 90/388/EWG, ABl. L 74, S. 13; Zusammenschaltungsrichtlinie, Art. 5 I 3 i.V.m. Anhang I Abschnitt I des Entwurfes der Zusammenschaltungsrichtlinie.

⁵⁵³ Das in den Vorschriften über den Universaldienst angelegte marktinterne Ausgleichssystem für Versorgungslücken hat eine Reservefunktion: Es dient der flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsleistungen für den Fall, daß diese durch den Markt nicht gewährleistet wird. Die Universaldienstverpflichtungen greifen in die durch Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Vertragsfreiheit in der Gestalt der Abschlußfreiheit ein. Dieser Eingriff ist jedoch durch den mit Verfassungsrang ausgestatteten Infrastrukturauftrag des Art. 87 f GG gerechtfertigt (siehe dazu und zu weiteren Fragen des Universaldienstes: Schütz/Cornils, DVBl. 1997, 1146 ff.).

⁵⁵⁴ Das ist bisher allein die Deutsche Telekom AG, da eine Universaldienstverpflichtung gemäß § 19 TKG noch nicht ergangen ist. Die Deutsche Telekom ist nach § 97 Abs. 1 TKG aber verpflichtet, eine Verringerung ihres Angebotes im Bereich der in der TUDLV genannten Universaldienstleistungen ein Jahr vor Wirksamwerden anzuzeigen. Der Kontrahierungszwang erstreckt sich somit auf die in § 1 TUDLV genannten Leistungen der Deutschen Telekom und damit auch auf den Sprachtelefoniedienst.

⁵⁵⁵ Vgl. dazu auch Gerhoff/ Grote/ Siering/ Statz - Statz, D 01.100 Rn. 3 f..

2. Vertragsschluß durch Angebot und Annahme

Sei es, daß der Anbieter zum Vertragsschluß verpflichtet ist, sei es, daß er den Vertrag autonom schließt: Der Abschluß des Vertrages bereitet in der Praxis kaum Probleme. In der Regel versendet der Endkunde nach Ergänzung seiner Daten ein vom "Anbieter" vorbereitetes Formular⁵⁵⁶ (Angebot), und dieser bestätigt, überwiegend ebenfalls unter Verwendung eines Formulars, das Zustandekommen des Vertrages (Annahme). Die Annahme kann auch konkludent durch Erfüllung der Leistung, also insbesondere durch Freischaltung des Anschlusses, erklärt werden.

II. Vertragswirkungen - der Dauercharakter als Regelungsproblem

Der Schuldvertrag über die Empfangsbereitschaft hat nach den bisherigen Erkenntnissen eine (dauer-) werkvertragliche Leistung des Anbieters zum Gegenstand. Die Vertragswirkungen sind somit aus dem Allgemeinen Schuldrecht und dem Werkvertragsrecht zu erschließen.

Diese Rechtsmaterien sind gesetzgeberisch konzipiert für Schuldinhalte handwerklicher Art und damit auf Rechtsbeziehungen mit einem einmaligen, "punktuellen" Leistungsaustausch zugeschnitten. Diesem "Idealtypus" entspricht der Vertrag über die Empfangsbereitschaft nicht. Der festgestellte Dauercharakter bringt vielmehr ein Element ein, das weder dem Allgemeinen Schuldrecht⁵⁵⁷ noch dem Werkvertragsrecht immanent ist. Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts überhaupt "passen".

1. Synallagma

Für die Beantwortung dieser Frage ist die Art der synallagmatischen Verknüpfung der wechselseitigen Leistungspflichten von mitentscheidender Bedeutung. Insbesondere die §§ 320 ff. BGB gelten nur für die Leistungspflichten, zwischen denen ein synallagmatisches Austauschverhältnis besteht.

Die Leistung der Empfangsbereitschaft ist mit der Zahlung des Grundentgelts synallagmatisch verknüpft. Beide Leistungen sind nicht einmalig, sondern dauerhaft respektive in periodischen Abständen zu erbringen. Das

⁵⁵⁶ Von der Deutschen Telekom AG wird dazu ein sogenanntes Schnelltrennsatzformular mit der Bezeichnung "Auftrag für einen ISDN/Telefonanschluß" an den Kunden ausgegeben.

⁵⁵⁷ Seiner systematischen Stellung nach ist das Allgemeine Schuldrecht zwar „neutral“ und gilt auch Dauerschuldverhältnisse. Die im siebten Abschnitt des zweiten Buches normierten Dauerschuldverhältnisse (insbesondere Miete, Dienst- und Gesellschaftsvertrag) beinhalten aber – was sogleich zu zeigen sein wird - zahlreiche spezielle Vorschriften, die die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts gerade im Hinblick auf den dort nicht berücksichtigten Dauerschuldcharakter modifizieren.

Synallagma erschöpft sich daher nicht in einem singulären Leistungsaustausch, synallagmatisch verknüpft ist vielmehr der während der gesamten Rechtsbeziehung bestehende Anspruch auf die Empfangsbereitschaft mit allen Ansprüchen auf die Entgelte.

2. Zurückbehaltungsrecht

Diese Wechselbeziehung ist maßgeblich für das auf dem funktionellen Synallagma aufbauende Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 BGB, das für jede Partei das Recht begründet, die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern.

§ 320 BGB ist konzipiert für den einfachen Kaufvertrag mit sofortigem Leistungsaustausch⁵⁵⁸. Beim Dauerschuldverhältnis können dagegen die Dauerleistung und die Gegenleistung nicht Zug- um- Zug ausgetauscht werden. Ein Teil ist der Natur der Sache nach verpflichtet, in Vorleistung zu treten⁵⁵⁹. Auch der Anbieter erhält für die Leistung der Empfangsbereitschaft das Grundentgelt nicht im unmittelbaren Austausch, sondern nach Zeit-, nämlich Monatsabschnitten.

Eine Besonderheit im Verhältnis zu den Dauerschuldverhältnissen im allgemeinen besteht bei der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter der Empfangsleistung und dem Endkunden darin, daß der Endkunde nach allen Verträgen vorleistungspflichtig im Sinne des § 320 Abs. 1 S. 1 BGB ist, also die Gegenleistung in Form der Empfangsbereitschaft erst nach Zahlung des dem Leistungszeitraum entsprechenden Grundpreises erhält. Ein Recht zur Zurückbehaltung der monatlichen Vergütung, wenn der Anbieter im entsprechenden Abrechnungszeitraum die Empfangsleistung nicht ordnungsgemäß erbringt, kommt angesichts des ausdrücklichen Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechts bei Vorleistungspflicht gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB nicht in Betracht. Allerdings ist die Kreditierung der Gegenleistung im Dauerschuldverhältnis nur für einen Zeitabschnitt, nicht für die gesamte Vertragslaufzeit, bedungen. Die Vorleistungspflicht entfällt daher in dem Maße, in dem die fällige Gegenleistung den Umfang einer Gegenleistungsperiode übersteigt⁵⁶⁰. Das bedeutet, daß der Endkunde die Zahlung des Grundentgelts verweigern kann, wenn der Anbieter im vorausgegangenen Monat die Empfangsleistung nicht erbracht hat. Der Anbieter

⁵⁵⁸ Vgl. Soergel- Wiedemann § 320 Rn. 17; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 395.

⁵⁵⁹ Zur Problematik der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts beim Dauerschuldverhältnis: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 195 ff.; Bydlinski, Steinwenter - FS, S. 140 ff.; Herschel, MDR 1983, 899 f.; Kubis, MDR 1983, 285 f..

⁵⁶⁰ Vgl. BGHZ 84, 42; so auch Bydlinski, Steinwenter- Festschrift, S. 140 ff., insbesondere 149 f..

kann an sich seinerseits die Erbringung der Empfangsleistung solange verweigern, bis der Endkunde das Grundentgelt für den entsprechenden Zeitabschnitt erbracht hat. Eine inhaltliche Ausgestaltung dieses Rechtes resultiert indes aus der schon erörterten, zwingenden Regelung in § 19 TKV, wonach das Zurückbehaltungsrecht des Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen unter besonderen Voraussetzungen steht und zunächst auf die Leistung abgehender Verbindungen beschränkt ist.

3. Abnahme, Fälligkeit, Gefahrübergang und Verjährung

Während das bürgerlich-rechtliche Zurückbehaltungsrecht angesichts der hochgradigen telekommunikationsrechtlichen Regelungsdichte zumindest für den Telekommunikationsdienstleister von geringer Bedeutung ist, kommt der Abnahme gemäß § 640 BGB für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Anbieter und Endkunde eine tragende Funktion zu: Die Abnahme des mangelfreien Werkes ist Hauptleistungspflicht des Bestellers (§ 640 Abs. 1 BGB) und maßgebend für die Fälligkeit der Werklohnforderung (§ 641 BGB), den Gefahrübergang (§ 644, 645 BGB), den Beginn der Verjährungsfrist von Mangelbeseitigungs- und Gewährleistungsansprüchen (§ 638) und die Konkretisierung der Leistungsverpflichtungen des Unternehmers auf das hergestellte Werk.

a. Abnahme

aa. Abnahme durch körperliche Hinnahme und Billigung als vertragsgemäß

Grundsätzlich ist Abnahme die körperliche Hinnahme des Werkes im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Billigung des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung⁵⁶¹. Dieser zweigliedrige Abnahmebegriff ist Ausdruck des gesetzgeberischen Konzeptes einer handwerklichen Werkleistung. Er zielt ab auf Verträge mit einem somatischen Leistungserfolg, an dem Besitz begründet und übertragen werden kann⁵⁶². Diesem (Ideal-) Bild entspricht die Empfangsbereitschaft, die unkörperliches Werk ist, nicht. Eine Abnahme der Empfangsleistung im Sinne des zweigliedrigen Abnahmebegriffes ist mangels Möglichkeit zur körperlichen Entgegennahme des Werkes nicht denkbar.

⁵⁶¹ Vgl. BGHZ 48, 257, 262; Palandt-Thomas § 640 Rn. 2.

⁵⁶² Vgl. Mugdan, Motive, Band II, S. 470; RGZ 110, 404, 408 ("Leistungen nicht körperlicher Art"); Esser/Weyers, § 31 2, S. 225.

bb. Abnahme durch Billigung ohne körperliche Hinnahme

Scheidet eine körperliche Hinnahme aus, genügt für eine Abnahme die (bloße) Billigung nach Erbringung aller vertraglich geschuldeten Leistungen⁵⁶³.

Für den Zeitraum, in dem die Empfangsleistung erbracht wird, besteht eine Kommunikationsbeziehung, kraft derer eine ausdrückliche Akzeptanz der Empfangsleistung erfolgen könnte, indes nicht. Denn der Endkunde tritt nach Abschluß des Vertrages über die Empfangsbereitschaft nur durch die Inanspruchnahme der Telekommunikationsdienstleistungen, also durch tatsächliches Verhalten, mit dem Anbieter in Kontakt. Eine schlüssige Billigung der Empfangsleistung ist aus den vom Endkunden veranlaßten Telekommunikationsvorgängen nicht zu erschließen. Insbesondere will der Endkunde durch die Entgegennahme einer Telekommunikationsverbindung nicht zum Ausdruck bringen, daß er die ja nicht nur in diesem Zeitpunkt, sondern dauerhaft zu erbringende Empfangsleistung als vertragsgemäß anerkennt. Eine Abnahme durch Billigung der Empfangsleistung kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil der Anbieter wegen des Dauercharakters der Leistung während des Zeitraums, in dem die Empfangsbereitschaft ordnungsgemäß erbracht wird, diesen Zustand ständig gegenüber dem Endkunden kundgegeben und der Endkunde fortwährend die Akzeptanz des Werkes zum Ausdruck bringen müßte.

cc. Vollendung statt Abnahme

Ist also auch die Anerkennung nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen⁵⁶⁴, tritt gemäß § 646 BGB an die Stelle der Abnahme die Vollendung der Werkes.

Vollendet ist das Werk, wenn der Unternehmer dem Besteller das verschafft hat, was im römischen Kaufrecht mit "*uti frui habere*" umschrieben wurde, also den ungestörten Genuß des Werkes⁵⁶⁵.

Besteht das Werk in der Empfangsbereitschaft, die während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen ist, fixiert die dem erfolgsbezogenen Werkvertragsrecht immanente Indifferenz gegenüber dem Herstellungsprozeß a prima vista die Vollendung des Werkes auf das Vertragsende. Denn erst wenn das Rechtsverhältnis beendet ist, ist der Anbieter seiner Verpflichtung ledig, die Empfangsbereitschaft weiter aufrechtzuerhalten, hat er sämtliche

⁵⁶³ BGHZ 125, 111; Palandt-Thomas § 640 Rn. 3 m.w.N..

⁵⁶⁴ Man kann auch - um einem Kriterium von H.H. Jakobs, AcP 183 (1983), 145, 1184 Rechnung zu tragen - sagen, daß der Endkunde die Leistung, so wie sie erbracht wurde, "hinzunehmen hat" und daher eine Abnahme ausscheidet.

⁵⁶⁵ So Staudinger-Peters § 631 Rn. 18.

Leistungen erbracht, ist der Endkunde in den Genuß des gesamten Werkes gelangt.

Dieser singuläre Vollendungszeitpunkt wird jedoch nur einem Äquivalenzverhältnis mit einmaligem Leistungsaustausch gerecht, in dem eine bloße Vorbereitungshandlung in einen einzigen Erfolg mündet. Die Anbieterleistung in Form der dauerhaft zu erbringenden Empfangsleistung ist aber eben nicht auf einen punktuellen Leistungsaustausch im Zeitpunkt der Beendigung der Rechtsbeziehung gerichtete Vorbereitungshandlung, sondern selbst permanenter, auf der steten Betriebstätigkeit der Telekommunikationsinfrastruktur beruhender Erfolg. Er wird demgemäß während der Vertragslaufzeit nach Zeitabschnitten und nicht am Vertragsende insgesamt vergütet. Einen einzigen fixen Zeitpunkt, in dem das Werk vertragsmäßig hergestellt ist, gibt es nicht.

Der kontinuierliche Charakter des Werkes läßt sich unter dem Gesichtspunkt der Vollendung daher nur auf Grundlage der Erkenntnis abbilden, daß das Leistungsinteresse des Endkunden für den Zeitraum, in dem die Empfangsleistung aufrechterhalten wird, voll befriedigt ist. Dahinter steht die Kognition, daß die teilbare Dauerschuld schon mit Beginn des geschuldeten Zustandes in das Stadium ordnungsgemäßer Erfüllung eintritt⁵⁶⁶. Bezogen auf die jeweilige Leistungszeit erfüllt der Schuldner mit Bewirken des jeweiligen Leistungserfolges seine Leistungsverpflichtung vollständig⁵⁶⁷. Die einzelnen Leistungssegmente haben also Vollendungswirkung⁵⁶⁸. Vollendung ist folglich für und nach jedem der sich gleichförmig aneinanderreihenden Leistungserfolge zu konstatieren, liegt also vor, solange der Anbieter die Empfangsbereitschaft aufrechterhält.

Für die unmittelbar an die Abnahme respektive Vollendung anknüpfenden Regelungen der Fälligkeit, des Gefahrübergangs und des Beginns der Verjährungsfrist bedeutet das folgendes:

b. Fälligkeit

Die für die Dauer der Empfangsleistung zu entrichtenden Entgelte werden gemäß § 641 Abs. 1 BGB unmittelbar nach Vollendung, also sofort nach

⁵⁶⁶ BGH MDR 1964, 112; BGHZ 10, 187, 189; Fikentscher § 8 Rn. 36; Larenz/Wolf, AT § 13 Rn. 19; Gernhuber, Das Schuldverhältnis § 16 I 4 c); Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 320.

⁵⁶⁷ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 326.

⁵⁶⁸ Dieser konstruktive Ansatz mehrerer Abnahmen respektive Abnahmesurrogate (Teilabnahmen) bezüglich einer einheitlichen Gesamtleistung - nicht mehrerer Teilleistungen im Sinne des § 266 BGB - ist dem Gesetz keineswegs fremd, wie § 641 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt.

Erbringung der Empfangsbereitschaft für den jeweiligen Leistungsabschnitt fällig⁵⁶⁹.

c. Gefahrübergang

aa. Leistungsgefahr

Die gesetzlich nicht geregelte Leistungsgefahr⁵⁷⁰, die über die Frage der Verpflichtung des Unternehmers zur Leistungserbringung bestimmt, erledigt sich jeweils unmittelbar nach der jeweils erbrachten Leistungsetappe für den verstrichenen Leistungszeitraum. Da der Anbieter aufgrund vertraglicher Primärleistungspflicht ohnehin die Empfangsbereitschaft dauerhaft aufrechterhalten muß, spielt der Übergang der Leistungsgefahr jedoch praktisch keine Rolle. Denn von dieser Primärverpflichtung wird der Anbieter während der Vertragslaufzeit grundsätzlich⁵⁷¹ ohnehin nicht frei.

bb. Vergütungsgefahr

Die praktisch relevantere Vergütungsgefahr geht nach §§ 644 Abs. 1, 645, 646 BGB mit der Vollendung des Werkes auf den Besteller über. Das bedeutet, daß bei Untergang oder Verschlechterung des Werkes der Anbieter bis zur Vollendung gemäß § 644 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich⁵⁷² keinen Anspruch auf Vergütung der bisherigen Arbeiten und Aufwendungen hat. Danach kann er die Vergütung unabhängig vom weiteren Schicksal des Werkes beanspruchen⁵⁷³.

Da Vollendung mit Beginn des Zustandes der Empfangsbereitschaft eintritt und für dessen Dauer fortbesteht, kann der Anbieter das Verbindungsentgelt für den Zeitraum verlangen, in dem er die Empfangsleistung ordnungsgemäß erbracht hat. Das entspricht den Interessen der Parteien. Denn der Endkunde einerseits kommt für den Zeitraum, in dem der Empfang eingehender Anrufe gewährleistet wird, in den ungestörten Genuß des Werkes, und der Anbieter andererseits hat vermittels der dafür aufgewandten Arbeit das Werk so hergestellt, wie es in dem entsprechenden Zeitraum geschuldet war, so daß ihm die entsprechende Vergütung gebührt.

⁵⁶⁹ Zur Kollision von Fälligkeitsklauseln der Anbieter mit der (allgemeinen) gesetzlichen Regel und § 8 TKV: Hahn, MMR 1999, 586 f..

⁵⁷⁰ Der Umfang der Leistungsgefahr ergibt sich aus den §§ 633 Abs. 1, 275 BGB, vgl. Staudinger- Peters § 644 Rn. 5.

⁵⁷¹ Eine Leistungsbefreiung kann sich etwa aus Leistungsstörungen ergeben. Darauf wird sogleich einzugehen sein.

⁵⁷² Vor der Vollendung geht die Vergütungsgefahr ausnahmsweise auf den Besteller über, wenn er sich in Annahmeverzug befindet (§ 644 Abs. 1 S. 2 BGB) und bei Versendung (§ 644 Abs. 2 BGB) sowie in den Fällen des § 645 Abs. 1 BGB.

⁵⁷³ Der Übergang der Vergütungsgefahr ist endgültig. Soweit danach das Werk infolge eines vom Unternehmer zu vertretenen Umstandes untergeht oder beschädigt wird, bestehen allenfalls Ansprüche wegen positiver Forderungsverletzung, vgl. Staudinger- Peters § 644 Rn. 23.

d. Verjährung

Die mit dem Zeitpunkt der Vollendung zu beantwortende Frage des Fristbeginns für die kurze Verjährungsfrist des § 638 BGB wird sich kaum je stellen: Wenn überhaupt Verjährungsfragen in Betracht kommen, spielt es bei den vergleichsweise kurzen Störungszeiträumen keine Rolle, ob aus Praktikabilitätsgründen an den Beginn der Störung, an deren Ende oder in konsequenter Anwendung des § 646 BGB an den Schluß des jeweils betroffenen Leistungszeitraums angeknüpft wird. Letztere Alternative verdient wegen der zutreffenden Abbildung des Dauerschuldcharakters den Vorzug. Etwaige Probleme bei der praktischen Handhabung der wegen des kontinuierlichen Charakters zu unterschiedlichen Zeitpunkten einsetzenden Fristen sind mit den detaillierten Regeln in den §§ 194 ff. BGB zu lösen⁵⁷⁴.

e. Ergebnis

Die Anwendung der Regelungen, die die werkvertragliche Abnahme betreffen und an diese Rechtsfolgen anknüpfen, erweist sich damit mit den bereits im Gesetz angelegten Modifikationen (Vollendung statt Abnahme) für die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Telekommunikationsverbindungen und dem Endkunden hinsichtlich der Empfangsbereitschaft als adäquat.

4. Leistungsstörungen

Schwieriger gestaltet sich die Handhabung der Regeln über Leistungsstörungen, also der Vorschriften über Unmöglichkeit, Verzug und werkvertragliche Gewährleistung.

a. Unmöglichkeit und Verzug

Unmöglichkeit liegt vor bei Eintritt eines dauerhaften, unbehebbares Leistungshindernisses. Hinsichtlich der Leistung des Anbieters⁵⁷⁵ kommt Unmöglichkeit in Betracht bei einem Ausfall der Telekommunikations-einrichtungen, der den Empfang von Telekommunikationsverbindungen verhindert.

Der Ausfall der Telekommunikationsinfrastrukturen ist allerdings in aller Regel nicht von Dauer. Denn der ordnungsgemäße Betrieb der Einrichtungen wird bald wieder aufgenommen, der Empfang von eingehenden Anrufen lediglich später ermöglicht als vom Endkunden gewünscht. An sich

⁵⁷⁴ Im übrigen ist gerade für die Fragen der Verjährung auf die Unterscheidung zwischen Mangelschäden und Mangelfolgeschäden zu achten, die nach der Rechtsprechung unterschiedliche Verjährungsfristen nach Werkvertragsrecht oder wegen positiver Forderungsverletzung bedingt.

⁵⁷⁵ Den Endkunden treffen ausschließlich Zahlungsverpflichtungen, für die die Unmöglichkeitregeln nicht eingreifen.

liegt daher unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB allenfalls Verzug, nicht Unmöglichkeit vor.

aa. "Vorübergehende Unmöglichkeit" und Fixcharakter

Diese "vorübergehende Unmöglichkeit" kann sich jedoch als dauerhafte Unmöglichkeit erweisen. Das ist der Fall, wenn die Leistung nicht mehr nachholbar, also absolut fix ist⁵⁷⁶. Nachholbar ist die Leistung, wenn sie das wesentliche Interesse, das der Gläubiger nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses mit ihr verbindet, trotz der Verspätung befriedigen kann⁵⁷⁷, also die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit nicht von so wesentlicher Bedeutung ist, daß die Unmöglichkeit, innerhalb der bestimmten Zeit zu leisten, die Erfüllbarkeit der geschuldeten Leistung überhaupt ausschließt⁵⁷⁸.

Maßgebend für die Bestimmung der Nachholbarkeit der Leistung sind Wille und Interessen der Parteien⁵⁷⁹. Dem Endkunden kommt es darauf, jederzeit und nicht nur irgendwann einmal erreichbar zu sein. Ist der Aufbau einer Verbindung zu dem von ihm benutzten Anschluß mangels Erreichbarkeit gescheitert, ist der Versuch, die Empfangsleistung auf Dauer aufrechtzuerhalten, unwiederbringlich fehlgeschlagen. Die Empfangsleistung ist eine absolute Fixschuld.

Dieser Fixcharakter erhellt auch daraus, daß die Empfangsleistung eine kontinuierliche Dauerschuld ist, deren Nachholbarkeit schon deshalb ausgeschlossen ist, weil die Leistung, wenn sie nachgeholt würde, für einen bestimmten Zeitraum doppelt, nämlich simultan als aktuelle Primärleistung und als nachgeholte Leistung erbracht werden müßte⁵⁸⁰. Dem Anbieter ist es also tatsächlich nicht möglich, die Empfangsleistung, die er für einen geschuldeten Zeitraum nicht erbracht hat, durch eine spätere Empfangsleistung, zu der er ja ohnehin verpflichtet ist, nachzuholen. Wird die Empfangsleistung nicht erbracht, ist sie unmittelbar unmöglich geworden⁵⁸¹.

Die damit verbundene Gleichstellung der "vorübergehenden" Unmöglichkeit mit der dauernden Unmöglichkeit kann freilich nur für den Zeitraum "*wertungsmäßiger Vergleichbarkeit*"⁵⁸², also für die Zeitspanne Geltung

⁵⁷⁶ Vgl. BGHZ 84, 244, 248; BAG NJW 1986, 1831, 1832.

⁵⁷⁷ Staudinger- Löwitsch Vorbem. zu §§ 284 ff. Rn. 4.

⁵⁷⁸ Vgl. RGRK- Glanzmann § 275 Rn. 21.

⁵⁷⁹ MüKom- Emmerich § 275 Rn. 35.

⁵⁸⁰ Vgl. dazu Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 334.

⁵⁸¹ Die zahlreichen Vertragsklauseln über die Folgen des Verzugs des Anbieters sind damit gegenstandslos.

⁵⁸² Vgl. BGHZ 10, 187 ff.; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 343 ff..

beanspruchen, in dem die Dauerleistung unmöglich geworden ist, Telekommunikation als Empfänger also anbieterseitig nicht ermöglicht wurde.

Die Unmöglichkeitsvorschriften beziehen sich dagegen auf der Rechtsfolgenebene partiell auf die Leistung "im ganzen" und erfassen damit auch den Zeitraum, in dem die Leistung ordnungsgemäß erbracht wurde.

bb. Teilweise Nichterfüllung

Unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Restriktion der Rechtsfolgen der Unmöglichkeit auf das gestörte Leistungssegment steht die unmittelbare Anwendung der Regeln über die teilweise Nichterfüllung im Raum, wenn der Empfang ankommender Telekommunikationsverbindungen zwar vorübergehend nicht gewährleistet, vor und nach dem Störungszeitraum jedoch ordnungsgemäß erbracht wird. Denn nach §§ 280 Abs. 2; 325 Abs. 1 S. 2 BGB sind die sich aus der Unmöglichkeit ergebenden Rechtsfolgen grundsätzlich auf die gestörte Teilleistung zu beschränken, Totalrechte⁵⁸³ können in Bezug auf das gesamte Rechtsverhältnis bei Interessefortfall geltend gemacht werden.

Diese Systematik beruht auf der Erwägung, daß die erbrachte Teilleistung eine unvollständige (Gesamt-) Leistung beinhaltet, deren fragmentarischer Charakter Auswirkungen für die avisierte vollständige Leistung haben kann. Die vorübergehende Bewirkung der Dauerleistung in Form der Empfangsbereitschaft führt im Hinblick auf das im Moment der Leistungshandlung Geschuldete jedoch zur restlosen Befriedigung des Gläubigers, also bezogen auf die jeweilige Leistungszeit zu einer vollständigen und eben nicht zu einer unvollständigen Leistung⁵⁸⁴. Denn im Dauerschuldverhältnis entfaltet die Leistung in dem Zeitraum, in dem sie erbracht wird, schuldbefreiende Wirkung, so daß nach dem jeweiligen Leistungsabschnitt allein die zukünftig zu erbringenden Leistungen noch geschuldet sind⁵⁸⁵. Die im jeweiligen Augenblick geschuldete Leistung ist also entweder vollständig und nicht nur teilweise erbracht (und damit erledigt) oder in dem Zeitpunkt, in dem sie geschuldet ist, vollständig und nicht nur teilweise unmöglich geworden. Unmittelbar können daher die Regeln über die teilweise Unmöglichkeit im Dauerschuldverhältnis nicht zur Anwendung kommen.

⁵⁸³ Begriff nach MüKom- Emmerich Vor. § 275 Rn. 376, der Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu den Totalrechten zählt.

⁵⁸⁴ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 326.

⁵⁸⁵ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 326 spricht von einem "janusköpfigen Charakter" der Erfüllungswirkung der Leistung einer Dauerschuld: Die Leistung entfaltet ihre schuldbefreiende Wirkung stets nur für den Zeitraum, in dem sie erbracht wird, so daß die Dauerschuld nur für die Vergangenheit, nicht aber für die Zukunft erlischt.

cc. Regelungsgrundlage

Regelungsgrundlage für die Fälle nachträglicher Unmöglichkeit sind damit die für die vollständige Unmöglichkeit geltenden allgemeinen schuldrechtlichen Normen der §§ 275, 323 ff. BGB, die für die Frage der Gefahrtragung, also die Fälle zufälliger Unmöglichkeit eine Modifikation durch die §§ 644, 645 BGB erfahren.

Diese allgemeinen Regeln werden zwar durch die speziellen §§ 633 - 639 BGB verdrängt, allerdings erst nach der Abnahme⁵⁸⁶, frühestens nach der Herstellung⁵⁸⁷, und zwar nur dann, wenn das Werk überhaupt noch erstellt werden kann⁵⁸⁸. Da hier die Vollendung als Abnahmesurrogat maßgeblich ist, hat der Anbieter, wenn er die Empfangsbereitschaft nicht herstellt, eben noch nicht alle geschuldeten Leistungen erbracht und ist dazu auch nicht mehr in der Lage, so daß die §§ 275, 323 ff. BGB anwendbar sind.

dd. Schicksal des Anspruchs auf die Anbieterleistung

Dementsprechend erlischt die Verpflichtung des Schuldners zur Erbringung der Dauerleistung für den Zeitraum der Unmöglichkeit nach § 275 BGB. Die in § 275 Abs. 1 BGB enthaltene Formulierung "soweit" verdeutlicht, daß die Leistungspflicht des Schuldners nicht dauerhaft entfällt. Der Anbieter wird also von seiner Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Empfangsbereitschaft nur vorübergehend, nämlich für den Zeitraum frei, in dem er die Leistung nicht erbringen kann⁵⁸⁹. Die Verpflichtung zur (weiteren) Dauerleistung nach Wegfall des Leistungshindernisses bleibt von einer vorübergehenden Unmöglichkeit unberührt⁵⁹⁰.

ee. Schicksal des Anspruchs auf die Gegenleistung / Ansprüche wegen Unmöglichkeit

Korrelierend ist auch das Schicksal der Gegenleistung nach den §§ 323 ff. BGB zu beurteilen, wenn und soweit die Anbieterleistung unmöglich geworden ist, also die aus diesen Vorschriften resultierenden Rechtsfolgen auf den Unmöglichkeitszeitraum beschränkt werden können⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ Erman- Seiler § 633 Rn. 45; MüKom- Soergel § 634 Rn. 3; RGRK- Glanzmann § 633 Rn. 40; Staudinger- Peters § 633 Rn. 9; ausführlich: H.H. Jakobs, Beitzke- FS, 67, 82 ff..

⁵⁸⁷ Vgl. H.H. Jakobs, Beitzke-FS, 67, 72 ff..

⁵⁸⁸ Vgl. Staudinger- Peters § 633 Rn. 9.

⁵⁸⁹ So i.E. (undifferenziert für eine "vorübergehende Leistungseinstellung") auch Grote, BB 1998, 1117, 1119.

⁵⁹⁰ Vgl. auch Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 345.

⁵⁹¹ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 345.

(A.) Von niemandem zu vertretende Unmöglichkeit

Bei zufälliger Unmöglichkeit erlischt der Anspruch des Anbieters auf die Vergütung für den Zeitraum, in dem er die Leistung nicht erbracht hat, nach § 323 BGB. In den Fällen, in denen der Endkunde infolge "höherer Gewalt" nicht erreichbar ist, der Anrufer also trotz ordnungsgemäßer Tätigkeit der Telekommunikationsinfrastruktur zum Aufbau einer Telekommunikationsverbindung den Endkunden nicht erreichen kann, etwa weil ein Blitzeinschlag oder Hochwasser die technischen Einrichtungen des Zielteilnehmeranschlusses lahmgelegt oder ein unbeteiligter Dritter das Anschlußkabel durchtrennt hat, braucht der Endkunde für den Zeitraum, in dem er nicht erreichbar ist, ein Grundentgelt nicht zu entrichten.

Tätigkeiten, die der Anbieter bis zur Errichtung der Verbindung erbringt, haben nach den vertraglichen Regelungen nur vorbereitenden Charakter und werden nicht vergütet. Der Besteller muß aber die der geleisteten Arbeit entsprechende Vergütung - pro rata - entrichten, wenn er zwar den Untergang oder die Verschlechterung der Leistung nicht zu vertreten hat, ihm dieser Umstand aber nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB zuzurechnen ist. Daß der Endkunde die Empfangsbereitschaft zurechenbar vereitelt oder verschlechtert, kommt indes nur selten vor. Störungen aus der Sphäre des Endkunden resultieren nämlich ganz überwiegend aus Defekten oder Anschlußfehlern im Endgerätebereich. In diesen Fällen ist der Endkunde lediglich aufgrund der in seinem Risikobereich liegenden technischen Unzulänglichkeiten nicht in der Lage, die vom Anbieter ordnungsgemäß erbrachte Leistung, die in der Aufrechterhaltung der Empfangsbereitschaft, nicht im Empfang konkreter Telekommunikationsverbindungen besteht, zu nutzen. Allenfalls dann, wenn der Endkunde die Telekommunikationsinfrastruktur vom Teilnehmeranschluß aus beschädigt oder dem Anbieter Anweisungen für besondere technische Ausgestaltungen der Telekommunikationsinfrastruktur erteilt, kann es in seltenen Ausnahmefällen dazu kommen, daß es dem Anbieter nicht gelingt, den Anschluß empfangsbereit zu halten, obwohl er die dazu bei Fehlen der Störung erforderliche Arbeit aufwendet. In diesem Fall kann er die seiner Arbeitsleistung entsprechende Vergütung verlangen.

(B.) Vom Endkunden zu vertretende Unmöglichkeit

Hat der Endkunde das Leistungshindernis zu vertreten, behält der Anbieter nach Maßgabe des § 324 Abs. 1 S.2 BGB den Vergütungsanspruch.

Eine schuldhafte Störung oder Vereitelung der Empfangsbereitschaft durch den Endkunden kommt nach dem soeben Gesagten noch seltener in Betracht als eine nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB zurechenbare. Wenn aber im Einzelfall die ordnungsgemäße Empfangsbereitschaft aufgrund eines

schuldhaft vom Endkunden gesetzten Leistungshindernisses nicht geleistet werden kann, ist der Endkunde gemäß §§ 631, 324 BGB zur Zahlung der Vergütung verpflichtet.

(C.) Vom Anbieter zu vertretende Unmöglichkeit-Rechte aus §325 BGB

Bei vom Anbieter zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung erlischt dessen Anspruch auf die Vergütung (erst recht). Der Endkunde kann aber die darüber hinausgehenden, in § 325 BGB verbürgten Rechte geltend machen.

(I.) Haftungsmaßstab

Zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dieser Haftungsmaßstab wird regelmäßig durch die erörterten Parteivereinbarungen und kodifizierten Regeln verschoben. Vorbehaltlich derartiger Haftungsmodifikationen wirkt jede Unmöglichkeit der Leistung für den Anbieter haftungsbegründend, die auf ein Verhalten zurückzuführen ist, bei dem der Anbieter respektive einer seiner Erfüllungsgehilfen vorsätzlich, also wissentlich und willentlich, gehandelt oder die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, also fahrlässig gehandelt hat.

Vom Anbieter zu vertretende Leistungshindernisse sind etwa vorsätzliche Leistungseinstellungen im Rahmen von Wartungstätigkeiten und technischen Überholungen wie auch fahrlässig verursachte technische Fehler, die auf unsachgemäßer Handhabung, unzureichenden oder defekten technischen Einrichtungen oder zu geringer Netzdimensionierung beruhen⁵⁹².

(II.) Rücktritt

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, kann der Gläubiger gemäß § 325 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vom Vertrag zurücktreten.

(1.) Bestandsinteresse

Der Rücktritt ermöglicht allerdings eine Beschränkung der Rechtsfolgen auf den gestörten Leistungszeitraum nicht. Durch den Rücktritt vom Vertrag wird vielmehr das gesamte Rechtsverhältnis gemäß §§ 346 ff. BGB in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt. Das hat zur Folge, daß von diesem Gestaltungsrecht nicht nur die gestörten Leistungssegmente

⁵⁹² Den Anbieter trifft wegen der Verpflichtung, die Erreichbarkeit des Endkunden und die Errichtung abgehender Telekommunikationsverbindungen jederzeit zu gewährleisten, auch die sich je nach den Umständen im Einzelfall konkretisierende Pflicht, dem vorhersehbaren und vermeidbaren Ausfall der Telekommunikationsinfrastruktur durch entsprechende Vorsorge- und Sicherungsmaßnahmen vorzubeugen. Das gilt insbesondere für die Unmöglichkeit der Leistung wegen der turnusmäßigen Durchführung von Wartungs- und Überholungsarbeiten.

betroffen sind, sondern auch die bereits ordnungsgemäß erbrachten Vertragsleistungen einem Rückabwicklungsverhältnis unterstellt werden (§ 346 Satz 1 BGB).

Werden durch den Rücktritt undifferenziert auch diejenigen Leistungen erfaßt, die bereits mit Erfüllungswirkung erbracht wurden, führt dies zum einen zu den häufig beklagten praktischen Abwicklungsschwierigkeiten⁵⁹³. Diese lassen sich jedoch, insbesondere durch Zuerkennung eines Zahlungsanspruches aus § 346 S. 2 BGB analog, mit den §§ 346 ff. BGB bewältigen. Schwerer wiegt, daß die Rückabwicklung dem Unmöglichkeitrecht Geltung verleiht für Schuldnerverpflichtungen, auf die die Voraussetzungen für die Ausübung des Gestaltungsrechts nicht zutreffen. Die bereits mit Wirkung ordnungsgemäßer Erfüllung erbrachten Anbieterleistungen sind nicht unmöglich geworden. Sie sollen auch nach dem Willen der Parteien nicht rückabgewickelt werden. Denn Anbieter und Endkunde sind nicht daran interessiert, das womöglich Jahre währende Rechtsverhältnis über die Empfangsleistung insgesamt abzuwickeln, weil in einer Phase der Vertragserfüllung dem Anbieter die Leistung unmöglich geworden ist.

Das Rücktrittsrecht aus § 325 BGB ist wegen seiner Rückwirkungen und der damit einhergehenden Mißachtung des Bestandsinteresses dem Dauercharakter der Empfangsleistung nicht angemessen.

(2.) Fortbestandsinteresse

Auch liegt es nicht immer im Interesse der Parteien, daß die Dauerschuldverpflichtung wegen vorübergehender Unmöglichkeit durch den Rücktritt vom Vertrag mit Wirkung für die Zukunft, also auch hinsichtlich aller noch möglichen Leistungen, vernichtet wird. Vielmehr hat der Endkunde ein schützenswertes Interesse daran, "*den Anschluß zu behalten*"⁵⁹⁴, also weiterhin empfangsbereit zu sein. Und der Anbieter hat ein Recht darauf, daß die Rechtsbeziehung nicht wegen jedweder Nichterbringung der Leistung beendet wird. Auch diesem Fortsetzungsinteresse der Parteien vermag das Rücktrittsrecht, dessen Ausübung zum Wegfall des Erfüllungsanspruches führt, nicht Rechnung zu tragen.

(III.) Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Alternativ zum Rücktritt gewährt § 325 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Der Gläubiger ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.

⁵⁹³ Vgl. RGZ 81, 303, 305 ("*Unklarheiten und Verwicklungen bedenklicher Art*"); RGZ 89, 333, 335 (für das Gesellschaftsverhältnis); BGHZ 50, 312, 315 (Mietverhältnis).

⁵⁹⁴ Vgl. Biletzki, VuR 1999, 35, 37.

Dem Endkunden sind dementsprechend alle Schäden zu ersetzen, die ihm dadurch entstanden sind, daß er nicht erreichbar war.

Hinsichtlich der Berechnung des Schadensersatzes bleibt dem Endkunden grundsätzlich die Wahl zwischen dem "kleinen Ersatzanspruch", mit dem der durch die Störung entstandene Schaden liquidiert wird, der Erfüllungsanspruch aber im übrigen weiter besteht und dem "großen Ersatzanspruch", auf dessen Grundlage das Vertragsverhältnis ganz abgewickelt, das Werk also zurückgewiesen respektive zurückgegeben wird, und der Schaden auf der Basis der Differenz zwischen dem Erfüllungsinteresse und der ersparten Gegenleistung errechnet wird (Differenztheorie)⁵⁹⁵.

Die Liquidation der Begleit- und Zusatzschäden unter Vertragsfortsetzung beim "kleinen Ersatzanspruch" wirft keine Probleme auf, solange die aufgezeigte zeitliche Dimension der Unmöglichkeit bei der Bezifferung des Nichterfüllungsschadens beachtet wird⁵⁹⁶. Der "große Schadensersatzanspruch" ist allerdings wie das Rücktrittsrecht mit der Abwicklung des Vertrages im ganzen verbunden, erstreckt sich also auch auf die bereits erbrachten und die zukünftigen Leistungen, was zu den erwähnten praktischen Rückabwicklungsschwierigkeiten führt, vor allem aber dem Bestands- und Fortbestandsinteresse an den ordnungsgemäß erbrachten respektive noch erbringbaren Leistungen nicht gerecht wird.

ff. Ergebnis

Die Empfangsbereitschaft, die der Anbieter dauerhaft zu leisten hat, ist eine absolute Fixleistung. Wird sie nicht erbracht, liegt ein Fall der nach Vertragsschluß eintretenden Unmöglichkeit vor, für den die Regeln über die vollständige Unmöglichkeit, bezogen auf den Zeitraum der Nichterbringung der Leistung zur Anwendung kommen.

Die §§ 275, 323 ff. BGB sind bei Ausfall der Empfangsleistung friktionslos auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden anwendbar. Lediglich bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit erweisen sich das Rücktrittsrecht und der große Schadensersatzanspruch aus § 325 Abs. 1 BGB als nicht "passend", weil die damit einhergehende Rückabwicklung die Erfüllungswirkung der bereits

⁵⁹⁵ Vgl. z.B.: BGHZ 96 283, 287; BGHZ 108, 156, 159.

⁵⁹⁶ So auch Michalski, JA 1979, 401, 406 f.; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 345.

ordnungsgemäß erbrachten Leistungen wie das Interesse am Fortbestand der Rechtsbeziehung mißachtet⁵⁹⁷.

b. Gewährleistung

Die Gewährleistungsansprüche des Bestellers sind im Werkvertragsrecht komplex geregelt. Gemäß § 631 Abs. 1 kann der Besteller vor Abnahme primär Erfüllung, also die Herstellung eines mangelfreien Werkes verlangen. Aus diesem Anspruch folgt der Anspruch auf Mangelbeseitigung gemäß § 633 Abs. 2 S. 1 BGB einschließlich eines Neuherstellungsanspruchs⁵⁹⁸.

Nach der Abnahme respektive Vollendung besteht für ihn wegen der Konkretisierung der Leistungsverpflichtung des Unternehmers auf das hergestellte Werk grundsätzlich zunächst nur die Möglichkeit, den Unternehmer auf Mangelbeseitigung gemäß § 633 Abs. 1 S. 1 BGB in Anspruch zu nehmen. Diese kann er gemäß § 633 Abs. 2 BGB im Verzug des Unternehmers nach Fristsetzung⁵⁹⁹ auch selbst vornehmen (lassen), um sodann vom Unternehmer die Erstattung der Aufwendungen zu verlangen (§ 633 Abs. 3 BGB). Erst nach fruchtloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung stehen dem Besteller gemäß § 634 BGB die den Mangelbeseitigungsanspruch ausschließenden (§ 634 Abs. 1 S. 3 BGB) Gewährleistungsrechte der Wandelung, Minderung⁶⁰⁰ und, bei Vertretenmüssen des Unternehmers, gemäß § 635 BGB der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

aa. Mangel

Ein Mangel ist gemäß § 633 Abs. 1 BGB das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft sowie ein Fehler des Werkes, der in jeder negativen Abweichung der Ist- von der von den Parteien vereinbarten Sollbeschaffenheit zu sehen ist⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ So auch Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 345, der bei der Anwendung der Unmöglichkeitregeln im Dauerschuldverhältnis ebenfalls nur Zweifel an der Anwendung der aus § 325 BGB resultierenden Rechtsfolgen hegt.

⁵⁹⁸ Zu dieser Systematik grundlegend Korintenberg, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag und dazu H.H. Jakobs, Beitzke-FS, 67, 72 ff..

⁵⁹⁹ Das Erfordernis entfällt bei Unzumutbarkeit der Fristsetzung, vgl. dazu Palandt-Thomas § 634 Rn. 4 m.w.N..

⁶⁰⁰ Die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte können - wie sich aus § 634 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt - auch schon vor der Abnahme ausgeübt werden (vgl. MüKom- Soergel § 634 Rn. 4). Voraussetzung ist aber, daß das Werk bereits hergestellt ist und der Unternehmer zu erkennen gegeben hat, daß er das Werk für ablieferungsfähig hält (so zur Abgrenzung des Erfüllungs- vom Gewährleistungsanspruch: H.H. Jakobs, Beitzke-FS, 67, 75 ff.). Das ist bei der Empfangsbereitschaft erst nach Vollendung der Fall.

⁶⁰¹ Ganz herrschender subjektiver Fehlerbegriff, vgl. Palandt-Thomas § 633 Rn. 2; § 459 Rn. 1-4, 8-13, 22 ff..

Treten im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden Störungen des Äquivalenzverhältnisses auf, die darauf beruhen, daß der Empfang vom Netzknotenpunkt bis zum Anschluß nicht der von den Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzten Qualität entspricht, liegt ein nach Vollendung eingetretener Mangel der Empfangsleistung vor⁶⁰².

bb. Nachbesserung

Der sonach primär gegebene Rechtsbehelf taugt indes zur Befriedigung des Gewährleistungsinteresses des Endkunden nicht. Denn das Nachbesserungsverlangen gemäß § 634 Abs. 2 BGB zielt darauf ab, bei Erhaltung der Grundsubstanz des bereits in concreto vorliegenden Werkes Mängel an diesem Werk zu beseitigen⁶⁰³. Eine Nachbesserung, die auf die Zeit ab dem erstmaligen Eintritt der Störung der Empfangsleistung für den Störungszeitraum zurückwirkt, das Werk also nach Vollendung vom Mangel befreit, ist wegen des absoluten Fixcharakters der Empfangsleistung jedoch nicht denkbar. Da mit Zeitablauf ein neu hergestelltes Werk nicht das geschuldete, sondern ein anderes ist⁶⁰⁴, kann auch eine Neuherstellung als "größtmögliche" Mangelbeseitigung⁶⁰⁵ keinen Erfolg zeitigen⁶⁰⁶.

cc. Selbstbeseitigungsrecht und Anspruch auf Aufwendungsersatz

Aus diesem Grund bleibt dem Endkunden auch der Weg versperrt, den Anbieter zur Beseitigung der Störung aufzufordern, um nach fruchtlosem Fristablauf die Störungsbeseitigung selbst vorzunehmen und sodann gemäß § 633 Abs. 3 BGB den Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen beim Unternehmer zu liquidieren. Denn die in den bereits verstrichenen

⁶⁰² In der Praxis kann die Abgrenzung der Störungen der Empfangsleistung von Störungen der Einzelleistung der abgehenden Telekommunikationsverbindung Schwierigkeiten bereiten. Diese sind jedoch systemimmanent und durch rechtliche Korrekturen (oder auch durch eine andere typologische Qualifizierung) nicht zu beheben. Geboten ist daher eine genaue Abgrenzung, ob die Störung auftritt auf dem Weg vom "letzten" Netzknotenpunkt zum Teilnehmeranschluß, so daß der Anschlußinhaber für niemanden störungsfrei zu erreichen ist und damit eine Störung der Empfangsleistung (und nicht der Abgangsleistung) zu konstatieren ist oder ob die Störung in dem Bereich zwischen dem entfernten Teilnehmeranschluß und dem "letzten" Netzknotenpunkt eintritt, so daß die gegenüber dem Anrufer geschuldete Leistung gestört ist, abgehende Verbindungen herzustellen.

⁶⁰³ Vgl. MüKom- Soergel § 633 Rn. 103.

⁶⁰⁴ Vgl. Staudinger- Löwitsch § 275 Rn. 4.

⁶⁰⁵ Vgl. dazu MüKom- Soergel § 633 Rn. 108 m.w.N..

⁶⁰⁶ So auch zutreffend Weyers, AcP 1982, 61, 69 f.; a.A. Biletzki, VuR 1999, 35, 37, der Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 633 Abs. 3 BGB zubilligen will; siehe auch H. Redeker, Vertragsgestaltung für die Benutzung privater Telematikdienste in: Scherer [Hrsg.], Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, S. 111, 121, der "einen Nachbesserungs-, d.h. wohl einen Neu- Übermittlungsanspruch" gewähren will.

Leistungszeiträumen eingetretenen Störungen können auch durch den Endkunden nicht mehr beseitigt werden⁶⁰⁷.

Die Störungsbeseitigung, zu der sich die Anbieter regelmäßig ausdrücklich verpflichten⁶⁰⁸, dient dementsprechend auch nicht der Mangelbeseitigung, sondern der Erfüllung der sich stets von neuem aktualisierenden Primärleistungspflicht zur Aufrechterhaltung der Empfangsbereitschaft⁶⁰⁹.

dd. Wandelung / Minderung

Die Gewährleistungsansprüche des Endkunden verkürzen sich damit auf die Rechte auf Wandelung und Minderung nach § 634 BGB sowie, bei Verschulden des Anbieters, auf den Anspruch auf Schadensersatz nach § 635 BGB. Diese Rechtsbehelfe kann der Endkunde gemäß § 634 Abs. 2 BGB wegen der soeben festgestellten (objektiven) Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung ohne Fristsetzung ausüben.

Aus der Wandelung erwuchse dem Endkunden gegen den Anbieter ein Anspruch auf Rückzahlung des im voraus entrichteten Grundentgelts (§§ 346, 467, 465, 634 Abs. 4, 633, 631 BGB) gegen Rückgewähr der empfangenen Leistung respektive Wertersatz gemäß § 346 S. 2 BGB⁶¹⁰. Die Wandelung richtet sich gemäß § 634 Abs. 1 S. 3 BGB auf den Vertrag "im Ganzen", ermöglicht also keine Beschränkung auf die gestörten Leistungssegmente. Vielmehr erfaßt dieses Gewährleistungsrecht die bereits ordnungsgemäß erbrachten Leistungen ebenso wie die noch rite erbringbaren Leistungen und überstellt sie sämtlich einem Rückabwicklungsschuldverhältnis nach § 346 BGB. Die damit verbundenen Probleme wegen der Mißachtung des Bestands- und des Fortbestandsinteresses sind bereits bei der Erörterung des durch die Wandelungsvorschriften in Bezug genommenen Rücktrittsrechts sowie des Anspruchs auf den "großen Schadensersatzanspruch" auf Grundlage des § 325 BGB erörtert worden. Auch ein Wandelungsrecht ist dementsprechend mit dem das Rechtsverhältnis über die Empfangsbereitschaft prägenden Dauerschuldcharakter nicht zu vereinbaren⁶¹¹.

⁶⁰⁷ Das verkennt Biletzki, VuR 1999, 35, 37.

⁶⁰⁸ Vgl. oben § 2 A XIV 3.

⁶⁰⁹ A.A. Biletzki, VuR 1999, 35, 37 f., der die auf dem TKG und der Richtlinie beruhenden Sonderentstörungsregeln in den AGB als anbieterseitige Maßnahme zur Verlagerung des Fälligkeitszeitpunktes für den Mängelbeseitigungsanspruch ansieht.

⁶¹⁰ Die Unmöglichkeit der Herausgabe des Werkes (Empfangsleistung) führt nicht zum Ausschluß der Wandelung gemäß §§ 351, 467, 634 Abs. 4 BGB, weil allein der Umstand, daß eine Rückgewähr in Natur nicht möglich ist, die Wandelung nicht auszuschließen vermag.

⁶¹¹ In Bezug auf die während der gesamten Vertragslaufzeit geschuldete Leistung dürfte die vorübergehende Störung der Qualität der Empfangsleistung regelmäßig eine nur

Bei Wahl der Minderung sieht die gesetzliche Regelung keine (vollständige) Rückabwicklung vor. Die durch die Rückabwicklung bedingten Probleme sind also nicht virulent, wenn der Besteller die Vergütung mindert. Er behält das mangelhafte Werk bei Reduzierung der Gegenleistung. Das Grundentgelt wird unter Beachtung der Erfüllungswirkung der bereits erbrachten Leistungsteile und ohne Eingriff in den Bestand des Vertrages herabgesetzt. Der Endkunde, der auf diese Weise lediglich die der gestörten "Gesamt"leistung äquivalente Vergütung entrichten muß, kann gemäß §§ 472, 465, 633, 634 Abs. 4, 631 BGB i.V.m. § 346, 467 BGB analog die Rückzahlung des (im voraus) zuviel gezahlten Grundentgelts verlangen.

ee. Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Der dem Besteller bei Verschulden des Unternehmers zustehende Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gemäß § 635 BGB folgt denselben Regeln wie derjenige aus § 325 BGB, was die bereits im Zusammenhang mit den Unmöglichkeitfolgen erörterten Probleme beim zur Rückabwicklung führenden großen Schadensersatzanspruch aufwirft⁶¹².

ff. Beweislast

Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels trägt derjenige, der sich darauf beruft. Der Endkunde dürfte, wenngleich sich der (verhinderte) Gesprächspartner als wertvoller Zeuge erweisen kann, bei Störungen der Empfangsbereitschaft regelmäßig in Beweisschwierigkeiten geraten. Schwerer noch wiegt, daß für den Endkunden nicht nachvollziehbar ist, ob die Störung auf der fehlerhaften respektive nicht erbrachten Empfangsleistung oder auf der gegenüber dem Gesprächspartner mangelhaft erbrachten Leistung zur Errichtung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung beruht.

Dies zu ermitteln, ist nur der Anbieter in der Lage. Das dürfte angesichts der unverschuldeten Beweisschwierigkeiten des Endkunden die analoge Anwendung des § 282 BGB rechtfertigen, mit der Folge, daß der Anbieter auf entsprechende Rüge des Endkunden die Beweislast dafür trägt, daß die Empfangsleistung einwandfrei erbracht wurde. Der Endkunde bleibt aber jedenfalls mit den Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises eines behaupteten Schadens, also der haftungsausfüllenden Kausalität, belastet.

unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes - bezogen auf die Gesamtlaufzeit des Vertrages - bewirken, so daß nach § 634 Abs. 3 BGB die Wandelung ohnehin ausgeschlossen ist.

⁶¹² Auf der Rechtsfolgenebene ist dieser Anspruch durch die erörterten verordnungsrechtlichen und vertraglichen Haftungsbeschränkungen limitiert.

gg. Zwischenergebnis

Das werkvertragliche Gewährleistungsrecht ist nur hinsichtlich der Minderung und des kleinen Schadensersatzanspruchs ohne weiteres auf das Werk der Empfangsbereitschaft anzuwenden. Nachbesserungs-, Mängelbeseitigungsansprüche sowie Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen für eine Selbstvornahme scheitern am Fixcharakter der Leistung. Die Rechtsfolgen der Wandelung und des Anspruchs auf den "großen Schadensersatz" mißachten die Interessen am Bestand der Rechtsbeziehung für den Zeitraum der bereits mit Erfüllungswirkung ordnungsgemäß erbrachten und der zukünftig noch möglichen Leistungen und "passen" daher für die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter der Empfangsleistung und Endkunde nicht.

c. Ergebnis

Die Anwendung des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts bei Leistungsstörungen im Vertragsverhältnis über die dauerhafte Empfangsbereitschaft führt wegen der Erfassung auch der bereits erfüllten Leistungssegmente und der unbedingten Beendigung des Rechtsverhältnisses für die Zukunft zu Problemen bei der Anwendung der Totalrechte des Rücktritts, der Wandelung und des "großen Schadensersatzanspruchs". Im übrigen sind diese Rechtsmaterien mit geringfügigen, bereits im Gesetz vorgesehenen Modifikationen, auf das Rechtsverhältnis zwischen Anbieter und Endkunden hinsichtlich der Leistung der Empfangsbereitschaft anwendbar.

5. Beendigungsregeln

Nicht nur in Bezug auf die Anwendung der Leistungsstörungsregeln erweist sich der Dauercharakter der Anbieterleistung als problematisch; auch die werkvertraglichen Beendigungsregeln sind für dauernde Rechtsverhältnisse unzureichend. So sieht das Werkvertragsrecht eine Beendigung des Rechtsverhältnisses auf Initiative des Unternehmers überhaupt nicht und durch Erklärung des Bestellers in § 649 BGB nur vor Vollendung des Werkes vor. Für Dauerwerkverträge, die bereits mit der ersten Leistungshandlung in das Stadium der Vollendung eintreten, bietet das Werkvertragsrecht somit beiden Parteien keine Beendigungsmöglichkeiten.

Eine dauerhafte rechtsgeschäftliche Bindung ohne Beendigungsmöglichkeiten entspricht jedoch weder der Interessenlage der Parteien, noch ist sie mit der Konzeption der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften kompatibel. Lösungsrechte des Endkunden sind nach der auf einen funktionierenden Wettbewerb zugeschnittenen Konzeption des Telekommuni-

kationsrechts zwingend⁶¹³. Besonders deutlich überwiegt das durch die Beendigungsrechte geschützte Freiheitsinteresse des Endkunden gegenüber dem Fortsetzungsinteresse der Parteien. Denn der Endkunde möchte die jeweils günstigsten Angebote nutzen können. Und auch der Anbieter darf zumindest dann nicht am Vertrag festgehalten werden, wenn ihm die Fortsetzung der Rechtsbeziehung nicht zugemutet werden kann. Zudem verschlechtern lange Vertragsbindungen die Marktzutrittschancen konkurrierender Anbieter⁶¹⁴.

Die TKV bietet Schutz vor einer ausschließlichen oder unverhältnismäßigen Bindung der Vertragspartner nur den Kunden, die selbst Diensteanbieter sind (§ 4 Abs. 2 S. 1 TKV). Sie setzt jedoch ordentliche und außerordentliche Kündigungsrechte an verschiedenen Stellen voraus: § 13 Abs. 5 TKV bestimmt, daß der neue Anbieter bei einem Wechsel des Endkunden die Kündigungserklärung entgegennehmen und an den bisherigen Anbieter weiterleiten kann. § 19 Abs. 2 TKV spricht von einem Grund zur fristlosen Kündigung. § 28 Abs. 3 TKV gewährt dem Endkunden bei Änderung der allgemeinen Geschäftsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen ein Kündigungsrecht. Und auch in der im Anhang der TKV vorformulierten Grundstückseigentümergeklärung ist von einer Kündigung die Rede.

Als Korrelat zur Bindung auf unbestimmte Dauer ist beiden Parteien ein Lösungsrecht einzuräumen. Das Fehlen ordentlicher und außerordentlicher Kündigungsmöglichkeiten des Endkunden im Werkvertragsrecht entspricht weder den Interessen der Parteien noch ist es mit der konzeptionellen Struktur des Telekommunikationsrechts vereinbar.

6. Bewältigung der Regelungsprobleme

a. Einordnung als atypisches Vertragsverhältnis

Die aufgezeigten Regelungsprobleme bei der Anwendung des Allgemeinen Schuldrechtes und des Werkvertragsrechtes könnten dazu (ver-) führen, die Einordnung des Rechtsverhältnisses als werkvertraglich zu verwerfen und es statt dessen als atypisch zu kennzeichnen⁶¹⁵. Die Analyse hat jedoch

⁶¹³ Insoweit ist auch auf die EU- rechtlichen Anliegen, ein echtes Wettbewerbsumfeld zu schaffen und Nutzern alle Hindernisse bei der Wahl ihrer Leistungserbringer zu beseitigen, hinzuweisen. Vgl. dazu auch Hahn, MMR 1999, 251, 255, der daraus für das AGBG die Schlußfolgerung herleitet, daß immer dann ein Verstoß gegen § 9 AGBG vorliegt, wenn die Vertragspraxis für Kunden und Nutzer Schranken errichtet, die dem angestrebten wettbewerbsorientierten Umfeld entgegenstehen.

⁶¹⁴ Vgl. Hahn, MMR 1999, 251, 255.

⁶¹⁵ Für ein atypisches Dauerschuldverhältnis beispielsweise: H. Redeker, Vertragsgestaltung für die Benutzung privater Telematikdienste in: Scherer [Hrsg.] Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, S. 111, 115. Einen "Nutzungsvertrag sui

gezeigt, daß eine Atypizität im Sinne einer Divergenz der vertraglich vereinbarten Hauptleistungspflichten vom Werkvertragstypus nicht vorliegt. Es ist allein die Dauerkonzeption der Rechtsbeziehung zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden, die zu Friktionen bei der Anwendung werkvertraglicher und allgemeiner schuldrechtlicher Normen führt. Ein typenfremdes Element allein verschließt jedoch nicht die Zuordnung zu diesem Typus. Denn die typologische Qualifizierung erfordert nicht die Identität der Merkmale der Rechtsbeziehung mit allen Einzelzügen des Typus⁶¹⁶. Die Typen sind vielmehr "offen"⁶¹⁷ und erlauben Abweichungen des Rechtsverhältnisses vom Typus in partieller oder gradueller Form, soweit nur die Ähnlichkeit im "Gesamtbild" erhalten bleibt⁶¹⁸.

Abweichungen des Rechtsverhältnisses vom Typus des Werkvertrages, die im Wege teleologischer Reduktion oder durch Heranziehung von Normen anderer sich insoweit als passend erweisender Vertragstypen Berücksichtigung finden können, lassen den Typus unberührt⁶¹⁹.

b. Teleologische Reduktion der Rechtsbehelfe Rücktritt, Wandelung und großer Schadensersatzanspruch

Das bei Zugrundelegung werkvertraglicher Strukturen aufgezeigte Regelungsproblem bei Wandelung, Rücktritt und großem Schadensersatzanspruch beruht nicht (allein) auf einem Defizit an Vorschriften, sondern darauf, daß die durch die Anwendung des Leistungsstörungsrechts implizierten Rechtsfolgen der Rückabwicklung "im ganzen" und damit auch der bereits als erfüllt anzusehenden Leistungsteile zu weitreichend sind.

Das Allgemeine Schuldrecht und das Werkvertragsrecht weisen damit in Bezug auf das Dauerschuldverhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden in den §§ 325, 634 Abs. 1 S. 3 Alt. 1, 635 BGB "verdeckte Regelungslücken" auf⁶²⁰. Die Ausfüllung solcher Lücken geschieht durch die Ergänzung der vermißten Einschränkung im Wege teleologischer Reduktion der Norm, wenn diese ihrem Sinn und Zweck nach auf die Gruppe der zu untersuchenden Fälle nicht paßt, weil sie deren Besonderheiten außer Acht läßt⁶²¹.

generis" erkennt Hackemann, CR 1987, 660, 662 in dem insoweit vergleichbaren Online-Vertrag.

⁶¹⁶ Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 183.

⁶¹⁷ Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 34.

⁶¹⁸ Larenz, Methodenlehre, 468; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 183.

⁶¹⁹ Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 166., vgl. auch oben § 3 A II hinsichtlich des Verhältnisses zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Anwendung dispositiven Rechts.

⁶²⁰ Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 377.

⁶²¹ Larenz, Methodenlehre, S. 362.

Da das Allgemeine Schuldrecht nach seinem Zweck Leistungsbeziehungen mit Dauerschuldcharakter keineswegs ausschließt, jedoch Regelungen zur Anwendung bringt, die mit dem eigentümlichen Dauercharakter des Werkes nicht in Einklang stehen, sind die mit dem Charakter eines Dauerschuldverhältnisses kollidierenden Vorschriften teleologisch zu reduzieren. Denn Totalrechte, die eine Rückabwicklung aller Leistungen implizieren, sind auf Rechtsverhältnisse mit punktuellm Leistungsaustausch zugeschnitten. Sie beruhen dementsprechend auf dem Gedanken, daß die erbrachten Leistungen wegen ihrer Mangelhaftigkeit oder Unvollständigkeit in Bezug auf die Gesamtleistung eine ordnungsgemäße Erfüllung nicht bewirken konnten. Die möglichst weitgehende Wiederherstellung des vor Beginn des Leistungsaustauschs bestehenden Zustands ist daher Regelungsziel dieser Normen. Der Gedanke der Restitution des status quo ante kann jedoch dort keine Geltung beanspruchen, wo die Leistungen eben nicht insgesamt wertlos sind, sondern bereits mit Wirkung ordnungsgemäßer Erfüllung erbracht wurden. Bei einem in Vollzug gesetztem Dauerschuldverhältnis erfordert daher das Bestandsinteresse der Parteien, die Normen, die eine Rückabwicklung des Rechtsverhältnisses auch für die bereits erbrachten Leistungsteile implizieren, insoweit aufgrund teleologischer Reduktion nicht zur Anwendung zu bringen.

Der Rücktritt, der auch die bereits erbrachten Leistungen erfaßt, ist damit ebenso ausgeschlossen, wie die Rückabwicklung "im ganzen" im Rahmen der Wandelung und des großen Schadensersatzanspruchs.

c. Beendigungsrechte kraft analoger Rechtsanwendung

Die aufgezeigten Regelungsprobleme sind damit aber nicht bewältigt. Es bleibt vielmehr zu klären, wie der festgestellte Widerspruch zwischen Fortsetzungsinteresse und Beendigung der Rechtsbeziehung mit Wirkung für die Zukunft durch Rücktritt, Wandelung und großen Schadensersatz aufzulösen ist und ob diese kraft teleologischer Reduktion ihrer Rückwirkungen entkleideten Gestaltungsrechte überhaupt noch anwendbar sind. Das hängt insbesondere von der Antwort auf die ebenfalls noch offene Frage ab, wie die offene Regelungslücke bei den ordentlichen und außerordentlichen Beendigungsrechten zu schließen ist und in welchem Verhältnis derartige Rechte zu den teleologisch reduzierten Totalrechten stehen.

Es wurde bereits erörtert, daß die Bestimmung einer sich als passend erweisenden Rechtsfolgeanordnung bei Vorliegen einer "offenen" Regelungslücke im Wege der Analogie, also durch die Heranziehung von Rechtsgedanken anderer Normen, zu erfolgen hat. Analoge Rechtsanwen-

dung setzt voraus, daß ein geregelter Tatbestand dem planwidrig nicht geregelten Sachverhalt so ähnelt, daß die Regelungslücke durch die Anwendung der Normen für den geregelten Sachverhalt auf den nicht geregelten interessengerecht geschlossen werden kann⁶²².

Da die bei den Beendigungsrechten bestehenden Regelungslücken des Werkvertragsrechtes ihre Ursache in der Nichtberücksichtigung eines möglichen Dauerschuldcharakters haben, bietet sich die Anwendung der bei Dauerschuldverhältnissen trotz unterschiedlicher Tatbestände regelmäßig anzutreffenden Rechtsfolgen im Wege einer (Gesamt- oder) Rechtsanalogie an. Im übrigen kommt die Anwendung einzelner Normen, namentlich der miet-, dienst- oder gesellschaftsrechtlichen Regelungen, aufgrund einer (Einzel- oder) Gesetzesanalogie in Betracht.

aa. Rechtsanalogie

Die Problematik der Behandlung der "offenen" Regelungslücken bei Dauerschuldverhältnissen, die nicht schon nach dem Gesetz zwingend auf Dauer angelegt sind, ist nicht neu: Otto von Gierke⁶²³ hat sie bereits im Jahr 1910 aufgegriffen⁶²⁴, und Oetker hat sie in jüngerer Zeit umfassend erörtert⁶²⁵. Rechtsprechung und Literatur haben aus den Rechtsverhältnissen, die im Gesetz als Dauerschuldverhältnisse typisiert sind, im Wege der Gesamtanalogie Rechtsgedanken abgeleitet, die für alle Dauerschuldverhältnisse, insbesondere in Bezug auf Beendigungsrechte fruchtbar gemacht werden können.

(A.) Außerordentliches Kündigungsrecht als Beendigungsregel

Im Regelfall ist Dauerschuldverhältnissen das Recht zur außerordentlichen Kündigung inhärent⁶²⁶.

(I.) Herleitung

Denn ein solches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund findet sich zwar als zwingende Regelung nur in einigen Schuldverhältnissen (§§ 554 a, 626, 723 BGB). Bei diesen handelt es sich jedoch ausnahmslos um Dauerschuldverhältnisse. Der darin zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke,

⁶²² Vgl. Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 168 ff..

⁶²³ O.v. Gierke, IherJb 64 (1914), 355 ff. und dazu ausführlich: Christodoulou, Zeitelement, S. 6 ff..

⁶²⁴ Siehe auch schon Steinberger, Die Verträge auf dauernde Leistung (Dauerverträge), 1910.

⁶²⁵ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung.

⁶²⁶ RGZ 128, 1, 6; 168, 361, 367; BGHZ 9, 157, 161 ff.; 41, 104, 108; MüKom- Kramer Einleitung Bd. II Rn. 90; Palandt- Heinrichs Einl. § 241 Rn. 18 ff.; Soergel- Teichmann § 241 Rn. 8; Soergel- Wiedemann Vor. § 323 Rn. 60 f.; Staudinger- Otto Vor. §§ 323 - 327 Rn. 31; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 349 f.; Beitzke, Nichtigkeit, S. 21 ff..

daß sich kein Vertragspartner an dem auf Dauer angelegten Vertrag festhalten lassen muß, wenn dessen Durchführung durch außerhalb seiner Verantwortung liegende Umstände erheblich gefährdet wird und ihm daher ein Festhalten am Vertrag bis zur ordentlichen Beendigung nicht zuzumuten ist⁶²⁷, trifft nicht nur für die geregelten, sondern für alle Dauerschuldverhältnisse zu. Das außerordentliche Kündigungsrecht erfaßt, anders als Rücktritt, Wandelung und großer Schadensersatzanspruch, als in die Zukunft weisendes Beendigungsmittel von vornherein nicht die bereits erfüllten Leistungssegmente, sondern wirkt ausschließlich ex nunc und entspricht damit der aufgezeigten Interessenlage der Parteien eines Dauerschuldverhältnisses "in bestechender Manier"⁶²⁸. Aus den §§ 554 a, 626, 723 BGB läßt sich daher der Rechtsgedanke entnehmen, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund kündbar sind, wenn der entsprechende Vertragstypus hinsichtlich der Beendigungsregeln eine Regelungslücke aufweist⁶²⁹.

(II.) Verhältnis des Kündigungsrechts aus wichtigem Grund zum Rücktritt, zur Wandelung und zum großen Schadensersatzanspruch - Voraussetzungen

Sind die Totalrechte durch den Ausschluß der Rückwirkung ihrer Eigentümlichkeiten beraubt, ist es gerechtfertigt, eine Regelungslücke zu konstatieren, die eine Verdrängung von Rücktritt, Wandelung und großem Schadensersatzanspruch durch das auf Dauerschuldverhältnisse zugeschnittene, spezielle Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund erlaubt⁶³⁰.

Wegen der tatbestandlichen Divergenzen zwischen dem an strengere Voraussetzungen anknüpfenden (aber in seinen Auswirkungen weniger einschneidenden) Kündigungsrecht aus wichtigem Grund und dem Rücktrittsrecht sowie dem großen Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft verursachter Unmöglichkeit und dem Wandelungsrecht fragt sich aber, ob und an welche Voraussetzungen der verdrängten Totalrechte die Rechtsfolge der

⁶²⁷ BGHZ 41, 104,108; BGH NJW 1981, 1666, 1667; NJW 1986, 3134.

⁶²⁸ Vgl. Gemhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 II 8 b, S. 397.

⁶²⁹ Auf das Erfordernis einer Regelungslücke weisen zu Recht hin: BGH NJW 1987, 2004; MüKom- Emmerich § 326 Rn. 19 f.. Insoweit trifft die Behauptung, jedem Dauerschuldverhältnis sei das Recht zur außerordentlichen Kündigung immanent, nicht zu.

⁶³⁰ Spezialität nehmen beispielsweise an: Staudinger- Otto § 326 Rn. 27; Fikentscher § 8 Rn. 36; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 352 ff.; Michalski, JA 1979, 401, 406; a.A.: Soergel- Teichmann § 241 Rn. 8 (Rücktritt nur mit Wirkung für die Zukunft); Esser/Schmidt, Bd. 1 Tb. 2 § 28 III 4 d, der allerdings einräumt, daß der Rücktritt gegebenenfalls wirkt wie eine Kündigung aus wichtigem Grund.

außerordentlichen Kündigung geknüpft werden kann. Die Beendigung des Vertragsverhältnisses gewährt das außerordentliche Kündigungsrecht nämlich nicht bereits bei jedweder Vertragsverletzung, sondern erst, wenn ein so wichtiger Grund vorliegt, daß dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages bis zu dessen vereinbarter Beendigung nicht zugemutet werden kann⁶³¹. Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist bei "einfachen" Vertragspflichtverletzungen regelmäßig eine Abmahnung analog §§ 326, 553 BGB Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung⁶³².

Die zum Rücktritt und Schadensersatzbegehren berechtigende schuldhaft vorübergehende Unmöglichkeit kann angesichts dieser Voraussetzungen wie der die Wandelung rechtfertigende Mangel nicht ohne weiteres als wichtiger Grund für eine Kündigung angesehen werden. Es entspräche auch nicht der Interessenlage der Parteien, wenn der Endkunde wegen jedes vorübergehenden Ausfalls der Empfangsbereitschaft das Vertragsverhältnis mit ex nunc Wirkung beenden könnte. Andererseits baut das der außerordentlichen Kündigung immanente Kriterium der Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung im Verhältnis zu den verdrängten Rechten Beendigungshürden auf, die zumindest dann nicht gerechtfertigt erscheinen, wenn die Leistungsstörung das Interesse an der gesamten Leistung berührt.

Der Gedanke, daß der Gläubiger bei einer teilweisen Befriedigung seines Erfüllungsinteresses nicht stets zu einer einseitigen Beendigung der Vertragsbeziehung berechtigt sein soll, sondern nur, wenn dieser Umstand nach der Interessenlage auf die gesamte Rechtsbeziehung ausstrahlt, findet sich in § 325 Abs. 1 S. 2 BGB wieder. Eine Unmöglichkeit von "Teilleistungen" liegt wegen der aufgezeigten dogmatisch- strukturellen Unterschiede zwar im Dauerschuldverhältnis nicht vor, weil bei der Teilunmöglichkeit das Leistungsinteresse des Gläubigers zu keinem Zeitpunkt, das des Gläubigers einer Dauerschuld für den Zeitraum der Leistungserbringung aber vollständig befriedigt wird und erst recht der Mangel nicht der Teilunmöglichkeit gleichsteht. Die Übertragung des legislativen Bewältigungsmodells von der teilweisen Unmöglichkeit auf die vorübergehende Unmöglichkeit und den vorübergehenden Mangel auf die außerordentliche Kündigung ist damit aber nicht verschlossen, sondern geboten, wenn die in § 325 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltene Wertung teleologisch auf vorübergehende Unmöglichkeit und Mängel im Dauerschuldverhältnis übertragbar ist.

⁶³¹ BGH NJW 1978, 947; BGH NJW 1981, 1264, 1265. Siehe auch AG Düsseldorf, MMR 1999, 105 mit Anmerkungen Greulich und weiteren Nachweisen.

⁶³² Vgl. BGH DB 1984, 2402; MüKom- Kramer Einl. Bd. II Rn. 90.

Die kraft Gesetzes eintretende Versagung eines generellen Lösungsrechtes bei nur teilweiser Befriedigung des Erfüllungsinteresses im Fall teilweiser Unmöglichkeit rechtfertigt es, dem Gläubiger kraft teleologischer Reduktion erst recht kein unbedingtes Lösungsrecht zu gewähren, wenn - wie im Dauerschuldverhältnis - sein Erfüllungsinteresse zumindest teilweise vollständig befriedigt wird⁶³³. Andererseits ist aber auch die Zubilligung eines Lösungsrechtes bei Fortfall des Interesses an der weiteren Leistung infolge teilweiser Nichterfüllung wertungsmäßig auf die vorübergehende Leistungsstörung übertragbar. Denn der strukturelle Unterschied, daß das Leistungsinteresse des Gläubigers einer teilweise unmöglichen Leistung nicht mehr zu befriedigen ist, wohingegen zukünftige Leistungen nach vorübergehender Unmöglichkeit, einem vorübergehenden Mangel, wieder zur vollständigen Erfüllung der (jeweiligen) Leistungsverpflichtung führen, spielt für den Rechtsgedanken des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB insoweit keine Rolle, als dieser mit dem Kriterium des Interessefortfalls allein an die zukünftige Erbringung der Restleistung anknüpft, das allgemeine Interesse an der Erfüllung der Gesamtleistung jedoch nicht mit einbezieht. Hinsichtlich der zukünftig wieder möglichen, ordnungsgemäßen Dauerleistung kann ein Interessefortfall ebenso vorliegen wie nach einer unvollständigen Teilleistung das Interesse an der Restleistung entfallen sein kann. Daher ist nach dem Rechtsgedanken des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB in der vorübergehenden schuldhaften Unmöglichkeit und dem vorübergehenden Mangel auch dann ein wichtiger Grund für die Kündigung zu erkennen, wenn die zukünftige Leistung für den Endkunden nicht mehr von Interesse ist⁶³⁴.

(B.) Kündigung und Schadensersatz

Wenn die vorübergehende, vom Schuldner zu vertretene Unmöglichkeit oder der Mangel nach diesem Maßstab nicht zur Kündigung berechtigt, kann der Gläubiger von vornherein nur den während des Zeitraums der Unmöglichkeit eingetretenen Schaden liquidieren oder die Minderung wählen, ohne den Vertrag zu suspendieren.

Übt der Gläubiger allerdings das an die Stelle der Totalrechte tretende außerordentliche Kündigungsrecht aus, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Kündigungsrecht und Schadensersatzanspruch. Denn nach § 325 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger bei schuldhafter Unmöglichkeit Rücktritt oder Schadensersatz nur in elektiver Konkurrenz geltend machen. Das würde bedeuten, daß Anbieter oder Endkunde nach Substitution der in §§ 325 Abs. 1, 635 BGB vorgesehenen Rechte durch die Kündigung nur die

⁶³³ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 348.

⁶³⁴ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 348, 358 (Konkretisierungsfunktion des Leistungsstörungenrechtes für den unbestimmten Rechtsbegriff des wichtigen Grundes).

Entscheidung bliebe, sich entweder vom Vertrag zu lösen oder den Nichterfüllungsschaden zu verlangen.

Diese normativ verankerte Alternativität beruht auf dem Gedanken der Gleichwertigkeit von Rücktritt und Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und kann damit bei Wegfall der rückwirkenden Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts nicht ohne weiteres gelten. Ganz anders als § 325 BGB sehen die §§ 628 Abs. 2 BGB, § 89 lit. a Abs. 2 HGB vor, daß die Kündigung aus wichtigem Grund mit einer Verpflichtung zum Ersatz des durch die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses verursachten Schadens wegen einer schuldhaften Pflichtverletzung des Schuldners einhergeht. Diese Regelungen haben ihre Ursache nicht in spezifischen Sonderlagen der entsprechenden Typen, sondern beinhalten einen allgemeinen Rechtsgedanken⁶³⁵: Der vertragstreue Teil soll nicht auf Kosten eines Schadensersatzanspruchs auf die durch das vertragswidrige Verhalten des anderen Teils verursachte Kündigung verwiesen werden. Nur der Schadensersatzanspruch kann einen Ausgleich für das Manko der Rückwirkung der Rechtsfolgen des außerordentlichen Kündigungsrechts schaffen. Der beim Rücktritt mit seinen in die Vergangenheit reichenden und damit dem Schadensersatzanspruch gleichwertigen Rechtsfolgen virulente Gedanke der Alternativität der Rechtsbehelfe greift daher bei der außerordentlichen Kündigung nicht durch⁶³⁶. Die Kumulierung von Schadensersatz und Kündigung beinhaltet demgegenüber eine interessengerechte Lösung des Dilemmas, entweder am Vertrag festhalten zu müssen oder Schadensersatz zu beanspruchen. Sie hat daher Geltung für alle Dauerschuldverhältnisse⁶³⁷.

Das bedeutet, daß der Endkunde bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung oder Interessefortfall das Rechtsverhältnis außerordentlich kündigen und all jene Schäden ersetzt verlangen kann, die ihm dadurch entstehen, daß er infolge der Kündigung den Anschluß in Zukunft nicht nutzen kann und zu einem anderen Anbieter wechseln muß⁶³⁸. Der nicht mit diesem Beendigungsschaden identische Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung für den während des Fortbestandes des Vertrages eingetretenen Unmöglichkeitzeitraum bleibt wegen der Unterschiedlichkeit der Ersatzinteressen von diesem Anspruch unberührt⁶³⁹.

⁶³⁵ RGRK- Denecke § 628 Rn. 5.

⁶³⁶ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 369.

⁶³⁷ BGH NJW 1969, 1845; NJW 1981, 1264, 1265; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 369 m.w.N..

⁶³⁸ Vgl. dazu für den Dauerlieferungsvertrag allgemein: Soergel- Huber Vor. § 433 Rn. 58.

⁶³⁹ Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 369 f..

(C.) Ordentliches Kündigungsrecht

Liegt ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nicht vor, ist bei Fehlen vertraglicher Beendigungsregeln der Abschluß des Vertrages mit einer dauerhaften rechtsgeschäftlichen Bindung beider Parteien verknüpft. Auf der Grundlage des das Schuldrecht bestimmenden Grundsatzes der allgemeinen Vertragsfreiheit ist eine ausdrückliche Bindung an den Vertrag ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB⁶⁴⁰ nicht zu beanstanden und mangels Regelungslücke eine analoge Anwendung gesetzlicher Kündigungsregeln ausgeschlossen⁶⁴¹.

Ist das ordentliche Kündigungsrecht allerdings nicht ausdrücklich exkludiert, kommt eine entsprechende Anwendung⁶⁴² der normierten Kündigungsregeln (§§ 564 f., 581, 620, 624, 723 HGB; 89 HGB) in Betracht⁶⁴³. Denn jeder Vertragspartner, der sich nicht ausdrücklich auf Dauer bindet, muß die Möglichkeit haben, auch unabhängig von Vertragsverletzungen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, irgendwann einmal vom Vertrag freizukommen⁶⁴⁴.

Diesbezügliche Gemeinsamkeiten aller Dauerschuldverhältnisse, die im Wege einer Rechtsanalogie fruchtbar gemacht werden könnten, bestehen jedoch nur insoweit, als diese überhaupt eine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung gewähren und die Ausübung dieses Gestaltungsrechts an den allgemeinen, für alle Kündigungserklärungen geltenden Regeln orientiert ist. Im Detail variieren die Voraussetzungen, die Fristen für die ordentliche Kündigung dagegen etwa in den §§ 564 Abs. 2, 565, 620 Abs. 2, 621, 622, 723 BGB erheblich. Ein konkretes Recht zur ordentlichen Kündigung kann daher nicht im Wege der Gesamtanalogie hergeleitet werden.

(D.) Ergebnis

Ein außerordentliches Kündigungsrecht, das als *lex specialis* an die Stelle des Rücktritts, der Wandelung und des großen Schadensersatzbegehrens

⁶⁴⁰ Vgl. dazu und zu einem etwaigen Verstoß gegen § 9 AGBG: Hahn, MMR 1999, 251, 255 f.. Im übrigen kann bei Vertragsverhältnissen über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen auch § 11 Nr. 12 a AGBG eingreifen.

⁶⁴¹ Vgl. BGH NJW-RR 1993, 1460; NJW-RR 1986, 982, 983; BGHZ 64, 288, 291. Insbesondere sind dabei die Interessen des Anbieters an einer langen Dauer der Vertragsbeziehung anzuerkennen, da er hohe Entwicklungs- und Vorhaltekosten aufwenden muß, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren.

⁶⁴² Ohne Begründung und offenbar ohne analoge Herleitung für eine Kündigung zum Schluß eines jeden Kalendervierteljahres: Imping, CR 1999, 425, 429.

⁶⁴³ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 II 4 b, S. 391.

⁶⁴⁴ Vgl. OLG München, NJW-RR 1996, 561, 561 f.; Staudinger-Schmidt, Vor §§ 241f. Rn. 328; MüKom-Kramer Vor. § 241 Rn. 87; Soergel-Teichmann § 241 Rn. 9.

tritt, ergibt sich aus einer Rechtsanalogie zu §§ 554 a, 626, 723 BGB. Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist vorbehaltlich vertraglicher Vereinbarungen die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung oder ein Interessefortfall analog § 325 Abs. 1 S. 2 BGB, bei einer einfachen Pflichtverletzung unter Umständen eine Abmahnung. Die Kündigung verpflichtet (rechts-) analog §§ 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB den Vertragspartner des Kündigenden zum Ersatz des Auflösungsschadens, soweit er die Kündigung pflichtwidrig verursacht hat.

bb. Gesetzesanalogie

Offen ist noch die Frage, wie die im Rechtsverhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden erkannte Regelungslücke bei den ordentlichen Kündigungsvorschriften interessengerecht zu schließen ist.

(A.) Anwendung dienstvertraglicher Normen

Im Gegensatz zum Werkvertragsrecht enthalten die §§ 611 ff. BGB umfangreiche Bestimmungen über die Beendigung des Rechtsverhältnisses. So wird gemäß § 620 BGB das Rechtsverhältnis mit Ablauf der Zeit außer Kraft gesetzt, für die es eingegangen wurde. Bei den auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen führt eine ordentliche Kündigung gemäß §§ 620 Abs. 2, 621 BGB bei Verträgen über eine Dauer von mehr als fünf Jahren eine Kündigung gemäß § 624 BGB zur Beendigung des Rechtsverhältnisses.

Die analoge Anwendung der §§ 620 Abs. 2, 621 BGB erfordert, daß die Interessenlage von Endkunde und Anbieter mit der diesen Vorschriften zugrunde liegenden vergleichbar ist. Das setzt nicht nur voraus, daß der Vertrag über die Empfangsleistung § 621 BGB entsprechende, an der Dauer der Vergütungsperiode anknüpfende, Abrechnungsabschnitte beinhaltet, sondern auch, daß die danach zu bestimmenden Fristen dem Interesse der Parteien gerecht werden.

Für die Kündigung des Vertrages über die Empfangsleistung hätte wegen der monatlichen Abrechnungsperioden die Anwendung des § 621 BGB zur Folge, daß die Kündigungserklärung spätestens am fünfzehnten eines Monats für den Schluß des Kalendermonats erfolgen müßte, § 621 Nr. 3 BGB. Für die Anwendung dieser Zweiwochenfrist spricht, daß die vergleichsweise kurze Frist dem Endkunden einen raschen Anbieterwechsel ermöglicht. Demgegenüber ist der Zeitraum zwischen Zugang der Kündigungserklärung des Anbieters und Beendigung der Rechtsbeziehung knapp bemessen. Denn der Endkunde wäre gehalten, sich um eine Anbindung an das Ortsnetz durch einen alternativen Anbieter binnen zwei Wochen zu kümmern. Angesichts der zur Herstellung des allgemeinen Netzzugangs

erforderlichen Infrastrukturmaßnahmen kann diese Frist den Interessen des Endkunden in der Regel nicht genügen⁶⁴⁵.

Entscheidend gegen die Anwendung der Kündigungsfrist des § 621 BGB spricht § 19 TKV. Diese Vorschrift normiert für die Fälle des Zahlungsverzuges des Endkunden als Voraussetzung für die Abgangssperre eine Frist von zwei Wochen nach schriftlicher Androhung und ermöglicht eine vollständige Zurückbehaltung der Anbieterleistung, die die Empfangsleistung mit umfaßt, erst nach einer einwöchigen Abgangssperre, beinhaltet also letztlich eine längere Frist als sie § 621 Nr. 3 BGB für eine ordentliche Kündigung bereitstellt. Die ordentliche Kündigung kann nicht systemkonform innerhalb einer Zweiwochenfrist möglich sein, wenn das weniger einschneidende Zurückbehaltungsrecht, das an die Tatbestandsvoraussetzung einer Vertragspflichtverletzung des Endkunden anknüpft, mit einer längeren Frist verbunden ist. § 621 BGB ist nicht analog anzuwenden.

§ 624 BGB statuiert zwar in S. 2 eine über den durch § 19 TKV vorgegebenen Rahmen hinausreichende (sechsmontige) Kündigungsfrist, stellt jedoch auf die übermäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit des Dienstverpflichteten ab und ist damit auf die Besonderheiten des dienstvertraglichen Rechtsverhältnisses zugeschnitten⁶⁴⁶. Eine diesem Rechtsgedanken äquivalente personenbezogene Bindung ist dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden nicht immanent, weshalb die analoge Anwendung des § 624 BGB, dessen Kündigungsfrist zudem dem Freiheitsinteresse des Endkunden kaum zu entsprechen vermag, nicht in Betracht kommt.

Die dienstvertraglichen Vorschriften über die ordentliche Kündigung sind dem Rechtsverhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden nicht angemessen.

(B.) Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen

Unter dem Gesichtspunkt der zwingenden Regelung in § 19 TKV ist die für das Gesellschaftsverhältnis bestehende jederzeitige Kündigungsmöglichkeit gemäß § 723 BGB ebenfalls nicht auf die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Endkunde zu übertragen. Zudem steht die jederzeitige Lösungsmöglichkeit im Widerspruch zum Recht zur außerordentlichen (fristlosen) Kündigung aus wichtigem Grund, an das besondere Voraussetzungen zu knüpfen sind. Sie ist zudem mit den berechtigten Interessen

⁶⁴⁵ Dieses Problem wird freilich durch den Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Unternehmen relativiert.

⁶⁴⁶ Vgl. Mugdan, Motive Bd. II, S. 466; Palandt- Putzo § 624 Rn. 1.

der Parteien an einer Übergangsfrist bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht zu vereinbaren. Schließlich liefe ein etwaiger Kontrahierungszwang leer, wenn das Rechtsverhältnis jederzeit beendet werden könnte⁶⁴⁷.

(C.) Anwendung mietrechtlicher Normen

Im Verhältnis zu den §§ 620 Abs. 2, 621 BGB sieht § 565 BGB je nach der Nutzungart oder der Beschaffenheit des Mietobjektes kürzere⁶⁴⁸, mit § 621 BGB übereinstimmende⁶⁴⁹ oder längere⁶⁵⁰ Kündigungsfristen vor.

Sind die Kündigungsfristen der §§ 620 Abs. 2, 621 BGB wegen ihrer Kürze auf das Rechtsverhältnis über die Empfangsbereitschaft nicht analog anzuwenden, kommt die Anwendung kürzerer oder gleich langer mietrechtlicher Kündigungsfristen nicht in Betracht. Zu erwägen ist somit die analoge Anwendung der Absätze 1, 1 a oder 2 des § 565 BGB.

Die Staffelung der Kündigungsfristen in diesen Vorschriften leitet ihre Berechtigung aus der vitalen Bedeutung des Mietverhältnisses für den Mieter her⁶⁵¹. Der Schutz des Mieters vor einem allzu überraschenden Ende des Schuldverhältnisses ist desto intensiver, die Kündigungsfristen sind desto länger, je mehr der private oder geschäftliche Lebensmittelpunkt des Mieters betroffen ist und je stärker aufgrund der verstrichenen Mietzeit mit der Wohnung und ihrem Ambiente verwachsen ist. Diese Proportionalität zwischen Stellenwert des Bestandes des Rechtsverhältnisses und Länge der Kündigungsfrist ist wesentlicher Grundgedanke der Regelung des § 565 BGB und muß bei einer analogen Anwendung der Kündigungsfristen auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunde Berücksichtigung finden.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen die speziellen Kündigungsfristen für Mietverhältnisse über Wohnraum und Geschäftsräume der Rechtsbeziehung zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden nicht angemessen. Denn dieser Rechtsbeziehung kann trotz des im ersten Teil

⁶⁴⁷ Vgl. zur Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel im Mobilfunkvertrag eines kontrahierungspflichtigen Anbieters gemäß § 9 AGBG: OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 889, 890.

⁶⁴⁸ Für Mietverhältnisse über bewegliche Sachen, § 556 Abs. 4 BGB.

⁶⁴⁹ Für Mietverhältnisse über möblierten Wohnraum als Teil der vom Vermieter selbst genutzten Wohnung, § 556 Abs. 3 BGB.

⁶⁵⁰ Für Mietverhältnisse über Grundstücke, Räume oder im Schiffsregister eingetragene Schiffe, § 556 Abs. 1 BGB; für Mietverhältnisse über Geschäftsräume, § 556 Abs. 1 lit. a BGB; für die Wohnungsmiete, § 556 Abs. 2 BGB.

⁶⁵¹ Vgl. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 16 II Nr. 4, S. 391; Medicus, Schuldrecht II, BT § 90 III, S. 117 ff..

dieser Untersuchung herausgearbeiteten Stellenwertes der Anbindung an Telekommunikationsinfrastrukturen eine der Wohnungs- oder Geschäftsraummiete äquivalente Bedeutung nicht zuerkannt werden⁶⁵².

Eine Regelung, die nicht auf derartigen speziellen Schutzerwägungen beruht, beinhaltet § 565 Abs. 1 BGB, der Kündigungsfristen für die Miete von Grundstücken und Räumen normiert, die nicht Wohnzwecken dienen und nicht Geschäftsräume sind. Bei analoger Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB müßte der Vertrag über die Empfangsbereitschaft gemäß § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB wegen der monatlichen Abrechnungsperiode spätestens am dritten Werktag eines Kalendermonats für den Ablauf des übernächsten Monats gekündigt werden, beträgt die Kündigungsfrist also nahezu drei Monate.

Diese Kündigungsfrist soll dem allgemeinen Erfordernis Rechnung tragen, einen Ausgleich zwischen den Interessen von Mieter und Vermieter zu schaffen. Zum einen sollen die Parteien im Hinblick auf die Dauer, die persönliche Bindung und die Bedeutung der Rechtsbeziehung längerfristige Dispositionen treffen können, zum anderen sollen die Übergangszeiten relativ lang sein, weil die Beschaffung einer Ersatzmietsache wie auch eines Ersatzmieters unter Umständen schwierig sein kann⁶⁵³. Andererseits wird dem Freiheitsinteresse der Parteien dadurch Rechnung getragen, daß eine über drei Monate hinausgehende Bindung nicht eintritt.

Diese Interessenlage spiegelt sich auch in der Beziehung zwischen Anbieter und Endkunde wieder. Beide Parteien haben einen Vertrag geschlossen, auf dessen Grundlage sie mit einer längeren Dispositionsmöglichkeit über die Leistung respektive mit einem entsprechenden Ertrag rechnen können. Insbesondere sind die Interessen des Anbieters an einer langen Dauer der Vertragsbeziehung anzuerkennen, da er hohe Entwicklungs- und Vorhaltekosten aufwenden muß, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren. Für den Endkunden kann die Neubeschaffung der für ihn besonders wichtigen Telekommunikationsinfrastruktur einige Zeit in Anspruch nehmen, weil deren Spezifika je nach der vorhandenen Infrastruktur und der Rufnummernportabilität⁶⁵⁴ vergleichsweise aufwendige

⁶⁵² So auch Hahn, MMR 1999, 586, 591.

⁶⁵³ Vgl. Medicus, Schuldrecht II, BT § 88 2 a, S. 104.

⁶⁵⁴ Obwohl diese Erschwernisfaktoren im Einzelfall variieren, kommt die Anwendung ab-gestufte Kündigungsfristen – etwa je nachdem, ob der Endkunde bei Abschluß eines Vertrages mit einem anderen Anbieter die Rufnummer behalten und auf einen bereits vorhandenen Anschluß zugreifen kann oder nicht – nicht in Betracht. Denn die Kündigungsfrist muß im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bei Abschluß des Vertrages feststehen und darf nicht von solchen Umständen abhängen, die Gegenstand eines anderen – im Kündigungszeitpunkt

Maßnahmen bedingen, die einen schnellen Anbieterwechsel nicht ohne weiteres ermöglichen. Die dreimonatige Kündigungsfrist eröffnet andererseits genügend Flexibilität für einen Anbieterwechsel und steht daher in Einklang mit den telekommunikationsrechtlichen Vorschriften.

Die an die Abrechnungsabschnitte anknüpfende Fristdauer des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB ist den wechselseitigen Interessen von Anbieter und Endkunden adäquat, was eine analoge Anwendung dieser Norm rechtfertigt.

(D.) Ergebnis

Die durch das Dauerelement auftretende Regelungslücke bei den Vorschriften über eine ordentliche Kündigung des Werkvertrages ist durch entsprechende Anwendung des § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB zu schließen.

7. Zusammenfassung und Ergebnis

Das Rechtsverhältnis über die Empfangsbereitschaft unterliegt wegen des absoluten Fixcharakters den für die (endgültige) Unmöglichkeit einer Leistung geltenden §§ 275, 323 ff. BGB.

Bei zufälliger Unmöglichkeit erlöschen die wechselseitigen Verpflichtungen für den Unmöglichkeitszeitraum nach §§ 275, 323 BGB, wohingegen der Anbieter gemäß § 645 Abs. 1 S. 1 BGB pro rata Vergütung für die bereits erbrachten Leistungen verlangen kann, wenn das Leistungshindernis aus der Sphäre des Endkunden stammt. Hat der Endkunde die Unmöglichkeit vertreten, behält der Anbieter gemäß § 324 BGB den Entgeltanspruch.

Bei einer praktisch häufigeren, vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit kann der Endkunde hinsichtlich des nicht erfüllten Teils den "kleinen Schadensersatzanspruch" wegen Nichterfüllung nach § 325 Abs. 1 BGB geltend machen. Die Lösung vom Vertrag durch Rücktritt nach § 325 Abs. 1 Alt. 2 BGB oder im Wege des "großen Schadensersatzanspruchs" gemäß § 325 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist ihm dagegen aufgrund teleologischer Reduktion dieser Normen verwehrt. Dafür kann er die Rechtsbeziehung (bei einfacher Pflichtverletzung des Vertragspartners unter Umständen nach Abmahnung) mit ex nunc- Wirkung außerordentlich kündigen, wenn dafür ein wichtiger Grund besteht, wozu die im Einzelfall zu bewertende Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung und unter entsprechender Anwendung der Regelungen über die teilweise Unmöglichkeit der Interessefortfall an weiterer Leistung gehört. Mit der Kündigung kann der Endkunde einen Anspruch auf Ersatz des Kündigungsschadens nach §§ 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB

noch gar nicht bekannten, jedenfalls aber noch nicht vollzogenen – Rechtsverhältnisses sind.

analog kumulieren. Der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der im Nichterfüllungszeitraum eintritt, bleibt davon unberührt.

Ist die Empfangsleistung im wesentlichen vertragsgemäß erbracht, greifen die werkvertraglichen Regeln mit folgender Maßgabe ein: An die Stelle der Abnahme tritt die Vollendung, die uno actu mit Erbringung der Leistung eintritt und die Wirkungen der Fälligkeit, des Gefahrübergangs und des Beginns der Verjährungsfrist auslöst.

Die werkvertraglichen Gewährleistungsregeln reduzieren sich auf das Recht, das Entgelt für den Zeitraum der mangelhaften Leistungserbringung zu mindern oder bei Verschulden des Anbieters den kleinen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Eine Nachfristsetzung ist gemäß § 634 Abs. 2 BGB stets entbehrlich. Die Wandelung und der große Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB werden durch das spezielle, unter den soeben erörterten Voraussetzungen stehende, Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund verdrängt. Dieses kann mit dem Anspruch auf Ersatz des Auflösungserschadens gemäß §§ 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB analog verbunden werden.

Eine ordentliche Kündigung ist vorbehaltlich eines ausdrücklichen Ausschlusses gemäß § 556 Abs. 1 Nr. 3 BGB analog möglich.

III. Nichtigkeitsgründe

Auf das Rechtsverhältnis über die Empfangsbereitschaft finden die Nichtigkeitsgründe des allgemeinen Teils des BGB, also Sittenwidrigkeit und Wucher (§ 138 BGB), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), Scheingeschäft (§ 117 BGB), Willenserklärung eines nicht (unbeschränkt) Geschäftsfähigen (§§ 105 Abs. 1, 106 ff. BGB), Dissens (§ 154 BGB) und Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) Anwendung.

1. Problematik

Bei Dauerschuldverhältnissen wirft die ex tunc- Wirkung dieser Vorschriften Probleme auf. Denn die Rückabwicklung des in Vollzug gesetzten, womöglich seit Jahren bestehenden Dauerschuldverhältnisses nach den §§ 812 ff. BGB ist schwierig. Sie wird in casu dadurch erschwert, daß die Empfangsbereitschaft nach (teilweisem) Vollzug des Dauerschuldverhältnisses nicht mehr in der Weise vorhanden ist, daß sie in natura zurückgewährt werden könnte. Eine Bestimmung ihres objektiven Wertes, der einen Ausgleich der Bereicherung nach § 818 Abs. 2 BGB ermöglichen würde, ist problematisch. Zudem stellt sich die Frage, ob der Endkunde sich für die in der Vergangenheit erbrachte Empfangsleistung auf den Wegfall der Bereiche-

rung gemäß § 818 Abs. 3 BGB berufen kann⁶⁵⁵, weil diese Leistung "verbraucht" und damit in seinem Vermögen gegenwärtig nicht mehr als Vorteil vorhanden ist. Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel an der (uneingeschränkten) Anwendung der Nichtigkeitsgründe und der aus ihnen resultierenden Rechtsfolgen.

2. Ausschluß von Nichtigkeitsfolgen - fehlerhaftes Dauerschuldverhältnis

Unter anderem Schwierigkeiten dieser Art haben für die in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisse und die fehlerhafte Gesellschaft Ansichten hervorgebracht, wonach in Anlehnung an §§ 273 ff. AktG, §§ 75 ff. GmbHG, §§ 16 ff. EheG die Folgen von Nichtigkeitsgründen auf die Zukunft beschränkt werden und für die Vergangenheit ein "faktisches" oder "fehlerhaftes" Vertragsverhältnis angenommen wird.

Diese Grundsätze sind indes nicht ohne weiteres auf das Rechtsverhältnis über die Empfangsleistung anzuwenden. Eine "allgemeine Lehre vom fehlerhaften Dauerschuldverhältnis" gibt es nicht⁶⁵⁶. Denn die stets beim Zusammentreffen von Dauerschuldverhältnis und Nichtigkeitsgrund auftretenden Rückabwicklungsschwierigkeiten, die auch bei anderen komplexen Rechtsgeschäften begegnen⁶⁵⁷ und den Vätern des BGB bekannt waren, berechtigen für sich betrachtet nicht dazu, die Anwendung der §§ 812 ff. BGB auf das in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnis auszuschließen.

Dementsprechend beruht auch die Anerkennung einer "fehlerhaften Gesellschaft" wie eines "faktischen Arbeitsverhältnisses" nicht allein auf dem Interesse an der Vermeidung von Rückabwicklungsproblemen.

Wesentlicher Argumentationstopos der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist vielmehr⁶⁵⁸ der Schutz des Vertrauens der Gesellschafter, der Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs in den Bestand der bereits in Vollzug gesetzten Gesellschaft. Dieser Vertrauensschutzgesichtspunkt ist es, der es rechtfertigt, die in Vollzug gesetzte Personengesellschaft als Gemeinschaftsverhältnis rechtlich anzuerkennen und die Auflösung der Gesellschaft nur durch Kündigung (§ 723 BGB) oder Auflösungsklage

⁶⁵⁵ Ablehnend insoweit unter dem Gesichtspunkt eines unter den Parteien begründeten Treueverhältnisses: Fikentscher § 79 II 3 b Rn. 868, S. 544, der die Rechtsfigur des faktischen Vertragsverhältnisses überhaupt für überflüssig hält.

⁶⁵⁶ Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 436 ff.; eine Anfechtung mit Wirkung für die Vergangenheit hält bei Dauerschuldverhältnissen dagegen stets für ausgeschlossen: Soergel-Teichmann § 241 Rn. 8.

⁶⁵⁷ Zu denken ist etwa an einen vielschichtigen Unternehmenskauf.

⁶⁵⁸ Daneben würde der Arbeitnehmer auch den Lohnschutz gegen Pfändung und Aufrechnung verlieren.

(§ 161 Abs. 2 HGB) zuzulassen. Und selbst unter diesen weiteren Voraussetzungen findet der Grundsatz der faktischen Aufrechterhaltung der Gesellschaft für die Vergangenheit nicht uneingeschränkt Anwendung. Eine Abwicklung der Gesellschaft nach §§ 812 ff. BGB erfolgt gleichwohl, wenn die Nichtigkeit des Vertrages auf einem Sittenverstoß beruht oder wenn Interessen der Allgemeinheit oder einzelner, insbesondere Minderjähriger, den Vorzug verdienen.

Auch für die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis⁶⁵⁹ ist nicht allein die Rückabwicklungsproblematik, sondern die Erwägung maßgeblich, daß unter dem Aspekt des Schutzes des Arbeitnehmers vor einer unentgeltlichen Hingabe seiner Arbeitskraft dessen Vertrauen in den Bestand des Arbeitsverhältnisses schützenswert ist. Diese Gesichtspunkte gebieten es, das Arbeitsverhältnis als faktisches für die Vergangenheit anzuerkennen, um so dem Arbeitgeber die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB zu versagen, so daß dem Arbeitnehmer der Anspruch auf Lohn- und Sozialansprüche erhalten bleibt. Auch diese Grundsätze gelten nicht uneingeschränkt, sondern müssen weichen, wenn die Arbeitsleistung selbst sittenwidrig oder strafbar ist, auf Grundlage eines Scheingeschäftes erbracht wurde oder ein Vertragspartner nicht voll geschäftsfähig ist⁶⁶⁰.

a. Sittenverstoß - Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot - fehlende Geschäftsfähigkeit

Keinen Bestand in der Vergangenheit hat das bereits vollzogene Dauer-schuldverhältnis also auch in den (mehr oder weniger) etablierten Ausnahmefällen einer fehlerhaften Gesellschaft und eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, wenn das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, ein gesetzliches oder behördliches Verbot oder den Minderjährigenschutz verstößt.

Wie in diesen Fällen stünde die faktische Anerkennung des Rechtsverhältnisses über die Empfangsbereitschaft, das gegen die §§ 134 f., 138 oder 105 ff. BGB verstößt, in offenem Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen, diesen Rechtsgeschäften eben keine Anerkennung zuteil werden zu lassen. Die auf der Grundlage einer solchen Vereinbarung erbrachten Leistungen können, und hier manifestiert sich der entscheidende Unterschied zu den bereits erbrachten Leistungen, die durch Rücktritt, Wandelung und kleinem Schadensersatz der Rückabwicklung anheim gestellt werden sollen, nicht zur Erfüllung führen, so daß ein Bestandsinteresse für diese Leistungen nicht zu konstatieren ist. Bei einem Verstoß im Sinne der §§ 134 f., 138 BGB und bei

⁶⁵⁹ Vgl. zum faktischen Arbeitsverhältnis: BAGE 12, 104; 14, 186; BAG NJW 1984, 446.

⁶⁶⁰ Siehe Palandt- Putzo § 611 Rn. 23; Fikentscher § 79 II 3 c Rn. 868.

Abschluß des Rechtsgeschäftes durch einen Minderjährigen ist also das Rechtsgeschäft mit ex tunc- Wirkung nichtig und daher – soweit nicht § 817 BGB entgegensteht - im Wege der *condictio indebiti* wechselseitig rückabzuwickeln.

b. Anfechtung gemäß § 123 BGB

Gegen die gesetzgeberische Wertung vermag sich das Interesse an der Vermeidung von Rückabwicklungsschwierigkeiten auch in den Fällen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und sittenwidriger Drohung gemäß § 123 BGB nicht durchzusetzen. Es besteht im Gegenteil überhaupt kein Anlaß, die auf der arglistigen Täuschung oder sittenwidrigen Drohung beruhende Leistungsbeziehung durch deren Anerkennung zu sanktionieren⁶⁶¹.

c. Anfechtung gemäß § 119 BGB / Dissens

Weniger eindeutig beantwortet sich die Frage, ob die Anfechtung die ihr grundsätzlich nach § 142 Abs. 1 BGB zugemessene ex tunc- Wirkung auch dann zeitigt, wenn sie wegen eines Irrtums erklärt wird und auch ein Dissens stets diese Rechtsfolge entfaltet. Anders als Gesetzesverstöße, Täuschungen und Drohungen schließt ein Irrtum nämlich prima facie nicht aus, das Vertrauen, das sich die Parteien in Vollziehung des Dauerschuldverhältnisses geschenkt haben, für so schützenswert zu erachten, daß die auf die Vergangenheit ausstrahlenden Wirkungen der Anfechtung teleologisch reduziert werden, mit der Folge, daß Anfechtung und Dissens ex nunc wirken und dadurch dem anderen Teil eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung versagt ist.

Allein, ein besonderer Vertrauens Gesichtspunkt, der der Intention äquivalent ist, den Arbeitnehmer vor einer unentgeltlichen Hingabe seiner Arbeitsleistung respektive den Rechtsverkehr vor der rückwirkenden Vernichtung der Gesellschaft zu schützen, findet sich in der Rechtsbeziehung zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden nicht wieder. Eine Reduktion des § 818 Abs. 3 BGB, der als Ausfluß des "*eigentlichen Grundgedankens des Bereicherungsrechts*"⁶⁶² bestimmt, daß zugunsten des gutgläubigen Empfängers nur die noch vorhandene Bereicherung abzuschöpfen ist, ist daher nicht durch Spezifika des Rechtsverhältnisses über die Empfangsleistung zu rechtfertigen. Das allgemeine Vertrauen, das alle Parteien eines auf Dauer angelegten Schuldverhältnisses in die Stabilität der Rechtsbeziehung setzen, kann die Rechtsfolgen von Nichtigkeitsgründen

⁶⁶¹ So insbesondere schon Freiburger, Nichtigkeit, S. 93 f., der im übrigen für Dauerschuldverhältnisse eine Abkehr von den allgemeinen Vorschriften fordert; vgl. auch Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 437.

⁶⁶² Vgl. Palandt-Thomas § 818 Rn. 27.

nicht beeinflussen. Dieser Erkenntnis folgend gelangen in der Rechtspraxis zu Recht die Nichtigkeitsgründe auch bei Dauerschuldverhältnissen wie Miete und Pacht uneingeschränkt zur Anwendung⁶⁶³.

3. Ergebnis

Die Anwendung der eng zu umgrenzenden Ausnahmefigur des "faktischen" Vertragsverhältnisses auf die Rechtsbeziehung über die Empfangsbereitschaft verbietet sich. Die wechselseitig erbrachten Leistungen sind bei Eingreifen von Nichtigkeitsgründen nach den §§ 812 ff. BGB zurückzugewähren.

IV. Ergebnis

Die Regelungen des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts sind mit den für Dauerschuldverhältnisse entwickelten Einschränkungen und Ergänzungen kraft teleologischer Reduktion und analoger Rechtsanwendung interessengerecht auf das die Empfangsleistung betreffende Rechtsverhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden anwendbar. Diese Rechtsbeziehung ist also werkvertraglich zu qualifizieren.

B. Der Dauerlieferungsvertrag

Die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden umfaßt neben dem Rechtsverhältnis über die Empfangsbereitschaft auch die Rechtsbeziehung über die einzelnen abgehenden Telekommunikationsverbindungen auf der Grundlage eines einheitlichen Dauerlieferungsvertrages.

I. Vertragsschluß

Der Dauerlieferungsvertrag kommt zugleich und nach denselben Regeln zustande wie der Vertrag über die Empfangsleistung.

II. Vertragswirkungen

Der Dauerlieferungsvertrag verknüpft als einheitliches Dauerschuldverhältnis Teillieferungen, die auf Abruf in Erfüllung dessen erbracht werden, was der Anbieter zur Zeit schuldet⁶⁶⁴. Die einzelnen Lieferungen bilden daher eine in sich vollständige und nicht lediglich eine Teilleistung⁶⁶⁵. Dieser Umstand gibt den Einzelleistungen eine relative Unabhängigkeit von den bereits bewirkten und noch nachfolgenden Leistungen. Vor diesem Hintergrund ist es geboten, die Einzelleistungen primär wie selbständige Vertragsleistungen zu behandeln und in ihren Wirkungen (zunächst) rechtlich einem Einzelvertrag

⁶⁶³ Vgl. dazu und zu abweichenden Ansichten: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 434.

⁶⁶⁴ BGH MDR 64, 112; BGHZ 10, 189. Fikentscher § 8 Nr. 7 Rn. 36.

⁶⁶⁵ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V 5, S. 429.

gleichzustellen⁶⁶⁶. Erst in einem zweiten Schritt ist der Einfluß von im Einzelrechtsverhältnis auftretenden Rechtsfolgen auf "das Ganze" zu analysieren⁶⁶⁷.

1. Die Einzellieferung in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindung

Die Einzellieferung in Form der Telekommunikationsverbindung teilt mit der Empfangsleistung den Rechtscharakter als Dauerwerkleistung und unterliegt grundsätzlich denselben Regeln.

Divergenzen, die abweichende Rechtsfolgen bedingen können, bestehen im Verhältnis zum Werk der Empfangsbereitschaft insoweit, als die Telekommunikationsverbindung nicht während der gesamten Dauer der Rechtsbeziehung erbracht wird, sondern vom Endkunden im Einzelfall abgerufen werden muß, dem Endkunden das Recht zusteht, das Einzelrechtsverhältnis über die Telekommunikationsverbindung jederzeit zu beenden und sich angesichts der primären Dauerlieferungsverpflichtung des Anbieters die Problematik der Beendigung der Rechtsbeziehung mit Wirkung für die Zukunft nicht im selben Maße stellt wie bei der Empfangsbereitschaft. Daraus ergeben sich für die rechtliche Behandlung der Rechtsbeziehung über die abgehende Telekommunikationsverbindung folgende Konsequenzen:

a. Zustandekommen

aa. Abruf durch den Endkunden

Das unselbständige Einzelrechtsverhältnis über die abgehende Telekommunikationsverbindung tritt in Kraft mit der Abrufhandlung am Anschluß des Endkunden, also der bei Ertönen des Freizeichens vorgenommenen Wahl der Rufnummer eines Anschlusses in dem selben Ortsnetz, durch die die vom Anbieter zu erbringende Einzelleistung hinreichend konkretisiert wird⁶⁶⁸.

bb. Abruf durch einen Dritten

Der Abruf geht nicht notwendig von demjenigen aus, der den Dauerlieferungsvertrag und den Vertrag über die Empfangsbereitschaft mit dem Anbieter geschlossen hat, vielmehr werden Teilnehmeranschlüsse auch von Dritten, etwa von Arbeitnehmern, Familienangehörigen oder Gästen des

⁶⁶⁶ Vgl. Musielak, Jus 1979, 96, 97.

⁶⁶⁷ Ständige Rechtsprechung und allgemeine Meinung (vgl. BGH NJW 1986, 125; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 34; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V.5., S. 429; Musielak, JuS 1979, 97).

⁶⁶⁸ Insoweit spielt es keine Rolle, ob der Abruf als reiner Realakt oder als geschäftsähnliche Handlung anzusehen ist.

Anschlußinhabers zu Telekommunikationszwecken genutzt. Die Anbieter wollen auch diese Abrufhandlungen dem Anschlußinhaber zurechnen und ihn zur Zahlung verpflichten⁶⁶⁹. Es fragt sich, ob durch die Nutzung des Anschlusses durch Dritte eine rechtsgeschäftliche Bindung zwischen dem Anschlußinhaber und dem Anbieter von Ortsverbindungen zustande kommt.

a. Stellvertretung

Eine den Klauseln der Anbieter kongruente rechtsgeschäftliche Drittwirkung des Abrufs kann im Wege der Stellvertretung gemäß § 164 Abs. 1 BGB herbeigeführt werden.

aa. Anwendbarkeit der Regeln über Willenserklärungen

Das setzt voraus, daß die Wahl der Rufnummer eine Willenserklärung ist, zumindest die Regeln über Willenserklärungen auf diese Willensäußerung entsprechend anwendbar sind.

(A.) Abruf als geschäftsähnliche Handlung

Die Anwahl eines anderen Teilnehmers ist zwar - wie erörtert - keine final auf Abschluß eines Vertrages gerichtete Willenserklärung, weil keiner der Beteiligten daran denkt, einen Vertrag zu schließen. Zumindest aber handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung, auf die die für Rechtsgeschäfte entwickelten Normen entsprechend anzuwenden sind⁶⁷⁰. Denn wer die Rufnummer eines anderen Teilnehmers anwählt, um den tatsächlichen Erfolg herbeizuführen, mit diesem Teilnehmer kommunizieren zu können, löst kraft des Dauerlieferungsvertrages bewußt die Verpflichtung des Anbieters zur Erbringung der Einzelleistung aus⁶⁷¹.

(B.) Problematik der automatisierten Willenserklärung

Bei analoger Anwendung der Regeln über Willenserklärungen können sich Zweifel an der Art des Zustandekommens der Einzelrechtsbeziehung durch Abruf regen, weil Anbieter und Endkunde bei einem einzelnen Telefonat nicht von "*Mensch zu Mensch*"⁶⁷² kommunizieren, sondern zumindest auf Anbieterseite allein Maschinen tätig werden, denen ein "Wille" schlechterdings nicht zuerkannt werden kann.

(I.) Eigene Willenserklärung eines Menschen

Indes ist anerkannt, daß die Tätigkeit von Maschinen, die als rechtsgeschäftliche Erklärung auslegbar ist, dem Betreiber dieser Maschine als

⁶⁶⁹ Dies entspricht der überkommenen Regelung. Vgl. etwa Aubert, Fernmelderecht, S. 122 für die Rechtslage unter dem Regime der FO.

⁶⁷⁰ So auch Fuchs- Wissemann, Abgrenzung, S. 152.

⁶⁷¹ Insoweit kann es keinen Unterschied ausmachen, ob die Rechtsfolge kraft Gesetzes oder kraft vorab getroffener vertraglicher Abrede eintritt.

⁶⁷² Werbebotschaft der Deutschen Telekom AG, insbesondere auf den Telefonbüchern.

dessen Willenserklärung zuzurechnen ist, selbst wenn dieser zuvor weder Inhalt noch Adressat der Erklärung kennt⁶⁷³. Grundlage hierfür ist die Erkenntnis, daß die automatisierte Erklärung eben nicht einen autonomen Willen der Maschine wiedergibt, sondern das Ergebnis eines logischen Datenverarbeitungsvorganges ist, über dessen "ob" und "wie" der Anlagenbetreiber entscheidet, die Willensäußerung also auf den menschlichen Willen zurückgeht⁶⁷⁴. Die automatisierte Erklärung ist also die eigene Willenserklärung eines Menschen.

(II.) Erklärungen unter Anwesenden / unter Abwesenden

Derartige Willenserklärungen sind als solche unter Abwesenden im Sinne von § 130 BGB anzusehen. Denn bei Erklärungen, die durch oder gegenüber Computern abgegeben werden, besteht die für Erklärungen unter Anwesenden kennzeichnende individuelle Nachfragemöglichkeit und die Möglichkeit zur sofortigen Überprüfung des materiellen Erklärungsgehaltes nicht. Auch spricht § 147 Abs. 1 S. 2 BGB bei einem Angebot unter Anwesenden, das mittels Fernsprecher abgegeben wird, von einem Antrag von "*Person zu Person*", der bei Kommunikation zwischen Maschinen gerade nicht vorliegt⁶⁷⁵.

(III.) Zugang

Der für die Wirksamkeit einer derartigen Willenserklärung unter Abwesenden gemäß § 130 Abs. 1 BGB erforderliche Zugang setzt voraus, daß die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, daß unter Zugrundelegung gewöhnlicher Umstände mit der Kenntniserlangung zu rechnen ist⁶⁷⁶.

Der Betreiber eines Computers muß sich den zur Entgegennahme von Erklärungen bereitgehaltenen Rechner als zu seinem Machtbereich gehörig zurechnen lassen⁶⁷⁷. Der Abruf der Einzelleistung gelangt also mit Eingang des entsprechenden Signals beim Vermittlungsrechner in den Machtbereich des Telekommunikationsdienstleisters. Allerdings wird der Anbieter regelmäßig keine Möglichkeit haben, von der Erklärung des Endnutzers Kenntnis zu erlangen, weil diese sofort elektronisch verarbeitet wird. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme ist allerdings ein verzichtbarer Bestandteil des Zugangs. Da der Betreiber des Computers von der individuellen Erklärung des Kunden

⁶⁷³ Vgl.: Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, S. 307; H. Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

⁶⁷⁴ So: Medicus, AT § 21 Rn. 256; Köhler, AcP 182 (1982), 128, 134; Mehrings, MMR 1998, 30; H. Redeker, NJW 1984, 2390; Schwoerbel, Automation als Rechtstat-sache, S. 41.

⁶⁷⁵ So auch H. Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

⁶⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1980, 990; Palandt-Heinrichs § 130 Rn. 3.

⁶⁷⁷ Vgl. Palandt-Heinrichs, § 130 Rn. 5.

vor der Verarbeitung keine Kenntnis nehmen will und dies auch für das weitere Schicksal der Erklärung nicht erforderlich ist, liegt in der Verarbeitung der Verzicht auf die Kenntnisnahme⁶⁷⁸. In Modifizierung des Zugangsbegriffes ist daher Zugang zu konstatieren, wenn nach den getroffenen Vereinbarungen die Möglichkeit der Verarbeitung der Erklärung besteht⁶⁷⁹. Folglich erlangt die geschäftsähnliche Handlung des Abrufs Wirksamkeit in dem Augenblick, in dem das auf Herstellung einer einzelnen Ortsverbindung gerichtete Signal im Vermittlungsrechner des Anbieters ankommt⁶⁸⁰.

(C.) Ergebnis

Die Regeln über Willenserklärungen unter Abwesenden sind auf den Abruf der Einzelleistung durch den Endkunden unter Modifizierung des Zugangsbegriffs entsprechend anwendbar.

bb. Bevollmächtigung

Die analog anzuwendenden Regeln über die Stellvertretung setzen für eine rechtsgeschäftliche Bindung des Vertretenen gemäß § 164 Abs. 1 BGB voraus, daß der Anrufer zum Abschluß des Rechtsgeschäfts bevollmächtigt ist und im Rahmen seiner Vertretungsmacht offenkundig im Namen des Anschlußinhabers handelt.

Mit ausdrücklicher oder konkludenter (beschränkter General-) Vollmacht werden regelmäßig Arbeitnehmer handeln, die unternehmensbezogene Telefonate führen sowie Familienangehörige oder Gäste, denen die Nutzung des Telefons generell gestattet ist⁶⁸¹.

cc. Offenkundigkeit - Handeln "unter fremdem Namen"

Die in Ausübung dieser Vollmacht getätigten Rechtsgeschäfte wirken nur dann gemäß § 164 Abs. 1 BGB für und gegen den Vertretenen, wenn sie offenkundig im Namen des Vertretenen geschlossen wurden. Nimmt ein Dritter unter Benutzung des "fremden" Anschlusses eine geschäftsähnliche Handlung vor, wird für den Adressaten aber nicht erkennbar, daß überhaupt ein anderer als der Vertragspartner des Dauerlieferungsvertrages handelt. Der Anbieter mag die Anschlußnummer und damit Name und Adresse des Teilnehmeranschlußinhabers kennen; wer tatsächlich telefoniert, weiß er

⁶⁷⁸ So auch Mehrings, MMR 1998, 30, 33.

⁶⁷⁹ So auch: Kilian, in Kilian/Heussen [Hrsg.], Computerrechts- Handbuch, 20. Kapitel Rn. 22; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, S. 309; Köhler, AcP 1982, 126, 142; Mehrings, MMR 1998, 30, 33.

⁶⁸⁰ Weicht der Erklärungsinhalt dieses Signals wegen eines Irrtums des Endkunden in der Erklärungshandlung von dessen Willen ab, liegt ein Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 Abs.1 Alt. 2 BGB vor. Nach wirksamer Anfechtung tritt somit an die Stelle des Primäranspruchs der Anspruch aus § 122 BGB.

⁶⁸¹ Im übrigen kann auch ein Ehegatte den anderen gemäß § 1357 BGB binden.

dagegen nicht. Den Anbietern bleibt daher nichts anderes übrig, als zu unterstellen, daß der Anschlußinhaber handelt. Soweit eine andere Person als der Teilnehmer den Anschluß benutzt, handelt sie also unter dessen Namen. Für das somit einschlägige Rechtsinstitut des "Handelns unter fremdem Namen" gelten die gleichen Regeln wie beim Handeln "in fremdem Namen"⁶⁸², wenn nicht die jeweilige Erklärung dem unter fremdem Namen Handelnden zugerechnet werden kann, weil dem Geschäftspartner die Identität des Kontrahenten gleichgültig ist⁶⁸³. Da der Anbieter mit der Telekommunikationsverbindung in Vorleistung tritt, ist es ihm nicht gleichgültig, ob er mit dem Anrufer oder mit dem Partner des "*Teilnehmeranschlußvertrages*" kontrahiert. Es gelten also die Vertretungsregeln⁶⁸⁴.

dd. Ergebnis

Das Einzelrechtsverhältnis über die abgehende Telekommunikationsverbindung kommt bei Nutzung des Anschlusses durch Dritte gemäß § 164 Abs. 1 BGB analog zwischen den Vertragspartnern des Dauerlieferungsvertrages zustande, wenn der Dritte im Rahmen der Vertretungsmacht handelt.

ee. Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Dieses Ergebnis legt es nahe, daß sich der Anschlußinhaber auf das Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Bindung berufen kann, wenn weder er selbst, noch eine von ihm bevollmächtigte Person die Telekommunikationsdienstleistung des Anbieters über seinen Anschluß in Anspruch genommen und er das Rechtsgeschäft des vollmachtlosen Vertreters auch nicht genehmigt hat (§ 177 BGB).

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Vertragspartner des Dauerlieferungsvertrages nach den Regeln über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht durch das Verhalten des Anrufers gebunden wird. Diese Grundsätze beruhen auf dem Rechtsgedanken, daß dem Geschäftspartner eine Nachprüfung der Bevollmächtigung nicht zuzumuten ist, weil das Verhalten des Vertretenen auf das Bestehen einer Vollmacht schließen läßt⁶⁸⁵. Für das Handeln unter fremdem Namen bedeutet das, daß unter Umständen das Vertrauen des Geschäftspartners in das Eigenhandeln des Vertretenen geschützt wird. Der Namensträger haftet, wenn er das Verhalten des unter seinem Namen Handelnden entweder kannte und trotz Verhinderungsmöglichkeiten duldete oder wenn er es hätte kennen müssen und verhindern

⁶⁸² Vgl. BGHZ 45, 193.

⁶⁸³ Vgl. H. Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

⁶⁸⁴ Die Vertretungsregeln kommen also quasi in "doppelter Analogie" zur Anwendung.

⁶⁸⁵ Vgl. Palandt-Heinrichs § 173 Rn. 9.

können und der Dritte nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, daß der Namensträger selbst handele und es verhindern könne, daß ein anderer handelt⁶⁸⁶.

Ordnet der Rechner im Vermittlungsknoten dem Anschlußinhaber die Erklärung zu, die von einem anderen stammt, wird auf Anbieterseite das Vertrauen geweckt, der Anschlußinhaber handele selbst. Wann der Anschlußinhaber unter dem Gesichtspunkt einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht haftet, verschließt sich allerdings einer generellen Beurteilung und kann nur im Einzelfall beantwortet werden. Zu berücksichtigen ist insoweit, daß derjenige, der den Dauerlieferungsvertrag mit dem Anbieter geschlossen hat, nicht durch die Erklärungen Dritter verpflichtet werden kann, wenn er alles ihm Zumutbare unternommen hat, um seinen Anschluß gegen unbefugte Ingebrauchnahme zu sichern. Allein der Umstand, daß der Inhaber einen Anschluß betreibt, reicht also nicht aus, anzunehmen, der Teilnehmer dulde bewußt die Inanspruchnahme des Anschlusses durch Dritte oder verhindere sie trotz Kenntnis und Verhinderungsmöglichkeit nicht⁶⁸⁷.

b. Vertrag zugunsten Dritter

Vertragsgestaltungen zugunsten Dritter mit dem Anschlußinhaber als Versprechensempfänger, dem Anbieter als Versprechendem und dem Anrufer als Drittem könnten dem Anbieter gemäß § 328 BGB bei jeder Nutzung des Anschlusses durch den insoweit berechtigten Dritten einen Anspruch gegen den Anschlußinhaber verschaffen. Das setzt voraus, daß Anbieter und Anschlußinhaber übereingekommen sind, daß der Dritte dergestalt in den Vertrag einbezogen ist, daß er gegen den Anbieter einen eigenen Anspruch erlangt (echter Vertrag zugunsten Dritter), zumindest aber der Anbieter an den Anrufer mit befreiender Wirkung leisten kann (unechter Vertrag zugunsten Dritter)⁶⁸⁸.

Daß der Anschlußinhaber kraft der Vereinbarung, die ihm die Eintrittspflicht für sämtliche durch Dritte verursachten Rechnungsbeträge auferlegen soll, jeden vertraglich begünstigen will, der seinen Anschluß benutzt, ist jedoch insbesondere deshalb nicht anzunehmen, weil "Unbefugte" nach dem Willen des Endkunden erkennbar eben nicht in den Genuß der Vertragsleistung kommen sollen. Der Anrufer ist also nicht im Sinne eines Vertrages

⁶⁸⁶ Vgl. (für den Bildschirmtext) OLG Oldenburg NJW 1993, 1400; OLG Köln NJW 1994, 177, 178; LG Ravensburg NJW 1992, 111; dazu und zu Bedenken wegen der Involvierung von Maschinen auch: H. Redeker, NJW 1984, 2390, 2391 f..

⁶⁸⁷ So auch Grote, K&R 1998, 61, 62.

⁶⁸⁸ Vgl. Palandt-Heinrichs Einf. v. § 328 Rn. 1.

zugunsten Dritter in die Rechtsbeziehung zwischen Anbieter und Anschlußinhaber eingebunden.

c. Obhutspflichtverletzung

Die Haftung des Anschlußinhabers für Rechtsgeschäfte, die ein Dritter tätigt, kann sich schließlich unter dem Gesichtspunkt einer positiven Vertragsverletzung wegen einer Obhutspflichtverletzung ergeben⁶⁸⁹. Derartige Schadensersatzansprüche können jedoch eine rechtsgeschäftliche Leistungsbeziehung zwischen den Vertragspartnern des Dauerlieferungsvertrages nicht begründen.

cc. Ergebnis

Die Rechtsbeziehung über die abgehende Telekommunikationsverbindung kommt durch Abruf in Form der Anwahl eines anderen Teilnehmeranschlusses innerhalb desselben Ortsnetzes zustande. Ruft nicht der Anschlußinhaber selbst die Leistung ab, kann die Einzelrechtsbeziehung nur dann zwischen ihm und dem Anbieter entstehen, wenn die handelnde Person im Rahmen der ihr erteilten Vertretungsmacht tätig wird, ihr Verhalten dem Anschlußinhaber nach Rechtsscheingrundsätzen zuzurechnen ist oder der Anschlußinhaber das zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksame Rechtsgeschäft des vollmachtlosen Vertreters genehmigt. Bei Eheleuten kann die Bindung zudem aus § 1357 BGB resultieren⁶⁹⁰.

b. Vertragswirkungen

Für die Vertragswirkungen ist neben dem bereits festgestellten Synallagma zwischen den einzelnen Werkleistungen und der Pflicht zur Entrichtung des Verbindungsentgelts wiederum die Abnahme von zentraler Bedeutung.

aa. Abnahme, Fälligkeit, Gefahrübergang und Verjährung

Für die Abnahme und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen gelten die Ausführungen zur Empfangsleistung entsprechend:

(A.) Abnahme

Eine Abnahme im Sinne des zweigliedrigen Abnahmebegriffs kommt nicht in Betracht, weil die Telekommunikationsverbindung unkörperliches Werk ist, eine körperliche Entgegennahme somit nicht erfolgen kann.

Eine die Abnahme substituierende ausdrückliche Billigung der Anbieterleistung ist nicht feststellbar. Einziger Ansatzpunkt für ein Verhalten des Endkunden, das als schlüssige Billigungserklärung auszulegen sein könnte, ist

⁶⁸⁹ So auch Grote, K&R 1998, 61.

⁶⁹⁰ Vgl. Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz D 01.100 Rn. 15 f..

die Betätigung des Unterbrecherkontaktes, also das Auflegen des Hörers zwecks Beendigung einer Telekommunikationsverbindung. Dem Schließen des Unterbrecherkontaktes kommt jedoch vom maßgeblichen Empfängerhorizont nicht der objektive Erklärungswert der Anerkennung der Leistung zu. Denn der Endkunde betätigt den Unterbrecherkontakt aus verschiedenen Gründen, insbesondere auch - und vielleicht sogar besonders heftig und häufig - bei einer nicht vertragsgemäßen Leistung, wenn also eine Billigung gerade nicht in Betracht kommt. Zudem muß die Unterbrechung der Telekommunikationsverbindung nicht notwendig durch den Besteller erfolgen; genausogut kann der Zielteilnehmer den Hörer auflegen und so die Verbindung beenden. Dessen Erklärungen muß der Besteller aber nicht gegen sich gelten lassen.

Nach der Beschaffenheit des Werkes ist also die Abnahme ausgeschlossen, so daß gemäß § 646 BGB an ihre Stelle die Vollendung des Werkes tritt. Vollendung ist bei dem Dauerschuldverhältnis über die Telekommunikationsverbindung nach jedem der sich kontinuierlich aneinanderreihenden Leistungsabschnitte für den bereits absolvierten Leistungszeitraum zu konstatieren, liegt also vor, solange der Anbieter die Telekommunikationsverbindung erbringt.

(B.) Fälligkeit, Gefahrübergang und Verjährung

Das bedeutet, daß die Folgen der Abnahme unmittelbar nach Errichtung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung für die bereits erbrachten Leistungsetappen eintreten.

Die Verbindungsentgelte werden folglich gemäß § 641 Abs.1 BGB sofort nach Erbringung der Leistung fällig⁶⁹¹.

Unter dem Gesichtspunkt des Übergangs der Leistungsgefahr ist der Zeitpunkt der Vollendung allenfalls von akademischem Interesse. Denn der Anbieter ist aufgrund der Primärverpflichtung aus dem Dauerlieferungsvertrag ohnehin gehalten, die Leistung auf Abruf des Endkunden jederzeit (neu) zu erbringen.

⁶⁹¹ Kraft Parteivereinbarung soll nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen einiger Anbieter der Fälligkeitszeitpunkt dagegen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung verlagert sein. Vgl. dazu und zu Kollisionsfragen mit der Verjährungsbestimmung in § 8 TKV: Hahn, MMR 1999, 586, der Fälligkeitsklauseln für bedenklich hält, die Zugang oder Erhalt der Rechnung zum Anknüpfungspunkt für den Verjährungsbeginn bestimmen, weil es dann der Anbieter in der Hand hätte, über den Beginn der Verjährungsfrist der eigenen Forderung zu disponieren.

Praktische Bedeutung gewinnt der Vollendungszeitpunkt für die Frage der Vergütungsgefahr. Das Risiko des Anbieters, für die Errichtung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung eine Vergütung nicht zu erhalten, geht nach §§ 644 Abs. 1 S. 1; 646 BGB mit der Vollendung, also unmittelbar nach jedem Leistungsabschnitt auf den Endkunden über. Als Konsequenz kann der Anbieter diejenige Vergütung verlangen, die der Endkunde als Äquivalent für den Zeitraum schuldet, in dem die Telekommunikationsverbindung aufrechterhalten wurde. Bricht also die Telekommunikationsverbindung (womöglich nach Stunden) ab, steht dem Anbieter unabhängig von der Ursache der Beendigung der Leistungsbeziehung das vom Entgeltzähler für den verstrichenen Leistungszeitraum ermittelte Verbindungsentgelt zu.

Für die an den Vollendungszeitpunkt anknüpfende Verjährungsfrist des § 638 BGB kommt es bei den vergleichsweise kurzen Telefonaten in aller Regel nicht darauf an, ob ihr Beginn auf den Zeitpunkt der erstmaligen oder letzten Leistungserbringung fixiert wird. In konsequenter Anwendung des § 646 BGB ist auf den jeweiligen Vollendungszeitpunkt abzustellen. Die damit verbundene Anbindung an unterschiedliche Zeitpunkte des Verjährungsbeginns wirkt angesichts des ausgefeilten Regelwerks über die Fristberechnung im Allgemeinen Teil des BGB keine besonderen Probleme auf.

(C.) Ergebnis

Nach Adaption auf den Dauerschuldcharakter sind die werkvertraglichen Vorschriften über Abnahme, Fälligkeit, Gefahrübergang und Verjährung friktionslos auf die Anbieterverpflichtung zur Herstellung und Aufrechterhaltung sprachgeeigneter Telekommunikationsverbindungen anwendbar.

bb. Leistungsstörungen

Eingedenk der entsprechenden Erörterungen zur Empfangsbereitschaft ist zweifelhaft, ob das auch für Leistungsstörungen gilt, die in der Form auftreten, daß die Telekommunikationsverbindung gar nicht erst erbracht oder ohne Zutun der Teilnehmer abgebrochen wird oder ein Mangel die Qualität der versprochenen Telekommunikationsdienstleistung beeinträchtigt.

(A.) Unmöglichkeit und Verzug

Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung von niemandem erbracht werden kann⁶⁹².

⁶⁹² Vgl. Palandt-Heinrichs § 275 Rn. 4.

(I.) Tatbestandliche Voraussetzungen - Fixcharakter

Wird die Telekommunikationsverbindung nicht in dem Augenblick errichtet, in dem der Endkunde sie abrufen oder bricht sie nach erfolgreichem Aufbau ohne Zutun der Teilnehmer ab, ist die Anbieterleistung unmöglich geworden, wenn es sich um eine absolut fixe Leistung handelt, die Telekommunikationsverbindung also nicht nachholbar ist. Im übrigen liegt unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB Verzug vor.

Wählt der Endnutzer die Rufnummer eines anderen Teilnehmers, will er diesen in aller Regel sofort und nicht nur irgendwann einmal erreichen. Freilich kann im Einzelfall auch der Aufbau einer Verbindung zu einem späteren Zeitpunkt das Anbieterinteresse befriedigen. Eine einzelfallabhängige Beurteilung der Nachholbarkeit der Leistung je nachdem, ob der Endkunde auch mit einem späteren Aufbau der Verbindung zufrieden ist, widerspricht jedoch dem Gebot der Praktikabilität und dem Prinzip der Maßgeblichkeit des bei Vertragsschluß erkennbaren Interesses. Denn die innere Tatsache, ob es dem Endkunden auf den Aufbau der Verbindung gerade beim ersten Versuch ankommt oder ihm auch ein späterer Verbindungsaufbau reicht, tritt nicht nach außen hervor. Nach der erkennbaren, von beiden Vertragspartnern bei Abschluß des Vertrages zugrunde gelegten Interessenlage ist die einzelne Verbindung "*auf den Augenblick*"⁶⁹³ bezogen. Wird sie in dem vom Anbieter gewünschten Zeitpunkt nicht hergestellt, ist sie unwiederbringlich gescheitert und damit (vollständig) unmöglich geworden⁶⁹⁴.

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß es Ausnahmefälle gibt, in denen der Aufbau einer Telekommunikationsverbindung nach den Parteivereinbarungen gar nicht geschuldet ist. Das ist zum einen der Fall, wenn der Verbindungsaufbau daran scheitert, daß der Anschluß des Zielteilnehmers nicht empfangsbereit ist. Zum anderen ist unter sorgfältiger Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu ermitteln, ob der Endkunde im Einzelfall die durch eine Überlastung der Netzkapazität entstehenden Leistungsausfälle hinzunehmen hat⁶⁹⁵. Und schließlich werden, zumindest nach dem Willen der Anbieter, die 3% aller Verbindungsversuche nicht den Unmöglichkeitensregeln unterstellt, in denen sich die Wahrscheinlichkeit realisiert (Durchlaßwahrscheinlichkeit), daß eine Verbindung nicht aufgebaut wird, respektive die "technischen und betrieblichen Möglichkeiten" des Anbieters einen Verbindungsaufbau nicht zulassen.

⁶⁹³ So Schöpflin, BB 1997, 106 für den Mobilfunkvertrag.

⁶⁹⁴ Im Ergebnis auch: Grote, BB 1998, 1117, 1119 (ohne Begründung).

⁶⁹⁵ Zu denken ist etwa an den bereits erwähnten Telefonversuch in der Silvesternacht.

Diese Einschränkungen der Primärpflichten schließen nicht nur mitunter Sekundäransprüche von vornherein aus. Die durch die beschriebenen Ungewißheiten bei beiden Parteien begründeten Zweifel am jederzeitigen Leistungsvermögen des Schuldners lassen auch den Schluß zu, daß den Anbieter eine Garantiehafung wegen anfänglichen Unvermögens nach dem Parteiwillen nicht treffen kann, die Unmöglichkeit der Leistung vielmehr nachträglicher Natur ist, weil sich das ungewisse Leistungshindernis erst nach Abschluß des Sukzessivlieferungsvertrages und auch nach Abruf der Einzelleistung realisiert.

(II.) Rechtsfolgen

An die nachträgliche Unmöglichkeit knüpft das BGB die bereits erörterten Rechtsfolgen der §§ 275, 323 ff. BGB an. Diese sind auf den Zeitraum "*wertungsmäßiger Vergleichbarkeit*", also auf die Dauer der jeweiligen Störung zu beschränken.

(1.) Von niemandem zu vertretende Unmöglichkeit

Ist die Unmöglichkeit von niemandem zu vertreten, gibt es für die Parteien nichts weiter zu tun: Verbindungsentgelte, die dem Anbieter wegen § 323 BGB für den Zeitraum der Unmöglichkeit nicht zustehen, fallen, da der "Gebühren"zähler nur solange "tickt", wie die Verbindung "steht", erst gar nicht an. Und die zugunsten des Anbieters eintretende Schuldbefreiung nach § 275 BGB greift nur ein, "soweit" die Leistung unmöglich geworden ist, läßt also bereits erbrachte Leistungssegmente ebenso wie zukünftige Verpflichtungen unberührt.

(2.) Vom Endkunden zu vertretende Unmöglichkeit

Hat der Endkunde das Leistungshindernis sogar zu vertreten, behält der Anbieter gemäß § 324 Abs. 1 S. 2 BGB den Vergütungsanspruch. Diese Situation kommt in der Praxis jedoch nicht vor. Denn der Endkunde vermag schwerlich, die Leistung des Anbieters zu vereiteln. Vor allem aber ist der Endkunde nicht verpflichtet, die Einzellieferung abzurufen. Und er kann die bei Abruf einer Telekommunikationsverbindung entstehende Leistungsbeziehung jederzeit ohne Angabe von Gründen beenden. Der Endkunde muß daher nur für die tatsächlich erbrachte Telekommunikationsdienstleistung zahlen; nur deren Umfang wird auch vom Anbieter ermittelt und in Rechnung gestellt. Die Geltendmachung einer Vergütung für solche Telekommunikationsverbindungen, die der Endkunde an sich geplant hatte, deren Realisierung dem Anbieter jedoch unmöglich war, weil der Endkunde die Funktionsfähigkeit der Telekommunikationseinrichtungen beeinträchtigt

hat, ist damit mangels verifizierbarer Bezugsgröße praktisch ausgeschlossen⁶⁹⁶.

(3.) Vom Anbieter zu vertretende Unmöglichkeit

Ist dem Anbieter die Verpflichtung, die Telekommunikationsverbindung zu errichten und aufrechtzuerhalten, aufgrund eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, erlischt nicht nur sein Anspruch auf die Vergütung (erst recht); vielmehr sieht er sich den weitergehenden Ansprüchen des Endkunden aus § 325 Abs. 1 BGB ausgesetzt.

Diese Rechte sind für den Endkunden insoweit nicht von Interesse, als es ihm nicht darum zu tun ist, die Leistungsbeziehung mit Wirkung für die Zukunft zu beenden. Dieses Recht, das Telefonat zu beenden, steht ihm nämlich schon kraft vertraglicher Vereinbarung zu⁶⁹⁷. Allerdings könnte der Endkunde mit Ausübung des Rücktrittsrechts oder Beanspruchung des großen Schadensersatzes auch die bereits erbrachten Leistungen in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis einstellen. Die damit verbundene Mißachtung des Interesses am Bestand der bereits mit Erfüllungswirkung ordnungsgemäß erbrachten Leistungsabschnitte führt nicht nur zum Ausschluß der rückwirkenden Folgen der Totalrechte aufgrund teleologischer Reduktion, sondern zu deren Substitution durch das spezielle Kündigungsrecht aus wichtigem Grund.

Mit dem verbleibenden "kleinen Schadensersatzanspruch" kann der Endkunde unter Beachtung der zeitlichen Dimension der Unmöglichkeit den durch die Störung entstandenen Nichterfüllungsschaden liquidieren.

(4.) Schadensminderungspflicht

Häufig wird indes der Endkunde mit der Behauptung, daß der Ausfall der Telekommunikationsinfrastruktur für einen vorübergehenden Zeitraum einen Schaden verursacht hat, auf substantiierten Einwand des Anbieters schon deshalb nicht durchdringen, weil dieser Schaden durch Nutzung des Dienstleistungsangebots, also Aufbau einer anderen Telekommunikationsverbindung - auch zu einem späteren Zeitpunkt - verhindert, zumindest aber begrenzt werden konnte, die aus § 254 BGB resultierende Schadensminderungspflicht also den Anspruch (weitgehend) vereitelt.

(5.) Zwischenergebnis

Da es sich bei der Telekommunikationsverbindung um eine absolute Fixleistung handelt, liegt nachträgliche Unmöglichkeit vor, wenn die Verbindung

⁶⁹⁶ Aus diesem Grund kommt auch ein Anspruch des Anbieters aus § 645 Abs.1 S.1 BGB nicht in Betracht.

⁶⁹⁷ Gleichwohl ist der Gläubiger unproblematisch zum Rücktritt berechtigt, wenn von vornherein überhaupt keine Schuldnerleistung erbracht wird.

nicht in dem vom Endkunden gewünschten Zeitraum erbracht wird. Die Regeln des Allgemeinen Schuldrechts über die vollständige Unmöglichkeit bezogen auf den Zeitraum der Nichterbringung der Leistung kommen daher mit den bereits im Rechtsverhältnis über die Empfangsleistung erörterten Modifikationen zur Anwendung.

(B.) Gewährleistung

Nach Vollendung der Dauerwerkleistung bestimmen sich die Rechtsfolgen von Mängeln nach den §§ 634 ff. BGB.

(I.) Tatbestandliche Voraussetzungen

Ob die Telekommunikationsverbindung fehlerhaft ist oder ihr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, richtet sich nach den den Sollzustand festlegenden Parteivereinbarungen.

Zugesichert ist die Tauglichkeit der Telekommunikationsverbindung zur Übermittlung von Sprache. Denn der Unternehmer verspricht, die Telekommunikationsverbindung zum Zweck der Sprachkommunikation zu errichten⁶⁹⁸. Ermöglicht die Verbindung Sprachkommunikation nicht, fehlt eine zugesicherte Eigenschaft.

Ist der Austausch von Sprache nur eingeschränkt möglich, liegen also etwa Störungen durch Rauschen, Nachhallgeräusche, fremde Stimmen, geringe Übertragungsraten usw. vor, mit denen der Endkunde entsprechend der Vereinbarung mit dem Anbieter unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung nicht zu rechnen braucht⁶⁹⁹, ist die Tauglichkeit dieser Verbindung zum vertragsgemäßen Gebrauch wenigstens gemindert, so daß ein Fehler vorliegt.

(II.) Rechtsfolgen

Mangelbeseitigungs- (Neuherstellungs-) und Aufwendungsersatzansprüche kommen als Gewährleistungsansprüche des Endkunden wegen des Fixcharakters der Telekommunikationsverbindung nicht in Betracht, weil die

⁶⁹⁸ Einer Übernahme der Eintrittspflicht für alle Konsequenzen, die sich aus dem Nichtvorliegen der Eigenschaft ergeben, ist - anders als im Kaufrecht - im Werkvertragsrecht nicht Voraussetzung für die Annahme einer Eigenschaftszusicherung (vgl. BGH NJW-RR 1996, 783; Palandt-Thomas § 633 Rn. 3).

⁶⁹⁹ Da der Maßstab für das Vorliegen eines Fehlers maßgeblich durch die Parteivereinbarungen bestimmt wird, kann nicht jede objektive, technisch messbare Störung der Telekommunikationsverbindung einen Mangel begründen. Entscheidend ist vielmehr, ob durch diese Störung die Telekommunikationsverbindung so beeinträchtigt wird, daß sie nicht die Beschaffenheit aufweist, die von den Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzt wird. Diese Frage ist nur einzelfallabhängig zu beurteilen. Überwiegend werden jedoch bestimmte technische Eigenschaften der Verbindung vereinbart, was ebenfalls als Zusicherung zu werten ist.

bereits eingetretene Störung nicht beseitigt werden kann, nachdem uno actu Unmöglichkeit eingetreten ist.

Die Wandelung, die wie alle anderen Gewährleistungsrechte wegen Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung gemäß § 634 Abs. 2 BGB ohne Fristsetzung geltend gemacht werden kann, ist ebenso wie der an sich bei Verschulden des Anbieters gegebene große Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB auszuschließen, weil beide Rechtsbehelfe nicht die Beschränkung auf die gestörte Leistung ermöglichen, sondern im Sinne eines "Alles oder Nichts" den gesamten "Vertrag" erfassen und damit wider den Interessen der Vertragspartner zur Rückabwicklung auch der ordnungsgemäß erfüllten Leistungssegmente führen. An die Stelle dieser Totalrechte tritt das spezielle Kündigungsrecht aus wichtigem Grund.

Der Endkunde kann damit zum einen bei Mängeln das Verbindungsentgelt gemäß §§ 472, 465, 633, 634 Abs. 4, 631 BGB mindern. Zum anderen hat er die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 635 BGB den "kleinen Schadenersatzanspruch" geltend machen, der es ihm erlaubt, den durch die mangelhafte Leistung verursachten Schaden nebst Begleitschäden zu liquidieren.

cc. Beendigungsregelungen

Beendigungsregeln sind für das Rechtsverhältnis über die einzelne Telekommunikationsverbindung zumindest aus Sicht des Endkunden irrelevant. Ihm steht es frei, die Telekommunikationsverbindung jederzeit selbst zu beenden. Dementsprechend kommt weder dem außerordentlichen noch dem ordentlichen Kündigungsrecht des Endkunden Bedeutung zu.

Für den Anbieter als Werkunternehmer besteht eine Kündigungsmöglichkeit nicht. Diese Bindung entspricht dem hinsichtlich der Dauer der vertraglichen Bindung bereits für unbedenklich befundenen Versprechen, die Telekommunikationsverbindung solange aufrechtzuerhalten wie dies von beiden Teilnehmern gewünscht wird⁷⁰⁰.

c. Nichtigkeitsgründe

Die Einzelleistung über die abgehende Telekommunikationsverbindung ist rechtlich wie ein Einzelvertrag zu behandeln, weshalb auch die allgemeinen Nichtigkeitsgründe zur Anwendung kommen. Eine Anwendung der Grund-

⁷⁰⁰ Zur Unbedenklichkeit einer solchen dauerhaften Bindung siehe oben Fn. 632. Zudem schützt sich der Anbieter durch Vertragsklauseln in den AGB vor einer übermäßigen Inanspruchnahme der Telekommunikationsinfrastrukturen (vgl. oben § 2 A XI 2).

sätze über das faktische Vertragsverhältnis kommt aus den bereits erörterten Gründen nicht in Betracht.

d. Ergebnis

Das Allgemeine Schuldrecht erweist sich damit, ebenso wie das Werkvertragsrecht, nach teleologischer Reduktion der Totalrechte des Rücktritts, der Wandelung und des großen Schadensersatzanspruchs als hinreichend flexibel, die sonach als Dauerwerkleistung zu qualifizierende Einzellieferung in Form der Telekommunikationsverbindung interessengerecht zu erfassen.

2. Der Gesamtvertrag

Die Einzellieferungen sind nach Art eines Dauerlieferungsvertrages miteinander verknüpft.

a. Synallagma

Kraft dieser Verbindung der Einzellieferungen zu einem einheitlichen Ganzen stehen nicht nur die jeweiligen Telekommunikationsverbindungen mit den dafür berechneten Verbindungsentgelten in Wechselbeziehung, synallagmatisch verknüpft sind vielmehr - über die Einzelrechtsbeziehung hinaus - auch alle Ansprüche auf die einzelnen Telekommunikationsverbindungen mit allen Zahlungsansprüchen.

b. Zurückbehaltungsrecht

Durch die synallagmatische Verknüpfung aller Einzellieferungen mit allen Gegenleistungen erstreckt sich die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 320 BGB über die Einzelleistungen hinaus auf den Gesamtvertrag. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages kann folglich auch dann erhoben werden, wenn die Nichtleistung des anderen Teils mit der vom Einredenden geschuldeten Leistung nicht unmittelbar zeitlich korrespondiert⁷⁰¹. Das bedeutet, daß der Gläubiger seine weitere Einzelleistung nicht erbringen muß, ehe der Schuldner nicht die Gegenleistung für bereits vom Gläubiger einseitig erfüllte Einzelverpflichtungen bewirkt hat⁷⁰².

Übertragen auf das Rechtsverhältnis zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden hat dies an sich zur Folge, daß der Anbieter gemäß § 320 BGB die Errichtung weiterer Telekommunikationsverbindungen verweigern kann, wenn der Endkunde der Zahlungsverpflichtung für vorangegangene Telekommunikationsverbindungen, die der Anbieter aufgrund seiner Vorleistungspflicht bereits erbracht hat, nicht

⁷⁰¹ Vgl. RGZ 88, 254, 255; 93, 300 f.; 120, 193, 196 f.; BGH DB 1967, 1623; OLG Saarbrücken NJW 1996, 3086; Soergel- Wiedemann § 320 Rn. 17; Staudinger- Otto BGB § 320 Rn. 33; Soergel- Wiedemann § 320 Rn. 17.

⁷⁰² Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § 17 V 4 i.V.m. § 17 IV 3, S. 129 f..

nachgekommen ist. Dieses Zurückbehaltungsrecht des Anbieters muß indes hinter der speziellen und zwingenden Normierung des Zurückbehaltungsrechts in § 19 TKV zurückstehen⁷⁰³. Solange das Gegenseitigkeitsverhältnis fortbesteht⁷⁰⁴, ist der Endkunde - unabhängig von zeitlicher Korrespondenz der wechselseitigen Pflichten - berechtigt, Verbindungsentgelte für einen abgeschlossenen Monatszeitraum gemäß §320 BGB zurückzubehalten, wenn der Anbieter weitere Telekommunikationsverbindungen nicht leistet.

c. Auswirkungen der Störungen im Einzellieferungsverhältnis auf den Gesamtvertrag

Es fragt sich, ob das beim Zurückbehaltungsrecht zutage tretende Phänomen der Transponierung von "Vertrags"wirkungen im Einzellieferungsverhältnis auf die Ebene des Gesamtvertrages übertragbar ist auf die im Einzelleistungsverhältnis auftretenden Leistungsstörungen.

aa. Störungen des Einzellieferungsverhältnisses als kongruente Störungen des Gesamtvertrages

Liefert der Anbieter im Einzelfall nicht, wird also trotz Abrufs eine Telekommunikationsverbindung nicht zum gewünschten Zeitpunkt aufgebaut, bricht sie wieder zusammen, ist die einzelne Telekommunikationsverbindung mangelhaft oder begeht eine Partei eine positive Forderungsverletzung im Rahmen dieses Einzelrechtsverhältnisses, ist der Endkunde berechtigt, die erörterten Rechte in Bezug auf die Einzellieferung auszuüben. Betrachtet man entsprechend dem Willen der Parteien die Einzellieferung nicht nur isoliert, sondern auf der Ebene des Dauerlieferungsvertrages, liegt die Vermutung nahe, daß die Störung des Einzelrechtsverhältnisses den Gesamtvertrag infiziert und dort die für die Einzellieferung ermittelten Rechtswirkungen zeitigt.

Allerdings umfaßt der Dauerlieferungsvertrag nicht nur die momentan gestörte Leistung, sondern auch die in der Vergangenheit rite geleisteten wie auch die noch ordnungsgemäß zu erbringenden zukünftigen Teilmengen der Gesamtleistung. Für diese Leistungen treffen die Störungstatbestände nicht zu, so daß aus der Störung der Einzellieferung resultierende Rechtsfolgen nicht ungebrochen auf das gesamte Dauerlieferungsverhältnis durchschlagen dürfen. Die Störung der Einzelleistung ist nicht in gleicher Weise Störung der Gesamtleistung.

⁷⁰³ Siehe dazu schon oben: 2. Teil, 2. Abschnitt, § 2 A XII 5 und § 5 A II 2.

⁷⁰⁴ Da der Endkunde die Leistung bereits empfangen hat, ist spätestens bei Beendigung der Rechtsbeziehung die Vergütung fällig und das Zurückbehaltungsrecht obsolet.

bb. Störungen des Einzellieferungsverhältnisses als teilweise Nicht- oder Schlechterfüllung des Gesamtvertrages

Auch eine teilweise Nicht- oder Schlechterfüllung der Gesamtleistung liegt bei Äquivalenzstörungen im Einzellieferungsverhältnis wegen dogmatisch-struktureller Divergenzen nicht vor. Denn bei den Einzellieferungen handelt es sich nicht um Teilleistungen einer avisierten Leistungsganzheit, deren Nichtbewirkung eine Unvollständigkeit der Gesamtleistung bedingt. Vielmehr leistet der Anbieter (vollständig oder gar nicht) jeweils das, was er zur Zeit schuldet⁷⁰⁵.

cc. Störungen der Einzellieferungsverhältnisse als Störungen eines Dauerschuldverhältnisses

Schlagen also Störungen des Äquivalenzverhältnisses über die Einzellieferung nicht ungebrochen auf den Dauerlieferungsvertrag durch und sind sie auch nicht als teilweise Schlecht- oder Nichterfüllung des Dauerlieferungsverhältnisses zu begreifen, wird eine qualitativ andere Betrachtung der Wechselbeziehung zwischen den Einzelleistungen und dem Dauerlieferungsvertrag erforderlich:

Zur Erbringung der Einzellieferungen auf Abruf hat der Anbieter kraft Dauerlieferungsverpflichtung jederzeit leistungsbereit zu sein. Aufgrund dieser, für die Gesamtdauer der Rechtsbeziehung kontinuierlich fortbestehenden Leistungsverpflichtung ist der Dauerlieferungsvertrag selbst Dauerschuldverhältnis⁷⁰⁶. Die Zugehörigkeit der Einzellieferung zum Verbund des Dauerschuldverhältnisses rechtfertigt die entsprechende Anwendung der für das Dauerschuldverhältnis über die Empfangsbereitschaft ermittelten Regeln⁷⁰⁷.

(A.) Kündigungsrecht aus wichtigem Grund

Da die aus den §§ 275, 323 ff., 631 ff. BGB resultierenden Totalrechte, wie gezeigt, nicht anwendbar sind, ist eine Regelungslücke zu konstatieren, die durch das spezielle Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß §§ 554 a, 626, 723 BGB (rechts-) analog zu schließen ist⁷⁰⁸. Für die Parteien des Dauerlieferungsvertrages bedeutet das, daß Störungen bei den einzelnen

⁷⁰⁵ Siehe dazu oben: 2. Teil, 2. Abschnitt, § 5 A II 4 a bb.

⁷⁰⁶ Vgl. Nachweise in Fn. 498.

⁷⁰⁷ Vgl. insbesondere MüKom-Emmerich Vor. § 275 Rn. 386; Soergel-Huber Vor. § 433 Rn. 58 ff.; Musielak, JuS 1979, 96, 97; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 374 ff..

⁷⁰⁸ Zur Begründung dieser Kündigungsmöglichkeit bedarf es der Annahme einer pFV, die zuweilen als Kündigungsgrund ins Spiel gebracht wird (so Fuchs-Wisseemann, Abgrenzung, S. 207 ff.) nicht: Vgl. MüKom-Emmerich Vor. § 275 Rn. 386; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 34; Soergel-Huber Vor. § 433 Rn. 58 f.; Medicus, BR, Rn. 315; Gernhuber § 17 5 c, S. 430.

Telekommunikationsverbindungen zur außerordentlichen Kündigung des Gesamtvertrages berechtigen, wenn sie dem Kündigenden die Vertragsfortsetzung bis zu dessen vereinbarter Beendigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar machen oder ein Interessefortfall an der weiteren Leistung zu konstatieren ist⁷⁰⁹. Der Maßstab der Zumutbarkeit wie der des Interessefortfalls erfordern eine Analyse der konkreten Umstände des Einzelfalls, die insbesondere die Gewichtung der einzelnen Pflichtverletzung im Verhältnis zum Gesamtgefüge des Dauerlieferungsvertrages ermöglicht. Abstrakt gilt, daß eine vereinzelte Störung der Einzellieferung, also etwa eine einzelne mangelhafte Telekommunikationsverbindung oder ein kurzzeitiger Ausfall der Infrastruktur in aller Regel nicht ausreicht, um den Parteien ein außerordentliches Kündigungsrecht zuzubilligen. Grundsätzlich kann erst eine nachhaltige Störung mehrerer Einzellieferungen zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, wobei je nach den Umständen des Einzelfalls eine Abmahnung (Nachfristsetzung) mit Androhung der fristlosen Kündigung erforderlich sein kann.

Auch die Parteien können bestimmen, welchen Umständen sie die Bedeutung eines wichtigen Kündigungsgrundes zukommen lassen wollen. Aus diesem Grund ist gegen die Praxis zahlreicher Anbieter, dem Zahlungsverzug des Endkunden die Bedeutung eines wichtigen Kündigungsgrundes beizumessen⁷¹⁰, grundsätzlich nichts einzuwenden. Der durch die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften gesteckte Rahmen, insbesondere die Bagatellschwelle des § 19 TKV, darf jedoch nicht unterschritten werden.

(B.) Anspruch auf Ersatz des Beendigungsschadens

Mit der außerordentlichen Kündigung kann der Kündigende als Kompensat für den Wegfall der Rückwirkungen der Totalrechte gemäß § 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB analog den Anspruch auf Ersatz des Beendigungsschadens kumulieren, wenn der andere Teil den Kündigungsgrund schuldhaft gesetzt hat. Der Ersatzanspruch umfaßt die Schäden, die dadurch entstehen, daß das Dauerlieferungsverhältnis erlischt und sich der Kündigende einen neuen Vertragspartner suchen muß⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Siehe dazu bereits oben 2. Teil, 2. Abschnitt § 5 A II 6 c aa (A.).

⁷¹⁰ So etwa die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbh (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 6.3..

⁷¹¹ Dieser Schaden dürfte wegen der Verbindung der Rechtsverhältnisse mit dem Schaden identisch sein, der entsteht, wenn ein Teil den Vertrag über die Empfangsleistung kündigt.

(C.) Einfluß der außerordentlichen Kündigung des Dauerlieferungsvertrages auf die Rechte wegen Störung der Einzelleistungen

Übt der Gläubiger diese Rechte aus, kündigt er also den Vertrag außerordentlich und fordert er Ersatz des Auflösungsschadens, kann er daneben die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich einer bereits mangelhaft erbrachten Einzelleistung geltend machen. Problematisch erscheint dagegen die Erhebung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Einzelleistung. Denn die §§ 325, 326 BGB verbürgen das Prinzip der Alternativität zwischen Rücktritt und Schadensersatz. Tritt an die Stelle des Rücktritts das Recht zur außerordentlichen Kündigung des ganzen Vertrages, hat daneben wohl noch der Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB analog seine Berechtigung, womöglich aber nicht der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der Einzelleistung. Dieses Konkurrenzproblem ergibt sich indes nur, wenn die durch die Schadensersatzansprüche abgedeckten Ersatzinteressen kongruieren. Der Umfang des durch die Kündigung der Gesamtrechtbeziehung verursachten Schadens unterscheidet sich aber von dem Schaden, der aus der Störung der Einzelleistung resultiert. Denn durch den Beendigungsschaden werden nicht die vor Wirksamkeit der Kündigung eingetretenen Schäden erfaßt. Andererseits kann der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ab Wirksamkeit der Kündigung, also für zukünftige Leistungen, keine Bedeutung mehr haben, da eine Nichterfüllung nach Erlöschen des Schuldverhältnisses denotwendig ausscheidet. Die Ansprüche, die sich aus Störungen der während der Laufzeit des Dauerlieferungsvertrages erbrachten Einzelleistungen ergeben, bleiben also von der Kündigung des Sukzessivlieferungsvertrages und dem Anspruch auf Ersatz des Auflösungsschadens unberührt⁷¹².

(D.) Ergebnis

Störungen des Äquivalenzverhältnisses über die Einzelleistungen können auf der Ebene des Dauerlieferungsvertrages Bedeutung in Form eines Rechts zur Kündigung aus wichtigem Grund erlangen und bei schuldhafter Verursachung des Kündigungsgrundes einen Anspruch auf Ersatz des Auflösungsschadens begründen.

d. Nichtigkeitsgründe

Die bereits erörterten Regelungen, die zur Nichtigkeit des Vertrages respektive der auf Vertragsschluß gerichteten Willenserklärungen führen können, kommen nach dem oben Gesagten auf den Dauerlieferungsvertrag uneingeschränkt zur Anwendung, da Veranlassung für die Aufrechterhaltung der Rechtsbeziehung mit Wirkung für die Vergangenheit unter Ausschluß der

⁷¹² So auch Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 377.

ex tunc- Wirkungen nach den Grundsätzen eines faktischen Rechtsverhältnisses nicht besteht.

e. Zusammenfassung und Ergebnis

Der Dauerlieferungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, auf das die dafür entwickelten Regeln, insbesondere über die Kündigung aus wichtigem Grund und den Anspruch auf Ersatz des Aufschlagschadens Anwendung finden. Störungen bei den Einzellieferungen können Bedeutung für das gesamte Schuldverhältnis gewinnen, und zwar, weil es sich nicht um zusammengehörende Teile einer Leistungsganzheit, sondern um Elemente eines Dauerschuldverhältnisses handelt, als außerordentlicher Kündigungsgrund und - bei schuldhafter Verursachung - als Grundlage für eine Verpflichtung des Kündigungsadressaten zum Ersatz des Aufschlagschadens.

C. Das Verhältnis des Dauerlieferungsvertrages zum Vertrag über die Empfangsbereitschaft

Wie erörtert sind Dauerlieferungsvertrag und Vertrag über die Empfangsbereitschaft durch den Willen der Kontrahenten zu einem einheitlichen oder zu einem zusammengesetzten Vertrag verknüpft, so daß das Gesamtgebilde als Einheit im Sinne der §§ 139, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3 BGB zu behandeln ist. Das bedeutet, daß die Teilnichtigkeit des einen Vertragsverhältnisses nach Maßgabe des § 139 BGB im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit führt. Entsprechend schlägt die nur auf einen Vertragsteil bezogene Kündigung angesichts des regelmäßig anzunehmenden Interessefortfalls im Zweifel auf den Gesamtvertrag durch, mit der Folge, daß auch das jeweils andere Rechtsverhältnis, also die gesamte Rechtsbeziehung, erlischt. Die kündigende Partei kann bei schuldhafter Verursachung der Kündigung durch den anderen Teil Ersatz des Kündigungsschadens für die gesamte Rechtsbeziehung verlangen. Ähnliches gilt für die (seltene) endgültige Unmöglichkeit der kraft eines Vertragsbestandteils geschuldeten Leistungen, die mangels Interesse an der teilweisen Erfüllung in der Regel die Unmöglichkeit der Gesamtleistung mit den erörterten Rechtsfolgen zur Folge hat.

Alle übrigen Rechtsbehelfe bleiben dagegen auf das Einzelrechtsverhältnis beschränkt, soweit nicht eine Gefährdung des Zweckes des jeweils anderen Vertrages eintritt. Insbesondere besteht keine Veranlassung, Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln vom einen Rechtsverhältnis in das andere überzuleiten⁷¹³.

⁷¹³ Vgl. Musielak, JuS 1979, 97. Daß die Anbieter nach der TKV berechtigt sind, an den Verzug des Endkunden unabhängig von einer Differenzierung nach Empfangsleistung und Verbindungsleistung die Rechtsfolgen der Abgangs-

§ 6 Zusammenfassung und Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden ist ein als Einheit zu behandelnder Vertrag, bestehend aus dem Dauerwerkvertrag über die Empfangsleistung und dem Dauerlieferungsvertrag, der Teillieferungen umfaßt, die Dauerwerkleistungen in Form abgehender, zur Sprachkommunikation geeigneter Telekommunikationsverbindungen zum Inhalt haben.

Die Behandlung der Rechtsbeziehung über die Empfangsleistung und die einzelne Telekommunikationsverbindung folgt jeweils den wegen des Dauerschuldcharakters modifizierten Regeln des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts. Bei der Einzellieferung auftretende Äquivalenzstörungen können zur Kündigung des Dauerlieferungsvertrages und zur Liquidation des Auflösungsschadens berechtigen.

Dritter Abschnitt: Das Rechtsverhältnis zwischen Endkunden und Anbietern von Fernverbindungen

Um mit einem Teilnehmer eines anderen Ortsnetzes zu telefonieren, muß der Endkunde Kontakt mit einem Anbieter von Fernverbindungen aufnehmen.

Auf der Grundlage der zum Zweck der Kontaktaufnahme zwischen dem Endkunden und dem Anbieter von Fernverbindungen entwickelten Verfahren Preselection und Call by Call⁷¹⁴ hat sich unter den Anbietern von Fernverbindungen alsbald nach der Errichtung des neuen Rechtsrahmens ein verschärfter Wettbewerb eingestellt: Die Deutsche Telekom AG mußte in diesem Marktsegment binnen eines Jahres ca. 30 % Marktanteil an die Konkurrenz abgeben⁷¹⁵. Die Liberalisierungsziele haben sich in diesem Bereich in erster Linie deshalb schneller realisiert als im Ortsnetzbereich, weil die technischen und wirtschaftlichen Zugangshürden für Anbieter von Fernverbindungen ungleich niedriger sind. Denn für das Angebot von Fernverbindungen werden Verbindungsnetze, also solche Telekommunikationsnetze benötigt, die keine Teilnehmeranschlüsse aufweisen. Die kostenintensive Installation des Anschlußnetzes respektive der umständliche Zugriff auf die Anschlußleitung entfällt daher. Letztlich kann für das Dienstangebot im Fernverkehr auf eine eigene Infrastruktur sogar

sekundär der Empfangssperre anzuknüpfen, ergibt nichts anderes: Diese Systematik kann als eine Art Tilgungsanordnung des Gesetzgebers begriffen werden, die zunächst eine Anrechnung von Entgelten auf die aus der Erbringung der Empfangsleistung resultierenden Forderungen anordnet und daher die Versagung der Empfangsleistung erst der Abgangssperre zeitlich nachfolgend anordnet.

⁷¹⁴ Vgl. dazu auch: oben Einführung, § 3, B, III., S. 10.

⁷¹⁵ Vgl. Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 290.

weitgehend verzichtet werden. So nehmen nicht wenige Anbieter lediglich Netzüberkapazitäten anderer Anbieter für ihr Kundenangebot in Anspruch⁷¹⁶.

Unter den beiden Systemen Preselection und Call by Call genießt aus Sicht der Anbieter das Preselection- Verfahren den Vorzug⁷¹⁷. Denn nur durch die Voreinstellung auf einen Anbieter ist eine langfristige Kundenbindung gewährleistet, kann die Durchsetzung von Mischkalkulationen, die kundengünstige Tarife mit für den Anbieter lukrativen Angeboten koppeln, gelingen. Preselection ist daher das Verfahren, das von den Telefongesellschaften propagiert wird. Call by Call- Angebote werden dagegen häufig unter der Rubrik "*Schnupper-*"⁷¹⁸ oder "*Testangebot*"⁷¹⁹ geführt oder wurden gar nur "*verschämt unter dem Ladentisch*"⁷²⁰ gehandelt.

§ 1 Rechtsverhältnisse im Preselection- Verfahren

Das Preselection- Verfahren steht zunächst auch im Mittelpunkt dieser Untersuchung.

A. Einführung

Das System der dauerhaften Voreinstellung stellte bei seiner Einführung auf dem europäischen Markt eine bundesdeutsche Besonderheit dar⁷²¹. Die gesetzgeberische Zurückhaltung gegenüber dem Preselection- Verfahren in anderen Staaten resultiert nicht so sehr aus der Befürchtung, durch die dauerhafte Voreinstellung könne der Wettbewerb unter den Anbietern von Fernverbindungen gehemmt werden, als aus der Sorge um den Netzinfrastrukturwettbewerb. Erhält nämlich der Endkunde durch Preselection die Möglichkeit, Ferngespräche über einen anderen als den Anbieter des allgemeinen Netzzugangs zu führen, ohne umständlich in jedem Einzelfall die Netzbetreiberkennziffer wählen zu müssen, entfällt ein wesentlicher Vorzug des Vollsortiments, das diese bequeme Art der Wahl von Fernver-

⁷¹⁶ Erforderlich sind lediglich zwei Übertragungswege, die mit mindestens einer Vermittlungseinrichtung verbunden sind. Die übrige Infrastruktur erlangt der Anbieter sodann auf der Grundlage von Zusammenschaltungsvereinbarungen.

⁷¹⁷ (Nahezu) alle Anbieter führen daher ein Preselection- Angebot, z.B.: ACC, Arcor, D Plus, Debitel, Deutsche Telekom, Ewe Tel, First Telecom, HanseNet, Hutchison, Interoute, Isis (mit Direktanschluß), KomTel, MobilCom, Otelo, RSL Com, Star Telecom, Talkline, Teldafax, Telepassport, Tele 2, Tesion, VEW Telnet, Viag Interkom, Viatel, Westcom.

⁷¹⁸ Pressemitteilung der Mannesmann Arcor AG & Co vom 8. 12. 1997.

⁷¹⁹ Werbeslogan der Viag Interkom für Call by Call: "Testen Sie uns !".

⁷²⁰ Marktstudie der Zeitschrift Connect 8/98, S. 24, 25.

⁷²¹ Nur in Finnland konnten die Endkunden ebenfalls einen Anbieter für Fernverbindungen - allerdings begrenzt auf nationale Verbindungen - fest voreinstellen. Dort haben seit 1994 die Hälfte aller Haushalte der ehemals staatlichen Telefongesellschaft den Rücken gekehrt. Die europaweite Einführung des Verfahrens ist für das Jahr 2000 vorgesehen (vgl. Richtlinie 98/61/EG vom 24. 9. 1998, ABl. L 268/37).

bindungen mit umfaßt. Preselection mindert daher die Marktchancen potentieller Teilnehmernetzbetreiber⁷²².

Die vor diesem Hintergrund naheliegende Prognose, das bequeme, von allen Anbietern von Fernverbindungen propagierte Preselection- System werde sich gegenüber dem Call by Call- Verfahren durchsetzen, hat sich insbesondere auf dem privaten Endkundenmarkt zunächst nicht bewährt. Eine Umfrage unter 2.500 privaten Telefonkunden ergab, daß sich Ende 1999 lediglich 4 % der Endkunden durch Preselection auf einen alternativen Anbieter festlegen wollten. Zum selben Zeitpunkt nutzten etwa 40 % der Befragten in den alten und 36 % in den neuen Bundesländern die Call by Call- Angebote alternativer Anbieter⁷²³.

Die Zurückhaltung der Endkunden gegenüber einem vollständigen Wechsel auf einen "neuen" Anbieter erklärt sich zum einen aus dem in jahre- oder jahrzehntelanger Geschäftsverbindung erworbenen "*Urvertrauen*" in die Leistungen des bisherigen Monopolisten⁷²⁴. Zum anderen wurde die Verharrungstendenz durch die anfängliche Verwirrung der Endkunden über die Funktionsweise und die Kosten der neuen Angebote verstärkt, wobei insbesondere die (überflüssige)⁷²⁵ Diskussion um sogenannte "Wechselgebühren" für erhebliche Verunsicherung gesorgt hat.

Reale Hindernisse für das Preselection- Verfahren haben die neuen Anbieter selbst durch undurchsichtige Tarifstrukturen und Service- und Technikmängel aufgebaut⁷²⁶: So kam es in der Anfangszeit des liberalisierten Marktes zu Überlastungen der Netzinfrastruktur einiger Anbieter. Die "*mangelnde Seriosität*" der neuen Anbieter wird daher auch von den Endkunden als Hauptargument gegen eine dauerhafte Voreinstellung auf einen "neuen" Anbieter empfunden⁷²⁷.

⁷²² So hat das britische Office für Telecommunication (OFTEL) bereits im Jahr 1996 mitgeteilt, daß Preselection die Renditeerwartungen möglicher Teilnehmernetzbetreiber reduzieren und dadurch Netzinfrastrukturwettbewerb verhindern könne, vgl. Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403, 404.

⁷²³ Umfrage der Unternehmensberatungsgesellschaft Droege & Company, zitiert nach connect exklusiv 11/98, S. 2. Im Geschäftskundenmarkt zeichnet sich nach dieser Untersuchung eine umgekehrte Entwicklung ab.

⁷²⁴ Zuber, connect 8/98, S. 25.

⁷²⁵ Es stand schon ziemlich bald fest, daß die Kosten, die dem Anbieter des allgemeinen Netzzugangs für die Voreinstellung des alternativen Anbieters in seinem Netz entstehen, vom neuen Anbieter übernommen würden.

⁷²⁶ Es ist davon auszugehen, daß diese Hürden von einigen Anbietern bewußt in Kauf genommen wurden, um in der Aufbauphase eine Netzüberlastung zu vermeiden. Vgl. dazu: Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 292.

⁷²⁷ Nach einer Marktstudie der Fachzeitschrift Connect 8/98, S. 24, 26 begünden 55% der Bevölkerung ihre Zurückhaltung gegenüber Preselection mit mangelndem

Im Gegenzug hat das Call by Call- Verfahren durch Preistabellen und least-cost- router, die die Ausschöpfung der ganzen Palette der mischkalkulierten Tarife verschiedener Anbieter ermöglichen, erheblich an Attraktivität gewonnen.

B. Tatsachenmaterial

Gleichwohl setzen nach wie vor alle Anbieter von Fernverbindungen auch auf das Preselection- Verfahren. Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehung erfolgt durch allgemeine Geschäftsbedingungen, die systematisch unterschiedlich gestaltet sind: Neben separaten Geschäftsbedingungen allein für Preselection⁷²⁸ finden sich einheitliche Geschäftsbedingungen für alle Telekommunikationsdienstleistungen oder für das Angebot von Fernverbindungen, in denen die Spezifika des Preselection- Verfahrens in Einzelpunkten hervorgehoben werden⁷²⁹, sowie allgemeine Geschäftsbedingungen, die durch gesonderte Leistungsbeschreibungen oder

Vertrauen in die Seriosität der Neulinge; 26 % äußerten die Befürchtung, bei solchen Verbindungen könne es zu technischen Problemen kommen.

⁷²⁸ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Preselection- Selection und Global Calling Card der EconoPhone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 80/1999, S. 767); allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection- Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392); allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/97, Anlage 2); allgemeine Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203).

⁷²⁹ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Callino GmbH Telekommunikationsdienste (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 250/1999, S. 1782); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikations-service für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Pre-Selection und Call-by-Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623); allgemeine Geschäftsbedingungen von Drillisch für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 190/1999, S. 2010); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Hutchison Telecom GmbH, Festnetz (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 159/1998, S. 1857); allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der Firma KielNet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 102/1998, S. 1460); allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh "Verbindungsnetze" (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 106/1998), Ziffer 1.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459), Ziffer 1.1 Buchstabe b); allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345), Ziffer 3; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekom-munikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998); allgemeine Geschäftsbedingungen der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 300/1998, S. 3033).

"besondere Geschäftsbedingungen" für Preselection⁷³⁰ ergänzt respektive derogiert werden. Da das Rechtsverhältnis über das Preselection- Angebot auf der Grundlage der Gesamtheit der dafür vorgesehenen Geschäftsbedingungen steht, wird im folgenden diese unterschiedliche Systematik nicht weiter verfolgt.

C. Wesentliche Leistungspflichten

Die Regelung gemeinsamer Elemente aller Sprachtelefondienstleistungen in einheitlichen Vertragswerken sowie die Kongruenz des telekommunikationsrechtlichen und -technischen Hintergrundes bedingen Übereinstimmungen des Inhalts von Preselection- Vereinbarungen mit denjenigen zwischen Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden, die eine (erneute) profunde Untersuchung zahlreicher Einzelbestimmungen erübrigen. Insoweit beschränkt sich die nachfolgende Analyse der wechselseitigen Leistungsprogramme auf ein Resümee der bereits gewonnenen Erkenntnisse, um die wesentlichen, für das Preselection- Verfahren spezifischen Leistungspflichten transparent zu machen⁷³¹.

I. Einzelne inhaltliche Elemente

1. Präambeln und Vertragsabschlußklauseln

Präambeln, die auf den Anwendungsbereich der Geschäftsbedingungen, die Relevanz der TKV und des TKG hinweisen⁷³², und Klauseln, die über die Art

⁷³⁰ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 442/1999, S. 2939) und besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Preselection - Dienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 443/1999, S. 2942); allgemeine Geschäftsbedingungen der Mannesmann Arcor AG & Co für Arcor- Festnetz-Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 71, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 181/1999, S. 412) nebst Leistungsbeschreibung Arcor- Town to Town (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 8/1998, S. 73); allgemeine Geschäftsbedingungen der o.tel.o communications GmbH & Co für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 13/1998, S. 81) und Leistungsbeschreibung o.tel.o Voice- Service (Telefonieren mit o.tel.o) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 65/1998, S. 918 und zuletzt Mitteilung Nr. 107/1998, S. 1473); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG ("tesion") und besondere Geschäftsbedingungen für das Produkt "tesion connect" (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 30, S. 308); allgemeine Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. RegTP 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906, geändert durch Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706) und besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712).

⁷³¹ Dazu dienen in erster Linie die Geschäftsbedingungen oder Leistungsbeschreibungen, die speziell auf Preselection- Angebote zugeschnitten sind.

⁷³² Vgl. beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Pre- Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer I

des Vertragsschlusses bestimmen sollen⁷³³, gehören auch bei den Preselection- Verträgen zum Standard. Für den Vertragsinhalt und damit für den Rechtstypus sind diese Klauseln, die lediglich deklaratorische Bedeutung haben, grundsätzlich⁷³⁴ ohne Belang.

2. Netzzugang

Manche Anbieter von Preselection weisen darauf hin, die von ihnen erbrachte Telekommunikationsdienstleistung umfasse *"den Zugang zu Telekommunikationsnetzen"*⁷³⁵, mitunter auch zu denjenigen *"anderer Anbieter"*⁷³⁶ oder die *"Freischaltung der Kundenrufnummer"*⁷³⁷.

Wesentliches Ergebnis der Untersuchung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses" ist unter anderem, daß der Netzzugang nicht Gegenstand essentieller Vereinbarungen ist. Auch die Verschaffung des Zugangs zum Netz des Preselection- Anbieters oder - womöglich als Ausfluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages - zu den Netzen anderer Telekommunikationsdienstleister ist lediglich Mittel zum eigentlichen Vertragszweck.

3. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern

Zu dessen Verwirklichung verpflichten sich die Anbieter von Preselection, *"über die feste Voreinstellung automatisch Verbindungen im Inland, Ausland und in Mobilfunknetze über das Netz"* des Anbieters *"zu realisieren"*⁷³⁸,

("Allgemeines/Geltungsbereich") und die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 1.

⁷³³ Vgl. etwa: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 2.

⁷³⁴ Auf die Bedeutung der Vertragsabschlußklauseln wird im Rahmen der Erörterung des Vertragsschlusses im einzelnen eingegangen.

⁷³⁵ So beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345), Ziffer 3.1..

⁷³⁶ Vgl.: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 1506/1999, S. 3243), Ziffer 3.2..

⁷³⁷ Besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712), Ziffer 1; Besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 443/1999, S. 2942), Ziffer 1.

⁷³⁸ Leistungsbeschreibung "o.tel.o. Voice service" der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 107/1998, S. 1473), Ziffer 2.2.; ähnlich: (*"alle Verbindungen über DTG zu führen"*) Allgemeine Geschäftsbedingungen für DTG deutsche Telefongesellschaft AG Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 420/1999), Ziffer 11. und (*"alle Gesprächsverbindungen ... erfolgen über das Verbindungsnetz von ..."*): Besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 443/1999, S. 2942) sowie (*"...erfolgen alle Gesprächsverbindungen, die mit einer "0" beginnen, ... über das Verbindungsnetz..."*): Besondere Geschäftsbedingungen der Talkline

"Verbindungen für Zielrufnummern, die mit "0" beginnen und nicht mit der Ortsnetzkenzahl des Kundenanschlusses identisch sind" herzustellen⁷³⁹ oder "dem Kunden die Möglichkeit einzuräumen, über" den Anbieter "... Sprachtelefondienstleistungen durch eine dauerhafte Voreinstellung herstellen zu lassen"⁷⁴⁰. Oder das Leistungsversprechen lautet, daß "aufgrund einer dauerhaften Voreinstellung im Netz des Anschlußanbieters" näher spezifizierte "Verbindungen"⁷⁴¹ "automatisch"⁷⁴² hergestellt oder "Telefonverbindungen zur Verfügung"⁷⁴³ gestellt werden.

a. Vermittlung und Transport von Sprache auf jederzeitiges Anfordern

Ungeachtet der heterogenen Diktion dienen diese Verpflichtungen der Realisierung des übereinstimmend von den Endkunden erstrebten Vertragsziels, vom "eigenen" Anschluß aus Teilnehmer anderer Ortsnetze anrufen und mit dem Angerufenen zu den vom voreingestellten Anbieter angebotenen Konditionen telefonieren zu können. Dazu hat der Anbieter vom benutzten bis zum adressierten, empfangsbereiten Anschluß in einem anderen Ortsnetz eine zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsfernverbindung zu errichten und für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten⁷⁴⁴.

GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712).

⁷³⁹ Allgemeine Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Preselection und Call - by - Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 58/1998, S. 901, Änderung in Mitteilung Nr. 130/98, S. 1629, letzte Änderung in Mitteilung Nr. 181/1998, S. 1989), Ziffer 3.2..

⁷⁴⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection-Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer III. (1).

⁷⁴¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/97, Anlage 2), Ziffer 2.1.; Leistungsbeschreibung für D2-Arcor//TownToTown der Mannesmann Mobilfunk GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 215/1998, S. 2339), Ziffer 1.

⁷⁴² Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Pre-Selection und Call-by-Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462), Ziffer 3.3..

⁷⁴³ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Global TeleSystems (Deutschland) GmbH (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 367/1999, S. 2471), Ziffer 2.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Plusnet GmbH & Co. KG (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 25/1999, S. 38), Ziffer 2.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 3.1..

⁷⁴⁴ Daß der Preselection- Anbieter dazu Leistungen anderer Anbieter in Anspruch nehmen muß (vgl. etwa besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 443/1999, S. 2942),

Diese Leistung muß der Anbieter immer dann erbringen, wenn der Endkunde eine Fernverbindung wünscht, also eine mit "0" beginnende Rufnummer wählt, die nicht Teilnehmernetzbetreiber- oder Sonderrufnummer ist. Denn der Endkunde hat sich, dem Interesse des Anbieters an einer konstanten Kundenbindung entsprechend, fixiert, alle Fernverbindungen über den Preselection- Anbieter zu führen. Er erwartet daher, daß der vorausgewählte Anbieter in Konkordanz mit den Parteivereinbarungen permanent bereit ist, Fernverbindungen zu bewirken⁷⁴⁵.

b. Empfangsbereitschaft

Daß kein Anbieter von Preselection dem Endkunden verspricht, Gespräche entgegennehmen zu können, erklärt sich zwanglos daraus, daß die Empfangsleistung exklusiv vom Anbieter des allgemeinen Zugangs zum öffentlichen Netz, also vom Anbieter von Ortsverbindungen geschuldet ist. Die Empfangsleistung ist nicht Gegenstand von Preselection- Rechtsverhältnissen.

4. Vergütungspflicht - Äquivalenzverhältnis

Für jede Telekommunikationsverbindung schuldet der Endkunde das Verbindungsentgelt, dessen Höhe sich aus Preislisten ergibt, die über Preisgleit- und "Preisanpassungsklauseln"⁷⁴⁶ in die Rechtsbeziehung einbezogen werden. Die seit Abnehmen des Hörers oder entsprechende Maßnahmen auf der Empfangsseite berechnete Höhe des Verbindungsentgelts bestimmt sich nach den bereits erörterten Parametern Tageszeit, Dauer und Entfernung⁷⁴⁷. Werden am Endkundenanschluß keine Fernverbindungen gewählt, fallen Entgelte nicht an. Für die Verpflichtung des Anbieters, zur Herstellung von

Ziffer 1; besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection-Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712), Ziffer 1), ist für den Endkunden primär ohne Belang. Auf das Zusammenwirken der Leistungen der unterschiedlichen Anbieter wird an späterer Stelle einzugehen sein.

⁷⁴⁵ § 13 TKV, der dem Endkunden ein Recht auf bestimmte Nutzungsfunktionen einräumt, findet auch im Rechtsverhältnis über "Preselection" Anwendung. Die damit verknüpften Mehrwertdienste sind jedoch wie im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden als Nebenleistungen für das Rechtsverhältnis des Preselection nicht prägend und daher zu vernachlässigen.

⁷⁴⁶ § 28 Abs. 2 TKV i.V.m. § 23 Abs. 2 Nr. 1 a AGBG begründet ein einseitiges Preisänderungsrecht zugunsten der Anbieter. Zur Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln unter der vorherigen Rechtslage vgl. ausführlich und weiterführend Pfeiffer, K&R 1998, 465.

⁷⁴⁷ Die bereits erörterten Preisregulierungsvorschriften finden selbstverständlich auch hier Anwendung. Zudem muß die Ermittlung der Verbindungsentgelte den in § 5 TKV aufgestellten Anforderungen genügen.

Fernverbindungen jederzeit leistungsbereit zu sein, ist mithin eine Vergütung nicht geschuldet⁷⁴⁸.

5. Nutzung des Anschlusses durch Dritte

Die Nutzung des Anschlusses durch andere Personen als den Anschlußinhaber führt zu den bereits erörterten Problemen, weshalb auch die Anbieter von Preselection dem Endkunden die Entgelte überbürden wollen, die durch die Nutzung "seines" Anschlusses durch Dritte entstanden sind, soweit er diese Nutzung zu vertreten hat⁷⁴⁹.

Für die rechtliche Qualifizierung ist die durch diese Vertragsbestimmung allenfalls betroffene Identität der Parteien nicht ergiebig, weil der für die Typologie maßgebliche Leistungsinhalt davon unabhängig ist, ob er Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist, das zwischen dem Endkunden und dem Anbieter oder einem Dritten und dem Anbieter besteht. Ebenso lassen etwaige Schadensersatzansprüche des Anbieters gegen den Endkunden das primäre Äquivalenzverhältnis der Parteien unberührt.

6. Rechnungserstellung

Für die Modalitäten der Abrechnung der Verbindungsentgelte gilt neben § 14 TKV der gerade auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Fernverbindungen und dem Endkunden zugeschnittene § 15 TKV⁷⁵⁰. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift sind dem Kunden die im Rechtsverhältnis zwischen ihm und den Anbietern von Fernverbindungen anfallenden Entgelte vom Anbieter des Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz (also dem Anbieter von Ortsverbindungen) differenziert in Rechnung zu stellen. Diese Abrechnung muß mindestens den Namen des jeweiligen Verbindungsnetzbetreibers und die Gesamthöhe der auf diesen entfallenden Entgelte auflisten⁷⁵¹. Und der Anbieter von Ortsverbindungen muß die Zahlungen des Kunden, die befreiende Wirkung⁷⁵² gegenüber allen Anbietern hat, zur Begleichung der Forderung entgegennehmen. Weiter-

⁷⁴⁸ Das ist weiterer Beleg dafür, daß im Verhältnis zwischen Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunde das monatliche Grundentgelt für die Leistung der Empfangsbereitschaft geschuldet wird.

⁷⁴⁹ Vgl. etwa die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 6.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 300/1998, S. 3033), Ziffer 4.2..

⁷⁵⁰ Siehe zu § 15 TKV im einzelnen Leo, K&R 1998, 381 ff und (kritisch) Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403 ff. sowie ausführlich Säcker/Calliess, K&R 1999, 289 ff. und K&R 1999, 337 ff..

⁷⁵¹ Zum Umfang der Nachweispflicht siehe Leo, K&R, 381, 383 f..

⁷⁵² Bei nur teilweiser Begleichung erfolgt nach § 15 Abs. 2 TKV mangels anderweitiger Bestimmung eine Anrechnung auf die Forderungen der einzelnen Anbieter entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtforderung.

gehende Pflichten, insbesondere der Einzug und die (gerichtliche) Durchsetzung der Forderung obliegen dem Anbieter nicht⁷⁵³.

Die Rechnungserstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber ist nicht zwingend, sondern steht unter dem Vorbehalt, daß der Kunde "*mit anderen Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit nicht etwas anderes vereinbart*". Derartige Vereinbarungen über den Selbsteinzug der Forderungen trifft der überwiegende⁷⁵⁴ Teil der Anbieter von Preselection⁷⁵⁵. In den Geschäftsbedingungen finden sich folglich auch Regelungen über die Eigenfakturierung⁷⁵⁶ und den Einzug der Forderungen unmittelbar durch den Anbieter von Fernverbindungen mittels des Lastschriftverfahrens⁷⁵⁷.

Vorbehaltlich derartiger derogierender Vereinbarungen wirkt § 15 TKV unmittelbar gestaltend auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Anbietern von Orts- und Fernverbindungen und Endkunden ein. Aus der amtlichen

⁷⁵³ Vgl. dazu: Hefekäuser, MMR 1999 (MMR aktuell), S. V.; Leo, K&R 1998, 381, 386.

⁷⁵⁴ Über den Teilnehmernetzbetreiber rechnen dagegen beispielsweise ab: Mannesmann Arcor, Otelo, TelDaFax, Viatel.

⁷⁵⁵ Aufschlußreich insoweit die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Plusnet GmbH & Co. KG (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 25, S. 38), Ziffer 7.2., wonach der Kunde ausdrücklich auf sein Recht verzichtet, gemäß § 15 TKV die Gesamtrechnung durch den "Anbieter des Teilnehmeranschlusses" zu erhalten; vgl. auch besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712), Ziffer 4.

⁷⁵⁶ Vgl. allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Pre-Selection und Call-by-Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462), Ziffer 7.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Preselection und Call - by - Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 58/1998, S. 901, Änderung in Mitteilung Nr. 130/98, S. 1629, letzte Änderung in Mitteilung Nr. 181/1998, S. 1989), Ziffer 7.1; allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459), Ziffer 4.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3243); Besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Preselection- Dienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 273/1998, S. 2712), Ziffer 4 unter Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. RegTP 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906, geändert durch Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706), Ziffer 5.1..

⁷⁵⁷ Ganz herrschende Praxis, vgl. allgemeine Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. RegTP 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906, geändert durch Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706), Ziffer 5.2.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Viag Interkom GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, 1998, Mitteilung Nr. 311/98, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 379/1999, S. 2497), Ziffer 4.2.; allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 4.4..

Begründung zu § 15 TKV ist allerdings zu ersehen, daß diese Norm bewußt so gestaltet wurde, daß die tatsächliche und rechtliche Umsetzung von Preselection und Call by Call den Parteien überlassen bleibt⁷⁵⁸. § 15 TKV fußt auf Zweifeln des Verordnungsgebers, ob die Verbindungsnetzbetreiber überhaupt in offenen rechtsgeschäftlichen Kontakt mit den Endkunden treten und "*Verträge neben dem Vertragsverhältnis mit dem Anbieter des Netzzugangs zustande kommen*"⁷⁵⁹ oder die Rechtsgeschäfte der Verbindungsnetzbetreiber (quasi verdeckt) über den Teilnehmernetzbetreiber abgewickelt würden. Indem § 15 TKV diese Frage bewußt offen läßt, enthält sich die Norm einer Festlegung der Identität der Parteien und des Vertragstypus.

Auch die nunmehr bekannten Regelungen in der Vertragspraxis, in denen die noch vom Verordnungsgeber ins Auge gefaßte Vertragsgestaltung nicht vertreten ist⁷⁶⁰, betreffen lediglich die Modalitäten der Rechnungserstellung und damit die Abwicklung der aus den wechselseitigen Leistungsverpflichtungen resultierenden Forderungen, also nicht die Anspruchshöhe, geschweige denn den Anspruchsgrund. Sie sind für die Frage der rechtstypologischen Qualifizierung nicht relevant.

7. Einwendungen / Einwendungsausschluß

Auch Einwendungen des Endkunden gegen die Rechnungen der Anbieter, deren Ausschluß nach Ablauf unterschiedlich bemessener Fristen durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt wird⁷⁶¹, lassen die vertragswesentlichen Leistungsverpflichtungen unberührt. Die sich aus § 16 TKV ergebenden Dokumentations- und Prüfungspflichten, die bei Einwendungen des Endkunden besondere Bedeutung erlangen, sind auch vom Preselection-Anbieter zu beachten.

8. Allgemeine Pflichten des Endkunden

Der Anbieter von Fernverbindungen ist, anders als der Teilnehmernetzbetreiber, regelmäßig nicht auf den Zugriff auf das Grundstück des dinglich Berechtigten angewiesen. Den Endkunden treffen daher grundsätzlich⁷⁶²

⁷⁵⁸ Vgl. auch Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403, 405.

⁷⁵⁹ Amtl. Begründung der Bundesregierung, BR-Drs. 551/97 vom 24.7.1997, 34/35 sowie BR-Drs. 551/97 (Beschluß) vom 26.9.1997 zu § 14 TKV.

⁷⁶⁰ A.A. Leo, K&R 1998, 381, 382 (ohne Begründung); dagegen zutreffend Säcker/Calliess, K&R 1999, 289, 296.

⁷⁶¹ Vgl. beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection- Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer V.5. (4 Wochen) und die bereits oben unter Fn. 254 genannten.

⁷⁶² Ausnahmen bestehen, wenn der Anbieter von Preselection einen "router" beim Endkunden installiert. Vgl. dazu beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Plusnet GmbH & Co. KG (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 25, S. 38), Ziffern 2.1. und 4.

keine Pflichten zur Duldung der Inanspruchnahme des Grundstücks, sondern nur die dem Integritätsinteresse des Anbieters dienenden Nebenpflichten, wie etwa das Verbot der bestimmungswidrigen oder übermäßigen Nutzung des Netzes sowie Mitwirkungspflichten zur reibungslosen Durchführung des Vertrages, denen indes sämtlich keine das Rechtsverhältnis prägende Bedeutung zukommt.

9. Leistungsstörungen

Leistungsstörungsregeln sind im Rahmen rechtstypologischer Rechtsgewinnung nur von Interesse, soweit sie Rückschlüsse auf die intendierte Qualifizierung zulassen.

a. Verzug und Zurückbehaltungsrecht

aa. Sperre des Anschlusses bei Verzug

§ 19 TKV gilt nicht nur für die Anbieter allgemeiner Zugänge zu festen öffentlichen Telekommunikationsnetzen, sondern für "*Anbieter von Sprachtelefondienst*" schlechthin. Das bedeutet, daß auch der Anbieter von Fernverbindungen bei Verzug des Endkunden mit einer Zahlungsverpflichtung von mindestens einhundertfünfzig Deutsche Mark und dem Verbrauch einer etwaigen Sicherheitsleistung berechtigt ist, die Inanspruchnahme der eigenen Leistung zu unterbinden, wobei dieser Sperre grundsätzlich eine zweiwöchige Frist, berechnet vom Zeitpunkt des Zugangs einer Androhung der Leistungseinstellung unter Hinweis auf die Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, vorauszugehen hat. Darüber hinaus kann der Anbieter auch ohne die Einhaltung dieser Modalitäten den Zugriff auf die Telekommunikationsdienstleistungen unterbinden, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gegeben ist, eine Gefährdung der Anbiereinrichtungen oder der öffentlichen Sicherheit vorliegt oder das Entgeltaufkommen sprunghaft ansteigt und aufgrund von Tatsachen zu erwarten ist, daß eine Deckung nicht erfolgen wird. Eine Vollsperrung des Anschlusses im Sinne von § 19 Abs. 3 S. 2 TKV⁷⁶³ kommt naturgemäß nicht in Betracht, weil der Anbieter von Fernverbindungen keinen Zugriff auf den Teilnehmeranschluß, also keinen Einfluß auf die Empfangsleistung hat.

⁷⁶³ Zum Teil wird § 19 TKV ohne Rücksicht darauf, daß die auf das "Teilnehmeranschlußverhältnis" zugeschnittenen Bestimmungen keine Anwendung finden können, einfach übernommen. So sehen etwa die allgemeinen Geschäftsbedingungen der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 300/1998, S. 3033), Ziffer 4.9. eine vollständige Sperre eines allgemeinen Netzzugangs vor.

bb. Kündigung bei Verzug

(A.) Verzug des Endkunden

Neben der intensiv telekommunikationsrechtlich ausgestalteten Abgangssperre zieht der Verzug des Kunden nach dem in den Geschäftsbedingungen zum Ausdruck kommenden Willen der Anbieter unter Umständen auch die fristlose Kündigung des Rechtsverhältnisses nach sich. Die Voraussetzungen differieren: Als Grund für eine außerordentliche Kündigung soll beispielsweise genügen, daß sich der Kunde für zwei aufeinanderfolgende Monate mit der Zahlung der Vergütung⁷⁶⁴, mit dieser Verpflichtung oder einem länger als zwei Monate dauernden Zeitraum mit einem Betrag, der der durchschnittlich geschuldeten Vergütung für zwei Monate entspricht⁷⁶⁵ oder überhaupt in Verzug⁷⁶⁶ befindet.

(B.) Verzug des Anbieters

Die Anbieter wollen sich demgegenüber einen großzügiger bemessenen Leistungszeitraum einräumen. So soll etwa bei Verzug des Anbieters die Beendigung des Vertrages durch den Kunden erst nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen⁷⁶⁷ möglich sein.

b. Unmöglichkeit

Im Gegensatz zum Verzug findet die Unmöglichkeit, abgesehen von den umfangreichen allgemeinen Bestimmungen über die Haftung des Anbieters, in den Geschäftsbedingungen keine Berücksichtigung. Die inhaltliche Ausgestaltung ergibt sich daher aus § 6 TKV, der lediglich bei voraussehbaren Leistungseinstellungen oder Beschränkungen die Information registrierter Kunden gebietet (§ 6 Abs. 3 TKV) und für die vorübergehende Einstellung oder Beschränkung des Universaldienstes bei Gefährdung öffentlicher Interessen gestaffelte Informationspflichten normiert.

⁷⁶⁴ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 8.3..

⁷⁶⁵ Allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection-Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer VIII. (2) d) unter der Einschränkung, daß die Gesamtforderung mindestens 150,00 DM beträgt, andererseits ist unter Ziffer VI. (1) ein Rücktrittsrecht bei Verzug des Endkunden und Fruchtlosigkeit einer Nachfristsetzung normiert.

⁷⁶⁶ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Preselection-Selection und Global Calling Card der EconoPhone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 80/1999, S. 767), Ziffer 8.2..

⁷⁶⁷ Allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection-Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer VI. (5).

c. Entstörung

aa. Telekommunikationsrechtlicher Hintergrund

Die ONP- Richtlinie⁷⁶⁸ im Verbund mit § 12 TKV sieht die Pflicht zur "Sonderentstörung" für marktbeherrschende Unternehmen vor.

bb. Vertragliche Regelung

Auch Anbieter von Preselection, die nicht zu den marktbeherrschenden gehören, legen sich Entstörungspflichten auf⁷⁶⁹ und versprechen, Störungen des Betriebs unverzüglich zu beseitigen⁷⁷⁰. Zum Teil werden darüber hinaus auch die Modalitäten der Annahme der Störungsmeldung und der Durchführung der Maßnahmen sowie Fristen für deren Einleitung vereinbart⁷⁷¹. Manche Anbieter räumen dem Endkunden auch Rechte für den Fall der Überschreitung der Regelentstörungsfrist⁷⁷² und wegen "Leistungsstörungen" ein⁷⁷³. Die Kosten für das Auffinden und die Beseitigung einer Störung, die ihre Ursache nicht in den technischen Einrichtungen des Anbieters hat, werden überwiegend dem Endkunden aufgegeben.

d. Ergebnis

Die Klauseln über Verzug, Unmöglichkeit und Entstörung rekapitulieren die telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen. Die Anlehnung an eine vertypete Vertragsart ist nicht erkennbar⁷⁷⁴.

⁷⁶⁸ Richtlinie des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP) (90/387/EWG), ABl. L 192 v. 24.7.1990, S. 1.

⁷⁶⁹ Keine Regelung über Entstörungspflichten enthalten dagegen beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203).

⁷⁷⁰ So exemplarisch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viag Interkom GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, 1998, Mitteilung Nr. 311/98, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 379/1999, S. 2497), Ziffer 14.

⁷⁷¹ So beispielsweise die Leistungsbeschreibung "o.tel.o. Voice-Service (Telefonieren mit otelo)" der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 65/1998, S. 918), Ziffer 3.

⁷⁷² Vgl. Leistungsbeschreibung Arcor - Town to town der Mannesmann Arcor AG & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 8/1998, S. 73), am Ende.

⁷⁷³ So sehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 63/1998, S. 915) unter Ziffer 8 vor, daß der Kunden unter Umständen die Vergütung für "die betreffende" Dienstleistung mindern und/oder den Vertrag bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung außerordentlich kündigen kann.

⁷⁷⁴ Das im Einzelfall gewährte Recht auf Minderung, das in zahlreichen Vertragstypen vorkommt, ist für eine eindeutige Bestimmung des Vertragstypus zu unspezifisch.

10. Haftung

Eng verbunden mit den Verzugs- und Unmöglichkeitregelungen ist die Frage der Haftung des Anbieters. Überwiegend werden in Konkordanz mit § 40 TKG und § 7 TKV die (vermeintlichen)⁷⁷⁵ Freizeichnungsfreiräume, insbesondere für nicht grob fahrlässig oder schuldhaft verursachte Schäden, ausgeschöpft⁷⁷⁶. Daß auch Haftungsfreizeichnungen keine Hauptleistungspflichten begründen, die für das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunden von wesentlicher Natur sein könnten, bedarf keiner näheren Erörterung.

11. Vertragslaufzeit

Der Vertrag über das Preselection- Verfahren wird in der Regel auf unbestimmte Zeit geschlossen. Zur Beendigung der Rechtsbeziehung sehen die Geschäftsbedingungen der meisten⁷⁷⁷ Anbieter ordentliche und außerordentliche Kündigungsrechte vor. Die vorbehaltlich einer (individualvertraglich) vereinbarten Frist oder Mindestlaufzeit herrschenden ordentlichen Kündigungsfristen divergieren zwischen einem Werktag zum Ende des nächsten Werktages⁷⁷⁸ und einem Monat zum Monatsende⁷⁷⁹. Als

⁷⁷⁵ Siehe zum Umfang der Haftungsfreizeichnung oben 2. Teil, 2. Abschnitt, § 2 XIII 2.

⁷⁷⁶ So beispielsweise in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Mannesmann Arcor AG & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 70, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 181/1999, S. 412), Ziffer 14; in den allgemeinen und besonderen Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 442 f./1999, S. 2939 f.); in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 13/1998, S. 81), Ziffer 9 sowie in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 7.

⁷⁷⁷ Kein ordentliches Kündigungsrecht ist beispielsweise in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Firma Hutchison Telecom GmbH, Festnetz (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 159/1998, S. 1857) und den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Telepassport Service GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 231/1998) enthalten. Hier werden jeweils Mindestvertragslaufzeiten mit automatischer Verlängerung und Kündigungsmöglichkeit vereinbart.

⁷⁷⁸ So beispielsweise für das Kündigungsrecht des Endkunden: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345), Ziffer 8.1; fünf Tage: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Komtel Gesellschaft für Kommunikations- und Informationsdienste mbh (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 506/1999, S. 3243), Ziffer 13.1.; zwei Wochen: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Tele2 Telecommunication Services GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 217/1999, S. 1515), Ziffer 9; ein Monat: Allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459), Ziffer 2.6..

⁷⁷⁹ So etwa die allgemeinen Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 442/1999, S. 2939), Ziffer 4.2. und die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 263/1998, S. 2680), Ziffer 7 und die

Gründe für eine außerordentliche Kündigung werden unterschiedliche Vertragsverstöße des Endkunden genannt.

12. Datenschutz und Fernmeldegeheimnis

Zum Adressatenkreis der Telekommunikationsnormen, die dem Schutz von Daten und des Fernmeldegeheimnisses dienen, zählen auch die Anbieter von Preselection. Eine das Rechtsverhältnis prägende Rolle spielen diese Schutznormen, ebenso wie die in den Geschäftsbedingungen der Anbieter enthaltenen Hinweise auf die Wahrung respektive die Einschränkungen des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses nicht.

13. Sonstige Vereinbarungen

Sonstige Vereinbarungen sind nicht typisch, sondern finden sich, wie etwa AGB- Abwehrklauseln, Aufrechnungs- und Abtretungsverbote, Gerichtsstandsvereinbarungen und Abreden über die Anwendung deutschen Rechts sowie salvatorische Klauseln in nahezu jedem Vertrag.

II. Ergebnis

Auch die Rechtsbeziehungen zwischen den Anbietern von Preselection und Endkunden enthalten überwiegend Regelungen, die Nebenleistungspflichten, Durchführungsmodalitäten, Folgen von Äquivalenzstörungen und Haftungsfragen betreffen. Daneben ließen sich folgende Hauptleistungspflichten ermitteln: Der Anbieter ist verpflichtet, jederzeit auf Abruf die vom Endkunden gewählte Fernverbindung zu einem empfangsbereiten und funktionsfähigen Anschluß in einem anderen Ortsnetz herzustellen, die Verbindung für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten und auf Wunsch über diese Telekommunikationsverbindung Sprachsignale vom und zum Endkunden zu transportieren. Als Gegenleistung für die Einzelverbindung schuldet der Endkunde das jeweilige Verbindungsentgelt.

D. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses über das Preselection-Verfahren

Diese wesentlichen Verpflichtungen sind an den charakteristischen Vertragspflichten gesetzlich normierter und im Rechtsleben entwickelter Vertragstypen zu messen, um im Wege rechtstypologischer Qualifizierung die für das vorliegende Rechtsverhältnis "passenden" Rechtsmaterien zu ermitteln.

allgemeinen Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH (ABl. RegTP 1997, Mitteilung Nr. 208/97, S. 1906, geändert durch Mitteilung Nr. 269/1998, S. 2706), Ziffer 3.1. und die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 8.2..

Dabei ist auf die im Wege der Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden gewonnenen Erkenntnisse zu rekurrieren, soweit Gemeinsamkeiten beider Rechtsverhältnisse bestehen, die einen Gleichklang der rechtlichen Einordnung gestatten.

I. Feststellung und Beurteilung divergierender und übereinstimmender Inhalte der bisher behandelten Rechtsverhältnisse

Die wesentlichen Leistungsverpflichtungen der Parteien eines Preselection-Vertrages kongruieren partiell mit denjenigen im Rechtsverhältnis zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden: Übereinstimmend sind sowohl der Anbieter von Ortsverbindungen als auch der Preselection-Anbieter verpflichtet, jederzeit auf Wunsch des Endkunden Telekommunikationsverbindungen zu empfangsbereiten Anschlüssen herzustellen, aufrechtzuerhalten und Sprachkommunikation über diese Verbindung abzuwickeln.

Divergenzen bestehen insoweit, als der Anbieter von Preselection nicht für die Errichtung und Aufrechterhaltung von Orts-, sondern von Fernverbindungen zuständig ist, der Anbieter von Fernverbindungen nicht verpflichtet ist, den Empfang eingehender Anrufer zu gewährleisten und der Endkunde "call by call" einen anderen Anbieter von Fernverbindungen auswählen und damit, anders als im Ortsnetzbereich, mit derselben Leistung einen alternativen Anbieter betrauen kann.

Um die Parallelen zwischen den beiden Rechtsbeziehungen für die rechtliche Qualifizierung fruchtbar zu machen, ist die rechtliche Relevanz der zwischen ihnen bestehenden Divergenzen zu analysieren.

1. Fernverbindungen statt Ortsverbindungen

Die Kategorisierung des Leistungsgegenstandes nach Ortsverbindungen einerseits und Fernverbindungen andererseits wurzelt in der Telekommunikationstechnik. Qualitative Verschiebungen der Anbieterleistungen, die eine abweichende rechtliche Bewertung erfordern, bedingt diese Differenzierung nicht. Denn sie beruht lediglich auf dem Unterschied des Einsatzes von Teilnehmernetzen einerseits und Verbindungsnetzen andererseits. Der signifikante Unterschied zwischen den Telekommunikationsnetzen, der allgemeine Netzzugang in Form des Teilnehmeranschlusses, der nur beim Orts-, also Teilnehmernetz vorhanden ist, hat auf die Art der tatsächlichen Leistungserbringung zum Zweck der Errichtung und zur Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung keinen Einfluß.

2. Keine ausschließliche Bezugsbindung

Auch die dem Endkunden im Preselection- Verfahren, anders als im Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden einzuräumende Möglichkeit, für dieselbe Leistung "call by call" einen alternativen Anbieter auszuwählen, ist für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend. Denn die ausschließliche Bindung ist für die Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunde irrelevant.

3. Keine Empfangsleistung

Der unter rechtlichen Gesichtspunkten wesentliche Unterschied zwischen beiden Rechtsverhältnissen besteht in der Verkürzung des Leistungsprogramms im Preselection- Verfahren um die Empfangsbereitschaft und die ihr äquivalente Zahlungsverpflichtung.

II. Rechtliche Qualifizierung

Es erhebt sich die Frage, wie diese Divergenz die rechtstypologische Qualifizierung beeinflusst.

1. Fehlen der Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Empfangsbereitschaft

Die Verpflichtung, den Empfang eingehender Anrufe zu bewerkstelligen, ist typische, aber isolierbare Leistungsverpflichtung des Vertrages zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden. Mit dieser Verpflichtung steht und fällt zwar dieses aus mehreren Elementen zusammengesetzte Rechtsverhältnis. Hypothetisch kann die Empfangsleistung jedoch hinweggedacht werden, ohne daß dadurch der Rechtscharakter des verbleibenden Teils gefährdet würde.

2. Transport und Vermittlung von Sprache

Das rechtfertigt die kongruente Qualifizierung der Verpflichtung zur Errichtung und Aufrechterhaltung von Telekommunikationsverbindungen in beiden Rechtsverhältnissen. Es handelt sich um eine dauerwerkvertragliche Anbieterleistung.

3. Dauerhafte Leistungsbereitschaft

Diese Verpflichtung trifft den Anbieter von Preselection ebenso wie den Anbieter von Ortsverbindungen nicht nur im Einzelfall, sondern auf beliebigen Abruf des Endkunden, also jederzeit. Die Einzellieferungen werden kraft dieser Bindung des Anbieters zur dauerhaften Leistungsbereitschaft im Rechtsverhältnis zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden wie im Rechtsverhältnis zwischen den Preselection- Anbietern

und Endkunden nach Art eines Sukzessivlieferungsvertrages in Gestalt eines Dauerlieferungsvertrages zu einer Einheit verknüpft.

III. Ergebnis

Bei dem Vertrag zwischen dem Anbieter von Preselection und dem Endkunden handelt es sich um einen Dauerlieferungsvertrag, dessen Einzellieferungen in Form abgehender Telekommunikationsverbindungen als Dauerwerkleistungen zu qualifizieren sind.

E. Die rechtliche Behandlung des Preselection- Rechtsverhältnisses

Die partiell identische Typologie läßt eine weitgehende Übertragung der für die rechtliche Behandlung der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden gewonnenen Erkenntnisse zu. Markante Eigentümlichkeiten des Preselection- Verfahrens bedingen aber auch abweichende rechtliche Würdigungen.

I. Das Rechtsverhältnis über die Einzellieferung

Die Einzellieferungen in Gestalt der abgehenden Telekommunikationsverbindung bewahren auch im Verbund des Dauerlieferungsvertrages eine relative Selbständigkeit.

1. Zustandekommen

Die sonach wie ein Einzelvertrag zu behandelnde Rechtsbeziehung über die Telekommunikationsverbindung kommt durch Abruf zustande. Die geschäftsähnliche Handlung, die die Verpflichtung des Anbieters zur Erbringung der konkreten Einzelleistung in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindung begründet, ist in der Wahl einer Rufnummer zu sehen, die einen außerhalb des Ortsnetzes befindlichen Teilnehmeranschluß adressiert und die Anbieterverpflichtung konkretisiert.

a. Notwendige Mitwirkung des Anbieters von Ortsverbindungen

Die Anbahnung dieses Einzelrechtsverhältnisses vollzieht sich, anders als zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden, nicht unmittelbar zwischen den Parteien. Der Endkunde kann vielmehr mit dem Preselection- Anbieter nur in Kontakt treten, wenn der Anbieter von Ortsverbindungen das vom Teilnehmeranschluß ausgesandte Signal an den Anbieter von Preselection (also an die in seinem Netz installierte Vermittlungseinrichtung) übermittelt. Denn der Endkunde ist stets nur mittelbar über das notwendig vorgeschaltete Ortsnetz mit dem Verbindungsnetz des Anbieters verbunden. Das wirft die Frage auf, wie das unerläßliche Zusammenwirken der Anbieter von Ortsverbindungen und der Anbieter von

Preselection rechtlich zu werten ist, ob womöglich im Preselection- Verfahren beide Anbieter gemeinschaftlich Schuldner des Endkunden sind⁷⁸⁰.

aa. Mitwirkung aufgrund vertraglicher Verpflichtung aus dem "Teilnehmeranschlußverhältnis"

Nach der Analyse der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden steht fest, daß die Übermittlung des Abrufsignals an den Anbieter von Fernverbindungen nicht zum Leistungsumfang jener Rechtsbeziehung gehört. Denn die Anbieterverpflichtung, Ortsverbindungen zu errichten und aufrechtzuerhalten, deckt nicht die Übermittlung des Abrufsignals an den Preselection- Anbieter, weil es sich bei der zu diesem Zweck errichteten Verbindung zum Vermittlungsrechner des Preselection- Anbieters nicht um eine zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsverbindung handelt. Und die zuweilen in den Geschäftsbedingungen der Anbieter von Ortsverbindungen angesprochene Möglichkeit, neben den Verbindungen des Anbieters von Ortsverbindungen auch Verbindungen anderer Anbieter in Anspruch zu nehmen⁷⁸¹, versteht sich nicht als echte Anbieterverpflichtung, zur Verschaffung von Preselection- Verbindungen, sondern als deklaratorischer Hinweis auf die dem Endkunden nach § 43 Abs. 6 TKG zu gewährende Wahlfreiheit.

Die Anbieter von Ortsverbindungen und die Preselection- Anbieter werden mithin mangels eigener Verpflichtung des Teilnehmernetzbetreibers gegenüber dem Endkunden nicht als gemeinschaftliche Schuldner tätig⁷⁸².

bb. Vertretung des Endkunden durch den Anbieter von Ortsverbindungen

Handelt der Anbieter von Ortsverbindungen unabhängig von einer Verpflichtung aus dem "Teilnehmeranschlußverhältnis", wird er bei Weiterleitung des Signals an den Preselection- Anbieter möglicherweise auf Grundlage eines Auftrages als Stellvertreter des Endkunden tätig.

Die bereits im Zusammenhang mit der Nutzung des Anschlusses durch Dritte erörterten Voraussetzungen der Stellvertretung im Sinne von § 164 Abs. 1 BGB sind jedoch deshalb nicht erfüllt, weil der Anbieter von Ortsverbindungen auf den Inhalt des Abrufs keinen Einfluß hat. Er gibt keine eigene Erklärung ab.

⁷⁸⁰ So Hahn, MMR 1999, 251, 253.

⁷⁸¹ Vgl. Leistungsbeschreibung Telefondienst (Telefonanschluß) der Deutschen Telekom AG (ABl. RegTP 1999, Anlage 1 zur Mitteilung Nr. 68/1999, S. 537), Ziffer 1.3..

⁷⁸² Die Verpflichtung zur Weiterleitung des Signals an den Preselection- Vermittlungsrechner beruht vielmehr auf Zusammenschaltungsvereinbarungen der Anbieter untereinander.

cc. Botenschaft des Anbieters von Ortsverbindungen

Übermittelt der Anbieter von Ortsverbindungen eine fremde Erklärung des Endkunden, handelt er als Bote. Je nachdem, wessen Pflichtenkreis er nach der Verkehrsauffassung zuzuordnen ist, ist er Erklärungs- oder Empfangsbote, ist das Risiko der ordnungsgemäßen Übermittlung dem Endkunden oder dem Anbieter von Fernverbindungen zugewiesen.

Nach der Verkehrsauffassung stellt sich das Procedere im Vorfeld eines Preselection- Ferngespräches nicht so dar, daß zunächst der Anbieter des allgemeinen Netzzugangs vom Endkunden mit der Übermittlung einer Botschaft an den Anbieter von Fernverbindungen beauftragt wird. Entsprechende Bestimmungen finden sich nirgends. Vielmehr ist der Anbieter des Preselection- Verfahrens bei Wahl einer Fernverbindung unabhängig von irgendwelchen Übermittlungsschritten verpflichtet, das Telefonieren mit einem entfernten Teilnehmer zu ermöglichen. Daß er bei jedem Ferngespräch die Anforderung des Endkunden über das Teilnehmernetz erhält, gehört somit zu seinen, aufgrund einer Zusammenschaltungsvereinbarung mit dem Anbieter des allgemeinen Netzzugangs zu regelnden Pflichten und liegt nicht im Risikobereich des Endkunden. Das Scheitern der Weitergabe oder unrichtige Übermittlungen gehen damit zu Lasten des Anbieters von Fernverbindungen. Dieser ist gegebenenfalls auf Regreßansprüche gegen den Teilnehmernetzbetreiber verwiesen.

b. Ergebnis

Der Ortsnetzbetreiber ist durch den Anbieter von Fernverbindungen zur Entgegennahme von Erklärungen des Endkunden ermächtigt, also Empfangsbote des Anbieters. Das bedeutet, daß die Erklärung des Endkunden dem Anbieter von Fernverbindungen in dem Moment zugeht, in dem mit der Weiterleitung an ihn zu rechnen ist⁷⁸³. Das ist bei den hochtechnisierten Telekommunikationsnetzen ohne merkliche Zeitverzögerung nach Abruf der Fernverbindung der Fall.

2. Vertragswirkungen des Einzelrechtsverhältnisses

Angesichts der kongruenten Typologie der Einzellieferung in den Rechtsverhältnissen zwischen Anbietern von Preselection und Endkunden und Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden folgt auch die rechtliche Behandlung der Einzelrechtsverhältnisse denselben Regeln.

a. Leistungsstörungen

Auf das Dauerschuldverhältnis im engeren Sinne in Form der einzelnen Telekommunikationsverbindung sind bei "vorübergehender Unmöglichkeit"

⁷⁸³ Vgl. Palandt- Heinrichs § 130 Rn. 9 m.w.N..

unter Beschränkung der Rechtswirkungen auf den Zeitraum, in dem die Telekommunikationsverbindung nicht besteht, die für die vollständige Unmöglichkeit geltenden §§ 275, 323 ff. BGB mit der Maßgabe anwendbar, daß die Rechtsbehelfe des Rücktritts und des "großen Schadensersatzanspruchs" aus § 325 BGB Abs. 1 S. 1 BGB durch den speziellen Rechtsbehelf der außerordentlichen Kündigung wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung oder Interessefortfall verdrängt werden. Da dem Endkunden angesichts der Möglichkeit zur sofortigen Beendigung eines Telefonats an Kündigungsrechten nicht gelegen ist, reduzieren sich seine Rechte realiter auf den "kleinen Schadensersatzanspruch" gemäß § 325 Abs. 1 S. 1 BGB sowie auf den Anspruch auf Ersatz des Auflösungschadens gemäß §§ 628 Abs. 2 BGB, 89 lit. a Abs. 2 HGB analog.

b. Gewährleistung

Für die während der Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung uno actu mit der Gläubigerhandlung bereits erfüllten Leistungssegmente gilt Werkvertragsrecht mit den Modifikationen: Vollendung statt Abnahme (§ 646 BGB) und Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung wegen Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung (§ 634 Abs. 2 BGB). Unter den Gewährleistungsrechten stehen Minderung und der unter der Verschuldensvoraussetzung stehende Anspruch auf den "kleinen Schadensersatz" gemäß § 635 BGB im Vordergrund. Wegen des Vorrangs des speziellen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund ist der Endkunde zur Ausübung der zur Rückabwicklung führenden Totalrechte der Wandelung und des "großen Schadensersatzanspruchs" nicht berechtigt.

II. Der Dauerlieferungsvertrag

1. Vertragsschluß

Die Parallele zwischen "Teilnehmeranschlußvertrag" und Preselection-Rechtsverhältnis setzt sich beim Vertragsschluß fort: Der Dauerlieferungsvertrag wird durch Angebot und Annahme geschlossen, deren Inhalt jeweils formularmäßig vom Anbieter vorbereitet und nach Datenergänzung und Unterschrift zwischen den Parteien ausgetauscht werden⁷⁸⁴. Soweit eine

⁷⁸⁴ Eine ausdrückliche Angebotserklärung des Endkunden mit Hilfe von Formularen erfolgt in der Praxis schon deshalb, weil der Anbieter des Preselection-Verfahrens die Voreinstellung nur einrichten kann, wenn er über die im Antragsformular enthaltenen technischen Daten über den Endkundenanschluß verfügt und sich daraufhin mit dem Anbieter von Ortsverbindungen ins Benehmen setzen kann. Auf den Antrag des Endkunden reagiert der Endkunde regelmäßig mit einer schriftlichen Annahme; diese kann aber auch konkludent durch Freischaltung des Anschlusses erklärt werden; vgl. beispielsweise (ausdrücklich): Allgemeine Geschäftsbedingungen

ausdrückliche Annahmeerklärung des Anbieters nicht erfolgt, genügt zum Vertragsschluß ein schlüssiges Verhalten, das jedenfalls in der Freischaltung des Anschlusses für das Preselection- Verfahren zu erkennen ist.

2. Vertragswirkungen

a. Synallagma und Zurückbehaltungsrecht

Kraft Dauerlieferungsvertrages werden die Einzellieferungen in der Weise verknüpft, daß alle Ansprüche auf die einzelnen Telekommunikationsverbindungen im synallagmatischen Austauschverhältnis zu allen Ansprüchen auf die Verbindungsentgelte stehen. Diese Verknüpfung führt zu einer Erstreckung des Zurückbehaltungsrechts auf die Gesamtrechtsbeziehung in der Weise, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages wechselseitig auch hinsichtlich solcher Leistungen erhoben werden kann, die während des Fortbestandes der Gegenseitigkeitsbeziehung zeitlich nicht unmittelbar miteinander korrespondieren.

Der Anbieter ist gleichwohl nicht vorbehaltlos berechtigt, gemäß § 320 BGB die Errichtung weiterer Telekommunikationsverbindungen wegen Zahlungsrückstandes des Endkunden mit vorangegangenen Verbindungsentgelten zu verweigern, weil § 19 TKV als spezielle und vorrangige Norm die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts in Form der "Sperrung" unter besondere Voraussetzungen stellt.

b. Auswirkungen der Störungen der Einzellieferungen auf den Gesamtvertrag

Störungen des Äquivalenzverhältnisses der bei einer Einzellieferung virulenten Pflichten können auf einer qualitativ anderen Ebene Bedeutung erlangen für das gesamte Schuldverhältnis. Der Gläubiger kann zwar mit den auf die einzelne Dauerwerkleistung bezogenen Rechten Vorlieb nehmen, ihm steht aber auch die Möglichkeit offen, das gesamte Dauerschuldverhältnis außerordentlich zu kündigen und unbeschadet des Anspruchs auf Ersatz des "kleinen" Schadens wegen Nichterfüllung der Einzellieferungsverpflichtung den Auflösungsschaden liquidieren, wenn die Störung der Einzellieferung einen wichtigen Grund zur Kündigung des Dauerlieferungsvertrages bietet. Das ist nur der Fall, wenn der Anlaß zur Kündigung im angemessenen Verhältnis zu deren Folgen steht, der vorgebrachte Grund also eine Vertragsfortsetzung unzumutbar macht oder zum Fortfall des Interesses an der weiteren Leistung führt. Inwieweit nach diesen Kriterien ein Vertragsverstoß zur Kündigung berechtigt, ist eine Frage des Einzelfalles. Allgemein gilt, daß eine Kündigung durch den Endkunden

der Viatel GmbH für ViaDirect (Preselection) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 1203), Ziffer 2.1..

grundsätzlich nicht schon aufgrund einer einmaligen Störung der Einzellieferung gerechtfertigt sein kann. In diesen Fällen kann auch eine Abmahnung (Fristsetzung) Voraussetzung für die Kündigung sein.

Für den Anbieter seinerseits ergibt sich aus einer Zahlungsverweigerung oder einem Zahlungsrückstand des Endkunden das Recht zur außerordentlichen Kündigung und zur Liquidation des dadurch verursachten Schadens, wobei jedoch die Bagatellschwelle des § 19 TKV außerordentliche Kündigung aus Anlaß eines geringfügigeren Zahlungsrückstandes sperrt⁷⁸⁵.

c. Ergebnis

Werden nach Wahl einer Ferngesprächsrufnummer dem Endkunden Telekommunikationsverbindungen nicht aufgebaut, brechen sie ab oder werden sie nur mangelhaft erbracht, kann der Endkunde je nach Gewicht der Störungen im Verhältnis zum Gesamtvertrag das Rechtsverhältnis mit dem Preselection-Anbieter außerordentlich kündigen und den Auf Lösungsschaden beanspruchen. Der aus der Störung des Einzelrechtsverhältnisses resultierende Anspruch bleibt davon unberührt.

Der Anbieter kann ebenfalls das Rechtsverhältnis außerordentlich kündigen, wenn dessen Fortsetzung unzumutbar ist oder an der weiteren Erfüllung kein Interesse mehr besteht, und Ersatz des Auf Lösungsschadens verlangen. Der Zahlungsrückstand des Endkunden berechtigt jedoch nur dann zur außerordentlichen Kündigung, wenn der Zahlungsrückstand die in § 19 TKV normierte Bagatellgrenze in Höhe von 150,00 DM nachhaltig übersteigt.

3. Nichtigkeitsgründe

Die Nichtigkeitsgründe des allgemeinen Teils des BGB finden auf den Dauerlieferungsvertrag uneingeschränkt Anwendung. Denn es besteht kein Anlaß für eine Reduktion der daraus resultierenden ex tunc- Rechtsfolgen nach den Grundsätzen über ein "faktisches" oder "fehlerhaftes" Vertragsverhältnis.

III. Ergebnis

Das Leistungsprogramm der Anbieter von Preselection und Endkunden unterscheidet sich, abgesehen von marginalen Differenzen, nur insoweit von den Leistungspflichten der Anbieter von Ortsverbindungen und Endkunden,

⁷⁸⁵ Abweichende Klauseln der Anbieter sind gemäß § 1 Abs. 1 TKV unwirksam. So auch Hahn, ZAP 1999, Fach 6, S. 279, 292 f.; sehr zweifelhaft daher Grote, BB 1998, 1117, 1119, die eine Lösung vom Vertrag auch dann für möglich hält, wenn der Endkunde "wiederholt seine Pflichten verletzt". Siehe auch Gerhoff/Grote/Siering/Statz - Statz, D 01.1000 Rn. 47.

als die für jenes Rechtsverhältnis typische Verpflichtung des Anbieters, dem Endkunden jederzeit den Empfang von Telekommunikationsverbindungen zu ermöglichen, nicht zu den Pflichten des Preselection- Anbieters gehört. Im übrigen kongruieren die wechselseitigen Leistungsverpflichtungen der jeweiligen Parteien, so daß der Preselection- Vertrag als Dauerlieferungsvertrag einzuordnen ist, der wie Dauerwerkverträge zu behandelnde Einzellieferungen über abgehende Telekommunikations(fern)verbindungen zu einer Gesamtheit verknüpft. Auch hinsichtlich der Vertragswirkungen können die für die Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden gewonnenen Erkenntnisse, insbesondere über die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts, die Behandlung von Leistungsstörungen und die Auswirkungen von Nichtigkeitsgründen entsprechend angewendet werden.

§ 2 Rechtsverhältnisse im Call by Call- Verfahren

Das schließlich zu behandelnde Call by Call- Verfahren bietet dem Endkunden die Möglichkeit, Fernverbindungen über einen "Anruf für Anruf" individuell selektierten Anbieter zu führen.

A. Einführung

Die Auswahl eines Call by Call- Anbieters im Einzelfall ist im Gegensatz zur festen Voreinstellung, die bei jedem Teilnehmeranschluß obligatorisch ist, fakultativ. Obwohl damit an sich keine Notwendigkeit besteht, zu Telekommunikationszwecken überhaupt jemals über das Call by Call- Verfahren einen Anbieter in Anspruch zu nehmen, und trotz der ökonomisch bedingten Ressentiments der Anbieter gegenüber dem Call by Call- Verfahren hat sich in der Anfangsphase der Entwicklung des liberalisierten Telekommunikationsmarktes dieses System gegenüber dem Preselection-Verfahren nicht nur behauptet, sondern es zahlenmäßig sogar übertroffen.

Zur besseren Durchsetzung des flexiblen Call by Call- Systems haben sicherlich Aufklärungskampagnen, insbesondere von Verbraucherschutzorganisationen, beigetragen, die den Endkunden nach wie vor von einer festen Voreinstellung (zunächst) abraten und empfehlen, einzelne Anbieter über die Netzbetreiberkennziffer Call by Call "auszuprobieren". Attraktivität hat das Call by Call- System zudem gewonnen durch Preistabellen⁷⁸⁶ und least- cost- router, die den Zugriff auf den im Einzelfall kostengünstigsten Tarif erleichtern.

⁷⁸⁶ Insbesondere fortlaufend aktualisierte Internet- Seiten zeigen zuverlässig den jeweils günstigsten Anbieter an.

Aufgrund der erhöhten Nachfrage nach Call by Call - Angeboten sahen sich letztlich auch solche Anbieter, die zunächst ausschließlich auf "Abonnenten-Kunden" des Preselection- Verfahrens setzen, zu einem Call by Call-Angebot genötigt⁷⁸⁷.

B. Garantie des Verfahrens

Ob allein der Markt das unter den Anbietern wenig beliebte Call by Call-Produkt hätte erzwingen können, erscheint allerdings zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat daher zur Intensivierung des Wettbewerbs (auch)⁷⁸⁸ das Call by Call-Verfahren gesetzlich garantiert.

§ 43 Abs. 6 TKG verpflichtet die Netzbetreiber, jedem Nutzer die Möglichkeit einzuräumen, den Verbindungsnetzbetreiber frei auszuwählen. Der Nutzer darf nicht auf die Auswahl eines voreingestellten Telekommunikationsdienstleisters beschränkt werden, sondern muß in die Lage versetzt werden, sowohl den Anbieter der - freilich stets erforderlichen - dauerhaften Voreinstellung frei zu wählen, als auch "*im Einzelfall des Verbindungsaufbaus durch die Wahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl*" einen anderen Betreiber auswählen zu können. Daraus ergibt sich nicht nur die Zulässigkeit des Call by Call- Verfahrens, sondern seit dem 1.1.1998 (§ 100 Abs. 2 TKG) die Garantie dieses Systems⁷⁸⁹.

Technische Probleme, die nach § 43 Abs. 1 Satz 2 TKG das Aussetzen der Verbindungsnetzbetreiberauswahl durch die Regulierungsbehörde rechtfertigen, existieren nicht⁷⁹⁰. Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines bestimmten Call by Call - Anbieters ist freilich, daß dieser mit dem Anbieter des allgemeinen Netzzugangs die Zusammenschaltung der Telekommunikationsnetze vereinbart hat und auf dieser Grundlage eine Korrespondenz der Anbietereinrichtungen möglich ist.

⁷⁸⁷ So erfolgte beispielsweise die Einführung des Produktes "O.tel.o 01011" durch die o.tel.o communications GmbH & Co erst als Reaktion auf die fehlende Nachfrage des Preselection- Produktes, vgl. Zuber, connect 8/98, S. 25.

⁷⁸⁸ Daneben ist in § 43 Abs. 6 TKG auch das Preselection- Verfahren garantiert. Dieses System für "Abonnement- Kunden" hätte sich, soweit überhaupt ein Markt für Verbindungsnetzbetreiber besteht, aber ohnedies etabliert.

⁷⁸⁹ Sanktionsmöglichkeiten nach § 43 Abs. 7 Satz 1 TKG sichern diese Garantie ab: Nach dieser Vorschrift kann die Regulierungsbehörde zur Durchsetzung der freien Auswahl des Verbindungsnetzbetreibers Anordnungen erlassen und Zwangsgelder in Höhe von bis zu einer Million DM festsetzen.

⁷⁹⁰ Vgl. Beck TKG- Komm- Mellewig § 43 Rn. 77; Hefekäuser/Schulz, CR 1998, 403, 404.

C. Unterschiedliche Ausgestaltung des Verfahrens:

"offene" und "geschlossene" Netze

Auf dem Boden der Zivilrechtsordnung steht auch die Ausgestaltung von Rechtsbeziehungen über Call by Call in den aufgezeigten Grenzen zur Disposition der Parteien.

Wer Partei des Rechtsverhältnisses auf Kundenseite ist, ist beim Call by Call- Verfahren jedoch nicht ohne weiteres zu ermitteln. Der Anbieter steht nämlich vor dem Dilemma, daß er die Identität des Inhabers desjenigen Anschlusses, der für die Inanspruchnahme seiner Sprachtelefondienstleistung benutzt wird, nicht immer kennt. Denn unmittelbaren Zugriff auf die Kundendaten hat er nicht. Über diese verfügt (zunächst) nur der Anbieter des allgemeinen Netzzugangs⁷⁹¹.

Nach § 6 Abs. 6 TDSV darf zwar der Teilnehmernetzbetreiber die Verbindungsdaten zu Abrechnungszwecken an andere Unternehmen übermitteln, und § 15 Abs. 1 S. 5 TKV normiert, daß der Rechnungsersteller den "anderen" Anbietern zur Durchsetzung ihrer Forderungen die Bestands- und Verbindungsdaten zur Verfügung zu stellen hat. § 6 TDSV betrifft allerdings nur die Verbindungsdaten im Sinne des § 89 Abs. 2 Nr. 1 lit. b TKG, § 5 Abs. 1 TDSV. Eine Übermittlung der in § 89 Abs. 2 Nr. 1 lit. a TKG, § 6 Abs. 2 Nr. 2 TDSV definierten Bestandsdaten, die insbesondere Name und Anschrift des Kunden, Art des Dienstes und die dem Kunden zum Gebrauch überlassenen Einrichtungen betreffen, ist dagegen nach § 4 Abs. 1 S. 3 TDSV ohne Einwilligung des am Fernmeldeverkehr Beteiligten nicht gestattet.

Eine Ausnahme von diesem Verbot ist zwar in der Verpflichtung des Lizenznehmers nach § 12 TKG zu sehen, Teilnehmerdaten zur Errichtung von Auskunftsdiensten an andere Lizenznehmer zu übermitteln. Und das Verbot greift auch nicht ein im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 TDSV, der die Erteilung von Auskunftsdaten durch "Dritte" ohne gesonderte Einwilligung vorsieht. Für die Weiterleitung von Bestandsdaten im Call by Call - Verfahren besteht eine vergleichbare Ausnahmeregelung jedoch nicht. Es ist daher davon auszugehen, daß der Call by Call- Anbieter keine Möglichkeit hat, die Offenbarung der Bestandsdaten durch den Anbieter des allgemeinen Netzzugangs zu erzwingen.

Das bedeutet, daß der Anbieter von Call by Call gar nicht weiß, mit welchem Anschlußinhaber er es eigentlich zu tun hat, wenn sein Call by Call- Angebot genutzt wird. Dementsprechend besteht auch keine Möglichkeit, dem Anschlußinhaber die Entgelte unmittelbar in Rechnung zu stellen. Der

⁷⁹¹ Zu dieser Problematik: Beese, MMR 1999 (MMR aktuell), S. V.

Anbieter ist vielmehr darauf angewiesen, die Rechnungsbeträge über den Teilnehmernetzbetreiber einziehen zu lassen, der dafür allerdings eine Vergütung verlangt⁷⁹².

Vornehmlich aus diesem Grund eröffnet ein Teil der Anbieter sein Call by Call- Angebot erst nach einer schriftlichen oder fernmündlichen "Voranmeldung"⁷⁹³. Diese Voranmeldungen für ein sogenanntes "geschlossenes" Netz⁷⁹⁴ enthalten hinsichtlich der Abrechnungsmodalitäten, insbesondere aber auch in Bezug auf den Vertragschluß, Bestimmungen, die den Rechtsverhältnissen zwischen den Endkunden und denjenigen Anbietern, die auf eine Voranmeldung verzichten und grundsätzlich jedermann den Zugriff auf ihr Angebot ermöglichen ("offenes Netz")⁷⁹⁵, nicht immanent sind. Diese unterschiedliche Ausgestaltung des Call by Call- Verfahrens kann rechtliche Differenzierungen erforderlich machen, weshalb im folgenden Call by Call- Angebote mit und ohne Voranmeldung partiell geschieden werden.

D. Tatsachenmaterial

Die zentrale Regelungsfunktion üben im Massenverkehr der Telekommunikation auch beim Call by Call- Verfahren die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter aus. Hier begegnet die bereits aus dem Preselection- Verfahren und § 28 Abs. 2 S. 2 TKV bekannte Systematik. Es gibt separate Allgemeine Geschäftsbedingungen allein über das Call by Call- Verfahren⁷⁹⁶, einheitliche Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen, in denen die Spezifika des Call by Call- Verfahrens her-

⁷⁹² Die amtliche Begründung zu § 15 TKV, BR-Drs. 551/97 vom 24.7.1997, sieht vor, daß sich die Netzbetreiber über die Vergütung der im Zusammenhang mit dem Inkasso anfallenden Tätigkeiten vertraglich zu einigen haben.

⁷⁹³ Dabei handelt es sich beispielsweise um folgende Anbieter: ACC, D-Plus (Star Telekom), Debitel, Drillisch (alternativ auch ohne Voranmeldung), Econophone, Ewetel, Hansenet, Interoute, Isis, Komtel, Mox, Nikoma, RSL COM (alternativ auch ohne Voranmeldung), Super24, PTI, Tele2, Talkline (alternativ auch ohne Voranmeldung), Telebridge, Telepassport, UPX, Westcom.

⁷⁹⁴ Zum Begriff vgl. Hefekäuser/Schulz CR 1998, 403, 404.

⁷⁹⁵ Call by Call ohne Voranmeldung bieten beispielsweise an: Callino, Deutsche Telekom AG, Drillisch (alternativ auch mit Voranmeldung); First Telecom, GTS, Interoute, Mannesmann Arcor, MobilCom, Otelo, RSLCom (alternativ auch mit Voranmeldung), Talkline (alternativ auch mit Voranmeldung), Teldafax, Telegate, Tesion, Viag Interkom, Viatel; 01051, 3U.

⁷⁹⁶ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81/1999, S. 758); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (Call by Night) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 99/1999); allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Global TeleSystems (Deutschland) GmbH (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 367/1999, S. 2471).

ausgestellt werden⁷⁹⁷ sowie Allgemeine Geschäftsbedingungen für alle Telekommunikationsdienstleistungen, die durch Besondere Geschäftsbedingungen oder Leistungsbeschreibungen für alle Verbindungsnetzbetreiberleistungen⁷⁹⁸ oder allein für das Call by Call-Verfahren⁷⁹⁹ ergänzt oder abbedungen werden. Neuerdings findet sich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen auch die Unterscheidung von "offenen" und "geschlossenen" Netzen wieder⁸⁰⁰. Diese verschiedenen Komponenten der Rechtsbeziehung bilden für die rechtliche Betrachtung eine Einheit, weshalb die unterschiedliche Systematik der Geschäftsbedingungen bei der weiteren Analyse keine Beachtung findet.

⁷⁹⁷ Vgl. beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Tangens GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 166/1999, S. 1267).

⁷⁹⁸ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/97, Anlage 2); allgemeine Geschäftsbedingungen der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 300/1998, S. 3033).

⁷⁹⁹ Exemplarisch: Besondere Bedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung der Dienstleistung "HanseNet 01041 Call by Call" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 82/1999, S. 770); besondere Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 317/1999 S. 2288); Leistungsbeschreibung der Mannesmann Arcor AG & Co -- Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 294/99, S. 2020); Leistungsbeschreibung "o.tel.o. 01011" der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 63/1998, S. 915); besondere Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH für das Produkt Call by Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639); besondere Geschäftsbedingungen der Viag Interkom GmbH & Co für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call-Verfahren (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 310/98, S. 3061).

⁸⁰⁰ Besondere Geschäftsbedingungen der RSL COM Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call-Verfahren ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 356/1999, S. 2444) und besondere Geschäftsbedingungen der RSL COM Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call-Verfahren mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 357/1999, S. 2444); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call-Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 272/1998, S. 2711) und besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call-Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711); besondere Geschäftsbedingungen der KDD-Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call-Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 445/1999, S. 2943) und besondere Geschäftsbedingungen der KDD-Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call-Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 445/1999, S. 2943); allgemeine Geschäftsbedingungen von Drillisch für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 190/1999, S. 2010).

E. Wesentliche Leistungspflichten

Aus den gebräuchlichen Vertragsmustern sind zur rechtstypologischen Qualifizierung des Rechtsverhältnisses die wesentlichen Leistungsverpflichtungen der Parteien zu ermitteln.

I. Einzelne inhaltliche Elemente

Dazu sind die einzelnen Elemente der Leistungsprogramme der Parteien auf ihren das Rechtsverhältnis prägenden Charakter zu analysieren, wobei Überschneidungen mit Anbieter- oder Endkundenpflichten aus den bereits erörterten Rechtsbeziehungen eine vertiefende Erörterung erübrigen.

1. Präambeln und Vertragsabschlußklauseln

Einleitend enthalten die Geschäftsbedingungen regelmäßig Präambeln, die den Geltungsbereich des Klauselwerks und mitunter der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften beschreiben⁸⁰¹, angesichts ihrer deklaratorischen Funktion jedoch für das vertraglich geschuldete Leistungsprogramm der Parteien irrelevant sind.

Die in den Geschäftsbedingungen nahezu aller Anbieter von Call by Call enthaltenen "Vertragsabschlußklauseln"⁸⁰², die den Zeitpunkt des Vertragschlusses und die Modalitäten regeln sollen, in denen sich die Einigung vollzieht, gehören noch zur Anbahnungsphase des Vertrages und haben daher auf den Inhalt der wesentlichen Leistungspflichten grundsätzlich keinen Einfluß.

⁸⁰¹ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81/1999, S. 758), Ziffer 1; besondere Bedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung der Dienstleistung "HanseNet 01041 Call by Call" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 82/1999, S. 770), Ziffer 1.; besondere Geschäftsbedingungen o.tel.o. 01011 der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 115/1998, S. 1566), Ziffer 1 ("Geltungsbereich").

⁸⁰² Besondere Bedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung der Dienstleistung "HanseNet 01041 Call by Call" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 82/1999, S. 770), Ziffer 2.1.; Leistungsbeschreibung der Mannesmann Arcor AG & Co -- Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 294/99, S. 2020), Ziffer 2.; Leistungsbeschreibung "o.tel.o. 01011" der o.t.e.l.o communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 63/1998, S. 915): *"Die erfolgreiche Herstellung der gewünschten Verbindung ... begründet das Vertragsverhältnis je Verbindung."* Die zuvor veröffentlichten allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhalteten diese Klausel nicht. Siehe auch die besonderen Geschäftsbedingungen der RSL COM Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 356/1999, S. 2444), Ziffer 2.1..

2. Installation und Überlassung des Netzzugangs / Teilnehmeranschluß

Der Teilnehmeranschluß spielt zwar beim Call by Call- Verfahren insoweit eine Rolle, als auch dieser Sprachtelefondienst nur erbracht werden kann, wenn der Endkunde einen allgemeinen Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz nutzt⁸⁰³, der vom Anbieter von Call by Call zur Kennzeichnung der Zugriffsberechtigung per se oder nach Voranmeldung freigeschaltet wurde. Gleichwohl ist weder die Errichtung und Überlassung des freigeschalteten Teilnehmeranschlusses geschuldet - die entsprechenden Leistungen sind nur (unwesentlicher) Gegenstand der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter des allgemeinen Netzzugangs und dem Endkunden - noch ist es damit getan, daß dem Endkunden (durch Freischaltung) der Zugang zum Netz des Call by Call- Anbieters oder zu Telekommunikationsnetzen anderer Anbieter eröffnet wird⁸⁰⁴. Denn der Netzzugang ist lediglich Mittel zur Realisierung des eigentlichen Vertragszwecks.

3. Vermittlung und Transport von Sprache

Dieser Vertragszweck ist aus Sicht des Endkunden erreicht, wenn er den Teilnehmer eines anderen Ortsnetzes anrufen und mit diesem zu den vom Anbieter offerierten Konditionen telefonieren kann. Die Call by Call- Verträge sehen zur Realisierung dieses Vertragsziels vor, daß der Endkunde die "*Netzbetreiberkennziffer für Sprachkommunikation ... nutzen kann*"⁸⁰⁵, der Anbieter bestimmte "*Verbindungen zur Verfügung stellt*"⁸⁰⁶, zu den "*Teilnehmeranschlüssen anderer Anbieter... herstellt*"⁸⁰⁷ oder allgemein

⁸⁰³ Darauf weisen die allgemeinen Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für First Choice/call - by - call (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 255/1999, S. 1793) in Ziffer I (4) ausdrücklich hin.

⁸⁰⁴ So aber beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Mox Telecom GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 217/1998, S. 2345), Ziffer 3.1..

⁸⁰⁵ Vgl. besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711), Ziffer 1 und ebenso "nach Freischaltung": besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 272/1998, S. 2711), Ziffer 1.

⁸⁰⁶ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Dokom Gesellschaft für Telekommunikation mbh (Dortmund) (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 127/1998, S. 1623), Ziffer 2.2. allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 2.2..

⁸⁰⁷ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Firma Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Pre-Selection und Call-by-Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 103/1998, S. 1462), Ziffer 3.3.; allgemeine Geschäftsbedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung von Telefondienstleistungen durch Preselection und Call - by - Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 58/1998, S. 901, Änderung in Mitteilung Nr. 128/98, S. 1626 und in Mitteilung Nr. 130/98, S. 1629 sowie in Mitteilung Nr. 181/1998, S. 1989), Ziffer 3.4..

"Verbindungen herstellt"⁸⁰⁸ oder auch "Gespräche vermittelt"⁸⁰⁹. Daneben finden sich auch Formulierungen, nach denen dem Endkunden "ermöglicht wird, sich im Einzelfall in das Netz" des Anbieters "einzuwählen"⁸¹⁰.

a. Abgehende Telekommunikationsverbindungen

Diese auslegungsbedürftigen Leistungsversprechen, deren Inhomogenität offenbar Ausdruck von Indifferenzen hinsichtlich der rechtlichen Zuordnung ist, kennzeichnen mehr oder weniger deutlich, daß der Anbieter verpflichtet ist, vom benutzten zum angewählten, empfangsbereiten Teilnehmeranschluß in einem anderen Ortsnetz bis zum letzten Netzknotenpunkt eine Telekommunikationsverbindung herzustellen, für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten und über diese Verbindung Sprachkommunikation zu ermöglichen. Denn nur durch die Erfüllung dieser Leistungspflicht kann es dem Anbieter gelingen, Verbindungen zur Verfügung stellen, Gespräche zu übermitteln oder dem Endkunden nach der Wahl der Teilnehmernetzbetreiberkennziffer oder der Einwahl in das Anbieternetz Sprachtelefonie zu ermöglichen.

Nicht Vertragsgegenstand sind, worauf in den AGB regelmäßig hingewiesen wird⁸¹¹, Ortsverbindungen.

b. Dauerhafte rechtliche Bindung zur Erbringung der Einzelleistung

Die sowohl dem Rechtsverhältnis über das Preselection- Verfahren, als auch der Rechtsbeziehung zwischen dem Endkunden und dem Anbieter von Ortsverbindungen zusätzlich immanente rechtliche Bindung zur Erbringung der Einzelleistung in Form der Telekommunikationsverbindung auf Abruf des Endkunden basiert auf einer vorab getroffenen Vereinbarung der Parteien. Das erhebt die Frage, ob vergleichbare Strukturen auch das Call by Call-Verfahren prägen.

⁸⁰⁸ Leistungsbeschreibung der Mannesmann Arcor AG & Co - Call by Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 10/98, S. 77), "Standardleistung"; allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/97, Anlage 2), Ziffer 2.1..

⁸⁰⁹ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Global TeleSystems (Deutschland) GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 368/1999), Ziffer 2.1.; ähnlich: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Tangens GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 166/1999, S. 1267), Ziffer 4.2. "vermittelt die Verbindung zu einem anderen Anschluß an einem öffentlichen Telekommunikationsnetz".

⁸¹⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81), Ziffer 3.2., ohne daß deutlich wird, inwieweit der Endkunde von der "Einwahl ins Netz" profitieren soll.

⁸¹¹ Vgl. beispielsweise: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 329/1999, S. 2309), Ziffer 2.1..

aa. Call by Call - Angebot über ein offenes Netz

Bei Call by Call über ein "offenes" Netz wird der rechtsgeschäftliche Kontakt "Anruf für Anruf" neu geknüpft. Über die Einmalbeziehung hinausgehende rechtliche Bindungen zur Erbringung der Einzelleistung bestehen daher mangels entsprechender Vereinbarung nicht⁸¹². Eine rechtliche Bindung zur Erbringung der Einzelleistung besteht bei Call by Call ohne Voranmeldung nicht⁸¹³.

bb. Call by Call - Angebot über ein geschlossenes Netz

Wird Call by Call über ein "geschlossenes" Netz erbracht, muß der Endkunde "seinen" Anschluß zunächst beim Anbieter anmelden, der sodann für die Freischaltung sorgt. Auf dieser Basis kann eine über die Einzelverbindung hinausgehende Verpflichtung des Anbieters beruhen.

Regelmäßig schützen sich die Anbieter vor einer solchen Verdichtung des Pflichtengefüges durch Vertragsabschlußklauseln, die bestimmen sollen, daß ein Vertrag jeweils nur bei einem Einzeltelefonat geschlossen wird⁸¹⁴. Unabhängig von solchen Klauseln, deren Relevanz zweifelhaft ist, weil sie erst nach Vertragsschluß Geltung beanspruchen können und daher an sich nicht geeignet sind, den Anruf für Anruf eintretenden Vertragsschluß zu regeln, ist auch nach der Interessenlage der Parteien unter Würdigung der von ihnen zu berücksichtigenden Risiken grundsätzlich nicht davon aus-

⁸¹² Deutlich beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für First Choice/call - by - call (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 255/1999, S. 1793), Ziffer V., wonach "*mit jeder erneuten Nutzung der Verbindungsnetzbetreiberkennzahl ... jeweils ein neues Vertragsverhältnis zwischen First Telecom und dem Kunden geschlossen*" wird.

⁸¹³ Das gilt auch dann, wenn allgemeine Geschäftsbedingungen in vorangegangene Leistungsbeziehungen einbezogen wurden und Klauseln auf die Geltung der Modalitäten vorangegangener Rechtsbeziehungen hinweisen, vgl. dazu Ulmer/Brander/Hensen- Ulmer § 2 Rn. 59.

⁸¹⁴ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Tele2 Telecommunication Services GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 217/1999, S. 1515), Ziffer 2.2.: "*... kommt das Vertragsverhältnis ... durch die Freischaltung... und den jeweiligen Verbindungsaufbau zustande. Der Kunde ist gleichwohl verpflichtet, das ordnungsgemäß ausgefüllte Auftragsformular ... zurückzureichen.*"; vgl. auch: Besondere Bedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung der Dienstleistung "HanseNet 01041 Call by Call" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 82/1999, S. 770), Ziffer 2.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793), Ziffer 2.2.5.; besondere Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der VEW Telnet Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste mbH für das Produkt Call by Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 248/1998, S. 2639), Ziffer 1; allgemeine Geschäftsbedingungen der Telepassport Service GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 231/1998).

zugehen, daß die Registrierung⁸¹⁵ die Einzelleistungen nach Art eines Dauerlieferungsvertrages verbindet. Denn der Endkunde wählt den Call by Call- Anbieter bewußt und gezielt unter mehreren Wettbewerbern nur für die einzelne Kommunikationsverbindung aus und stellt ihn eben nicht für alle Fernverbindungen im voraus ein. Insbesondere aber entspricht es erkennbar nicht dem Willen des Anbieters, sich gegenüber dem Endkunden zu verpflichten, jederzeit auf Abruf eine Telekommunikationsverbindung herzustellen. An einer solchen Bindung hat er mangels Aussicht auf einen kontinuierlichen Absatz, mit dem er nur bei einer Voreinstellung rechnen kann, kein Interesse. Daß er gleichwohl das mit der Verpflichtung zur jederzeitigen Leistungsbereitschaft verbundene Risiko von Schadensersatzpflichten im Fall der Nichterfüllung eingehen will, ist grundsätzlich nicht anzunehmen. Die Bedeutung von Abreden über den Inhalt der wechselseitigen Leistungen erschöpft sich in diesen Fällen in der Präfixierung der Modalitäten der erst noch zu schließenden Verträge im Sinne einer Rahmenvereinbarung.

Daß gleichwohl eine dauerhafte rechtliche Bindung des Anbieters zur Erbringung der Einzelleistung in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindung entsteht, erfordert daher, daß der Anbieter sich explizit verpflichtet, zur Herstellung und Aufrechterhaltung von Telekommunikationsverbindungen jederzeit lieferbereit zu sein⁸¹⁶. Dann schließen die Parteien

⁸¹⁵ Von einer "Registrierung" sprechen auch Hefekäuser/Schulz CR 1998, 403, 404.

⁸¹⁶ So etwa: Allgemeine Geschäftsbedingungen von Drillisch für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 190/1999, S. 2010), Ziffer 2.2., 3.1. einerseits (dauerhafte Bindung wie in den zugleich geregelten AGB über Preselection) und besondere Geschäftsbedingungen der Drillisch AG für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 291/1999, S. 2014), Ziffer 2. andererseits (keine dauerhafte Bindung, Vertragsschluß im Einzelfall); allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81/1999, S. 758), Ziffer 2.1., 8.1.; besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call- Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 445/1999, S. 2943), Ziffer 1 einerseits (dauerhafte Bindung) und besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 444/1999, S. 2943), Ziffer 1 andererseits (keine dauerhafte Bindung, Vertragsschluß im Einzelfall); besondere Geschäftsbedingungen der RSL COM Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 357/1999, S. 2444), Ziffern 2.1., 3.1. einerseits (dauerhafte Bindung); besondere Geschäftsbedingungen der RSL COM Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 356/1999, S. 2444), Ziffer 2.1. andererseits (Einzelvertrag, keine dauerhafte Bindung); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen mit

einen Dauerlieferungsvertrag über die abgehenden Telekommunikationsverbindungen, der sich strukturell vollständig mit den Rechtsbeziehungen im Preselection- Verfahren deckt und den soeben erörterten Regeln folgt.

cc. Ergebnis und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Eine dauerhafte rechtliche Bindung des Anbieters zur Erbringung der Einzelleistung, wenn immer der Endkunde dies wünscht, ist im Rahmen des Call by Call- Verfahrens nur bei ausdrücklicher Vereinbarung anzunehmen. Das ist bei einem Angebot von Call by Call über ein "offenes Netz" nie, bei einem Angebot von Call by Call über ein "geschlossenes Netz" einzelfallabhängig anzunehmen.

Daß gegebenenfalls die Vereinbarungen über einen Dauerlieferungsvertrag den bereits bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Rechtsverhältnisses zwischen den Anbietern von Preselection und den Endkunden ermittelten Regelungen folgen, macht eine vertiefende Analyse dieser Rechtsbeziehungen über ein "unechtes" Call by Call- Verfahren obsolet⁸¹⁷. Die weiteren Ausführungen befassen sich daher ausschließlich mit den Rechtsverhältnissen über Call by Call ohne Voranmeldung und Call by Call mit bloßer Registrierung.

c. Empfangsbereitschaft

Nie findet sich in den Rechtsbeziehungen über das Call by Call- Verfahren eine Bestimmung über die Empfangsbereitschaft. Denn diese Leistung obliegt allein dem Anbieter des allgemeinen Netzzugangs, also dem Anbieter von Ortsverbindungen.

d. Ergebnis

Wesentliche Leistungsverpflichtung des Anbieters von Call by Call ist die Herstellung einer zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsfernverbindung zum angewählten Anschluß im Einzelfall und deren Aufrechterhaltung für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer.

4. Leistungsbeschränkungen

Alle Anbieter versuchen, ihre Leistungsverpflichtung einzuschränken. Formulierungen, die dies bewirken sollen, lauten etwa: Der Anbieter "stellt

Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 272/1998, S. 2711), Ziffern 1., 4. einerseits (dauerhafte Bindung); besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711), Ziffer 1 (Einzelvertrag, keine dauerhafte Bindung).

⁸¹⁷ Im weiteren Verlauf der Untersuchung werden diese Rechtsbeziehungen über ein Dauerlieferungsverhältnis über Call by Call zu erbringende Einzelverbindungen daher nicht mehr verfolgt. Zugrunde gelegt werden vielmehr Call by Call- Angebote über ein "offenes Netz" und Call by Call- Angebote über ein "geschlossenes Netz" mit bloßer Registrierung.

die Verbindungen im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten ... her⁸¹⁸, der Anbieter "vermittelt" Gespräche, "soweit diese technisch" vom Anbieter "abgewickelt werden können"⁸¹⁹. Derartige Leistungsbeschreibungen sollen Hauptleistungspflichten relativieren, bilden jedoch selbst keine vertragswesentlichen Verpflichtungen. Sie sind daher für die rechtstypologische Qualifizierung des Rechtsverhältnisses nicht von Belang.

5. Vergütungspflicht

Als Äquivalent für "die Verbindungen" hat der Endkunde (nutzungsabhängige) Entgelte zu zahlen⁸²⁰. Die Höhe der Verbindungsentgelte bestimmt sich nach externen Preislisten und den bereits erörterten Parametern Tageszeit, Entfernung und Dauer der Telekommunikationsverbindung⁸²¹.

6. Nutzung des Anschlusses durch Dritte

Die Eintrittspflicht für die so berechneten Forderungen ist gerade beim Call by Call- Verfahren zweifelhaft, wenn die Rechnungsbeträge durch "Dritte" verursacht wurden, weil eine vom Einzelkontrakt unabhängige Vertragsbeziehung zwischen Anbieter und Anschlußinhaber, die eine Verantwortung des Inhabers des Anschlusses für die von dem ihm überlassenen Netzzugang getätigten Anrufe begründen könnte, nicht besteht⁸²². Ganz überwiegend bestimmen die Geschäftsbedingungen daher, daß die Zahlungspflicht auch für Rechnungsbeträge bestehe, die "durch befugte oder unbefugte Nutzung des Kundenanschlusses durch Dritte entstanden" sind, "es sei denn, daß der Kunde diese Form der Nutzung nicht zu vertreten"⁸²³ habe.

Die für die typologische Einordnung relevanten Hauptleistungspflichten vermag diese Regelung, die allenfalls über die Identität der Parteien oder die Haftung eines Dritten für bestimmte vertragstypische Leistungen disponiert,

⁸¹⁸ Z.B.: Leistungsbeschreibung der Mannesmann Arcor AG & Co -- Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 294/99, S. 2020), "Standardleistung".

⁸¹⁹ So die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (Call by Night) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 99/1999), Ziffer 2.1..

⁸²⁰ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für First Choice/call - by - call (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 255/1999, S. 1793), Ziffer IV.(1).

⁸²¹ Auch vom Call by Call- Anbieter sind die Regelungen in § 5 TKV, die einer korrekten Ermittlung der Forderungshöhe dienen, zu beachten.

⁸²² Insoweit ist nochmals auf die Beschränkung der Untersuchung auf Call by Call über ein offenes Netz und Call by Call mit bloßer Registrierung hinzuweisen.

⁸²³ Leistungsbeschreibung der Mannesmann Arcor AG & Co -- Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 294/99, S. 2020).

nicht aber den Inhalt der Rechtsbeziehung selbst regelt, nicht zu beeinflussen.

7. Rechnungserstellung

Es wurde bereits erörtert, daß die Frage der Rechnungserstellung den Anbieter von Call by Call über ein "offenes Netz" vor besondere Probleme stellt. Diese werden bewältigt, indem die Abrechnung in Konkordanz mit § 15 TKV über den Anbieter des allgemeinen Netzzugangs erfolgt. Dieser hat die Rechnungsbeträge einzuziehen, an ihn kann der Endkunde mit befreiender Wirkung leisten⁸²⁴.

Abweichende Vereinbarungen der Parteien gehen dieser Form der Rechnungserstellung vor, weshalb aufgrund entsprechender Abrede im Rahmen der "Vor Anmeldung", die gerade der Erfassung der Rechnungsdaten dient, auch ein Call by Call- Anbieter unmittelbar eine eigene Rechnung stellen kann⁸²⁵. Ob der Call by Call- Anbieter die Rechnung selbst stellt oder seine Forderungen über den Anbieter des allgemeinen Netzzugangs geltend macht: Die Modalitäten der Rechnungserstellung lassen den Inhalt der vertragswesentlichen Pflichten wie auch die Identität der Vertragsparteien unberührt⁸²⁶.

⁸²⁴ Vgl. auch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für Preselection- Selection (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 343/1999, S. 2392), Ziffer IV (4); besondere Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call-Verfahren (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 317/1999, S. 2288), Ziffer 4.2.1.. Auch im Call by Call- Verfahren gilt § 14 TKV, weshalb sich entsprechende Hinweise auf den Einzelbindungsnachweis finden.

⁸²⁵ Aufschlußreich insoweit: Besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 272/1998, S. 2711), Ziffer 2 einerseits (direkte Abrechnung zwischen Talkline und Endkunde) und besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711), Ziffer 2 andererseits (Abrechnung über den Teilnehmernetzbetreiber) sowie besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call- Dienstleistungen mit Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 445/1999, S. 2943), Ziffer 2.2. (direkte Abrechnung möglich) einerseits und Besondere Geschäftsbedingungen der KDD- Conos AG für Festnetzverbindungen für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 444/1999, S. 2943), Ziffer 2. (Zahlung an den Teilnehmernetzbetreiber).

⁸²⁶ So auch Hefekäuser/Schulz CR 1998, 403, 407, die das Inkasso unter dem Gesichtspunkt der Entgeltregulierung nach § 39 TKG nicht zu den wesentlichen Leistungen der Verbindungsnetzbetreiber zählen.

8. Einwendungen / Einwendungsausschluß

Dasselbe gilt für Klauseln, die sich auf Einwendungen des Kunden gegen die Rechnung beziehen, also etwa die Beachtlichkeit von Einwendungen befristen⁸²⁷.

9. Allgemeine Pflichten und Obliegenheiten des Kunden

Auch im Call by Call - Verfahren werden dem Endkunden die dem Integritätsinteresse des Anbieters dienenden Nebenpflichten auferlegt, die jedoch den Charakter des Rechtsverhältnisses nicht prägen.

10. Leistungsstörungen und Haftung

Wie in den zuvor erörterten Rechtsverhältnissen regeln auch die Parteien des Call by Call- Rechtsverhältnisses die Konsequenzen von Störungen des Äquivalenzverhältnisses. Diese Vereinbarungen unterscheiden sich nicht von denjenigen im Preselection- Verfahren, weshalb auf die Ausgestaltung der Störungsbewältigungsmodelle, die auf den Vertragstypus nicht unmittelbar einwirken, an dieser Stelle nicht näher einzugehen ist. Dasselbe gilt für Haftungsfreizeichnungen des Call by Call- Anbieters, die überwiegend in Kongruenz mit § 40 TKG und § 7 TKV vorgenommen werden.

II. Ergebnis

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Anbietern Call by Call und den Endkunden beinhalten als wesentliche Leistungsverpflichtung des Anbieters die Pflicht zur Errichtung und Aufrechterhaltung einer zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsfernverbindung für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer. Für diese Leistung schuldet der Endkunde das Verbindungsentgelt.

F. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses über das Call by Call

- Verfahren

Für die Qualifizierung des durch diese Leistungen konstituierten Realtypus können im Wege der Gegenüberstellung die Erkenntnisse aus der Analyse der bereits behandelten Rechtsbeziehungen fruchtbar gemacht werden.

I. Feststellung und Beurteilung von Divergenzen und Übereinstimmungen mit den zuvor behandelten Rechtsbeziehungen

Beim Vergleich der Rechtsverhältnisse zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden sowie den Anbietern des Preselection- Ver-

⁸²⁷ Vgl.: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Call by Call Dienste der Econophone GmbH (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 81/1999, S. 758), Ziffer 5.6. (sechs Wochen); allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für First Choice/call - by - call (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 255/1999, S. 1793), Ziffer IV.(5) (vier Wochen).

fahrens und Endkunden einerseits mit den Rechtsbeziehungen zwischen den Anbietern von Call by Call und Endkunden andererseits wird eine mit dem Aufbau der vorliegenden Untersuchung korrespondierende Degression des Leistungsprogramms des Anbieters sichtbar:

Während das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Endkunden die Dauerwerkleistung der Empfangsbereitschaft und den Dauerlieferungsvertrag über die auf Abruf zu erbringenden Dauerwerke in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindungen beinhaltet und die Rechtsbeziehung über das Preselection- Verfahren mit diesem Leistungsprogramm kongruiert, jedoch um die Empfangsleistung verkürzt ist, ist das Leistungsprogramm des Anbieters von Call by Call (soweit er nicht ein dem Preselection- Verfahren entsprechende Ausgestaltung wählt) weiter reduziert. Es umfaßt wie das Preselection- Verfahren die Empfangsleistung nicht, ist aber darüberhinaus auch noch um die rechtliche Bindung zur Errichtung von Telekommunikationsverbindungen, also den Dauerlieferungscharakter verkürzt. Übrig bleibt die allen untersuchten Rechtsbeziehungen immanente wesentliche Verpflichtung des Anbieters zur Errichtung und Aufrechterhaltung der zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsverbindung, für die der Endkunde das Verbindungsentgelt zu entrichten hat.

II. Rechtstypologische Zuordnung / Ergebnis

An der rechtstypologischen Qualifizierung der im Call by Call- Verfahren allein relevanten Einzelleistung in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindung vermag die Reduktion des Leistungsprogramms im Verhältnis zu den übrigen Verfahren nichts zu ändern. Denn die in jenen Rechtsbeziehungen hinzutretenden Bestandteile können hypothetisch hinweggedacht werden, ohne daß dadurch der Rechtscharakter der "Einzellieferungen" beeinflußt wird. Die Telekommunikationsverbindung ist also ein gegenüber dem Anrufer geschuldeter werkvertraglicher Erfolg mit Dauercharakter.

G. Die rechtliche Behandlung des Call by Call- Rechtsverhältnisses

Die rechtliche Behandlung des Call by Call- Rechtsverhältnisses folgt mithin weitgehend den bereits bei der Analyse der Einzellieferung erörterten Regeln. Es ergeben sich jedoch aufgrund des Fehlens einer Dauerlieferungsvereinbarung auch markante Eigenheiten, die einer näheren Analyse bedürfen.

I. Zustandekommen

Rechtsbeziehungen über das "echte" Call by Call- Verfahren beruhen auf einem singulären Vertrag.

1. Vertragsschluß

Der Abschluß des Vertrages kann mangels anderer Kommunikationsbeziehung⁸²⁸ zwischen Anbieter und Endkunde nur im Wege der Inanspruchnahme der Telekommunikationsdienstleistungen durch den Endkunden erfolgen, muß sich also innerhalb des folgenden Prozesses vollziehen: Der Anbieter hält sein Netz für den Aufbau von Fernverbindungen bereit. Der Kunde, der die Leistungen eines bestimmten Call by Call-Anbieters nutzen will, wählt die Verbindungsnetzbetreiberkennzahl des Anbieters und (regelmäßig) in einem Zug - die Rufnummer des Zielteilnehmers. Aufgrund der Wahl der Verbindungsnetzbetreiberkennziffer werden die aus der Rufnummer transformierten Signale aus dem notwendig vorgeschalteten Teilnehmernetz zu einem Vermittlungsrechner des Call by Call-Anbieters geroutet. Der am Vermittlungsknoten installierte Rechner überprüft selbsttätig, ob die Teilnehmernummer des benutzten Anschlusses gesperrt oder freigeschaltet ist. Liegt eine Sperre nicht vor, erfolgt durch die vom Anbieter eingesetzten Vermittlungseinrichtungen (auch anderer Netzbetreiber) der Versuch des Verbindungsaufbaus, von dessen Erfolg der Endkunde durch den Rufton Nachricht erhält. Stellt jemand oder etwas am Zielterminal die Verbindung her, wird diese für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrecht erhalten.

a. Bereitstellung des Netzes als Angebot

In der Bereitstellung des Netzes kann eine Realofferte des Anbieters ad incertas personas liegen⁸²⁹, wie sie bei anderen Geschäften der Daseinsvorsorge, etwa im Vorhalten der Leistungen eines Versorgungsunternehmers, erkannt wird⁸³⁰.

Daß der Anbieter allerdings nicht bereits durch den Betrieb der Telekommunikationsinfrastruktur in der Weise rechtsgeschäftlich gebunden sein will, daß jedermann durch eine Annahmeerklärung einen Vertrag zustande bringen kann, zeigt sich daran, daß die Schalteinrichtung des Anbieters aus dem Kreis der Interessenten diejenigen aussondert, deren Teilnehmeranschluß (womöglich wegen Zahlungsverzugs wieder) gesperrt ist. Ein unbedingter Rechtsbindungswille, mit jedem beliebigen Interessenten Verträge

⁸²⁸ Insbesondere bedient sich kein Anbieter eines sogenannten "Operators", der nach mündlicher Nachfrage die Verbindungen individuell herstellt.

⁸²⁹ So wohl Grote, K & R 1998, 61: "*Das Angebot, Call by Call- Verbindungen herzustellen als Realofferte*". Vgl. allgemein zum Angebot ad incertas personas: Larenz, AT § 27 I a, S. 518; Medicus, AT § 26 Rn. 359.

⁸³⁰ Vgl. dazu: OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 436.

zu schließen, ist aufgrund dieses Vorbehalts aus dem Vorhalten des Telekommunikationsnetzes nicht zu ersehen⁸³¹.

Die Bereitstellung des Netzes kann auch wegen § 130 BGB nicht Ausgangspunkt für eine, womöglich bedingte, vertragliche Bindung der Parteien sein. Denn daß der Anbieter sein Netz bereit hält, erfährt der Endkunde, läßt man richtigerweise die invitationes ad offerendum in Werbeanpreisungen unbeachtet, frühestens nach Wahl der Netzbetreiber-kennziffer.

Die Bereitstellung des Netzes ist also nicht als Angebot zu verstehen.

b. Die Wahl der Netzbetreiberkennziffer als Angebot

Dies erhebt die Frage, ob in der Wahl der Netzbetreiberkennziffer ein Angebot des Endkunden zu sehen ist⁸³².

Das setzt voraus, daß es dem Telekommunikationsdienstleister aufgrund der Wahl der Netzbetreiberkennziffer möglich ist, durch einfaches "Ja" den Vertrag zustande zu bringen. Ein solches Einverständnis des "Anbieters", das womöglich schlüssig durch die Freigabe des Zugriffs auf die Telekommunikationsdienstleistungen im Einzelfall ausgedrückt wird, könnte aber allenfalls einen Vertrag zustande bringen, der den Endkunden zur Inanspruchnahme der gesamten Leistungspalette des Anbieters berechtigt. Denn den Willen zum Abschluß eines Vertrages über eine konkrete Telekommunikationsverbindung läßt die Wahl der Netzbetreiberkennziffer nicht erkennen. Die Wahl der Netzbetreiberkennziffer ist also für ein Angebot zum Abschluß eines Vertrages über eine konkrete Telekommunikationsverbindung nicht bestimmt genug⁸³³. Es handelt sich um eine invitatio ad offerendum.

⁸³¹ Daß zum Vertragsschluß mehr erforderlich ist als die bloße Annahmeerklärung des Endkunden durch Wahl der Netzbetreiberkennziffer als Reaktion auf die Aufrechterhaltung des Netzbetriebes wird indirekt auch durch § 9 TKV bestätigt. Denn des subjektiven Rechts auf Universaldienstleistungen bedürfte es nicht, wenn ein entsprechender Anspruch stets durch bloße Annahmeerklärung des Endkunden begründet werden könnte.

⁸³² So: Allgemeine Geschäftsbedingungen für Callino GmbH Telekommunikationsdienste (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 250/1999, S. 1782), Ziffer II.1., besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711), Ziffer 1; allgemeine Geschäftsbedingungen der First Telecom GmbH für First Choice/call - by - call (AGB) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 255/1999, S. 1793), Ziffer II. (1).

⁸³³ Die Wahl des Netzbetreiberkennziffer ist insoweit vergleichbar mit dem Betreten eines Supermarktes, in dem der Gegenstand des einzelnen Vertrages durch Auswahl der Ware erst noch konkretisiert werden muß. Dementsprechend heißt die Mehrzahl Anbieter den Endkunden nach Wahl der Netzbetreiberkennziffer und der Informationsnummer "0310" im Netz willkommen oder bestätigt, daß man sich im

c. Die Ermöglichung des Zugriffs auf das Dienstleistungsangebot im Einzelfall als Angebot

Dieser Aufforderung zur Abgabe eines Angebots könnte wiederum der Telekommunikationsdienstleister mit einem Angebot entsprechen. Auf die Wahl der Netzbetreiberkennziffer erfolgt die Überprüfung der Teilnehmeranschlußnummer auf eine etwaige Sperre und je nach deren Ergebnis, eine Freigabe der Telekommunikationseinrichtungen des Anbieters zum Aufbau der konkreten Telekommunikationsverbindung. In diesem Verhalten des Telekommunikationsdienstleisters kann jedoch ein konkludentes Angebot, das wiederum nur auf einen Vertrag über die Nutzung der gesamten Angebotspalette des Dienstleisters gerichtet sein könnte, nicht erkannt werden, weil dem Endkunden der Erklärungswert dieses Verhaltens nicht zugeht. Die Zugangsberechtigung im Einzelfall wird dem Endkunden nämlich nicht signalisiert. Lediglich von der Sperre des Anschlusses erhält der Endkunde durch eine Ansage, Weiterleitung des Gesprächs zu einer sogenannten "Hot-line" oder durch Abbruch der Verbindung Nachricht. Das ihm nach Wahl der Verbindungsnetzbetreiberkennziffer und Freischaltung im Einzelfall zugehende "Schweigen des Netzes" ist dagegen mehrdeutig und läßt nach allgemeinen Grundsätzen einen Rückschluß auf einen Vertragsschluß nicht zu.

Es fehlt somit jedenfalls an der gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB unverzichtbaren Wirksamkeitsvoraussetzung des Zugangs der vermeintlichen Angebotserklärung des Anbieters.

d. Die Wahl der Rufnummer des Zielteilnehmers als Angebot

Ein hinreichend konkretes Angebot kann daher erst in der Wahl der Zielnehmerrufnummer durch den Endkunden erkannt werden. Denn durch diese Willensäußerung gibt der Endkunde gegenüber den Vermittlungseinrichtungen zu verstehen, daß er die Errichtung einer durch die Rufnummer des Zielteilnehmeranschlusses konkretisierten Telekommunika-

Netz des Anbieters befindet. So lautet etwa der Informationstext der Firma Mobilcom: "*Herzlich Willkommen im Netz der 01019*", derjenige der 01051 Telecom GmbH Düsseldorf: "*Sie befinden sich im Netz der 01051 Telecom. Wenn Sie dranbleiben, erhalten Sie gratis ausführliche Informationen.*", derjenige der otelo communications GmbH: "*Der Telekommunikationsservice ist verfügbar*", derjenige der Mannesmann Arcor AG: "*Herzlich Willkommen bei arcor.*", derjenige der TelDaFax: "*Guten Tag und Herzlich Willkommen. Vielen Dank, daß Sie unsere Dienste kennenlernen wollen.*", derjenige der First Telekom "*Herzlich Willkommen bei First Telecom*". Bei der Deutschen Telekom AG erfährt der Anrufer, nachdem er "im Netz willkommen" geheißen wurde, welchen Netzübergang er erreicht hat und daß über den Anschluß die Fernverbindungen über das digitale T-Net geführt werden können. Die Firma Westcom bestätigt, daß "*die Serviceleistungen für eine erfolgreiche Kommunikation zur Verfügung stehen*".

tionsfernverbindung zwischen dem von ihm benutzten und dem angewählten Anschluß wünscht.

e. Der Versuch des Verbindungsaufbaus als Annahme

Diesem Angebot folgt der Anbieter mit dem Versuch, die Telekommunikationsverbindung herzustellen. Durch die auf die Errichtung der Telekommunikationsverbindung gerichtete Tätigkeit der Vermittlungs- und Übertragungseinrichtungen im Netz des Anbieters äußert sich dessen Wille, mit dem Endkunden einen Vertrag über diese Telekommunikationsverbindung zu schließen. Daß der Erklärungsinhalt dieser inhaltlich als konkludente Annahmeerklärung zu wertenden Willensäußerung dem Endkunden nicht zugeht, ist gemäß § 151 BGB unerheblich, da eine ausdrückliche Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.

f. Einfluß der Vertragsabschlußklauseln auf den Vertragsschluß

Bedenken an der Auslegung der Tätigkeit der Vermittlungs- und Transporteinrichtungen in Richtung auf den Erfolg als schlüssige Annahmeerklärung des Call by Call- Anbieters bestehen, weil nahezu alle Geschäftsbedingungen der Anbieter von Call by Call Vertragsabschlußklauseln beinhalten, die darauf gerichtet sind, das Vertragsverhältnis mit der "*Herstellung*"⁸³⁴, dem "*Zustandekommen*"⁸³⁵, dem "*Aufbau*"⁸³⁶ oder der "*Vermittlung*" einer Verbindung entstehen zu lassen.

Da der Vertragsschluß Geltungsvoraussetzung für eine derartige Klausel ist, kann diese an sich nicht selbst den Vertragsschluß regeln. Für alle Call by Call- Dienstleistungen, die der Anbieter eines "offenen" Netzes erbringt, sind

⁸³⁴ So: Besondere Bedingungen der HanseNet Telefongesellschaft mbH & Co KG (HanseNet) für die Erbringung der Dienstleistung "HanseNet 01041 Call by Call" (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 82/1999, S. 770), Ziffer 2.1; besondere Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 317/1999, S. 2288), Ziffer 2.1.; Leistungsbeschreibung o.tel.o 01011 (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 119/98, S. 1591; besondere Geschäftsbedingungen der tesion Kommunikationsnetze Süd-West GmbH & Co. KG für tesion Call by Call (ABl. RegTP 1998, Mitteilung 157/1998, S. 1851). Ähnlich (erfolgreicher Aufbau der Verbindung): Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 329/1999), Ziffer 2.2..

⁸³⁵ So: Allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der Firma KielNet (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 102/1998, S. 1460), Ziffer 1.1.a); allgemeine Geschäftsbedingungen Festnetz der MobilCom Communicationstechnik GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 101/1998, S. 1459), Ziffer 1.1.a).

⁸³⁶ Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Esprit Telecom Deutschland GmbH (Düsseldorf) für Call by Call (Call by Night) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 99/1999), Ziffer 2.2..

die Abschlußklauseln daher unerheblich, weil sie erst nach Vertragsschluß Vertragsgegenstand werden können.

Nur wenn sich der Kunde im Rahmen der "Vor Anmeldung" einer Vertragsabschlußklausel unterwirft und sie damit zum Gegenstand seiner eigenen Erklärung macht, ist die Klausel, wie auch §10 Nr. 1 AGBG für ähnliche Fälle zeigt, für das Rechtsverhältnis von Bedeutung. In diesem Fall ist der Vertrag entsprechend der Vertragsabschlußklausel, unabhängig von dem nach allgemeinen Regeln zu beurteilenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses, erst mit Zustandekommen der Verbindung geschlossen.

2. Ergebnis

Der Vertrag zwischen dem Anbieter von Call by Call und dem Endkunden kommt dadurch zustande, daß der Endkunde Netzbetreiberkennziffer und Rufnummer des Zielanschlusses wählt und der Anbieter nach Zugang dieser Erklärung, die ihm vom Teilnehmernetzbetreiber als Bote übermittelt wird, über die von ihm vorgehaltene Netzinfrastruktur mit dem Verbindungsaufbau beginnt. Ab diesem Zeitpunkt ist der Anbieter verpflichtet, die zur Sprachkommunikation geeignete Telekommunikationsverbindung zu dem ausgewählten, empfangsbereiten Teilnehmeranschluß herzustellen und die Verbindung für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechtzuerhalten⁸³⁷. Bestimmt der Endkunde selbst durch die Unterwerfung unter entsprechende Vertragsabschlußklauseln in der Voranmeldung, daß der Vertrag erst mit dem Zustandekommen der Verbindung geschlossen ist, ist der Vertragsschluß auf diesen Zeitpunkt zu fixieren.

II. Identität des Vertragspartners

Die Identität des Vertragspartners des Anbieters ist mit der Bestimmung der Art des Vertragsschlusses nicht geklärt. Es kann sich dabei um den Anschlußinhaber, aber auch um den jeweiligen Anrufer handeln.

Diese Frage hat in der Anfangszeit des liberalisierten Marktes dadurch besondere Brisanz erlangt, daß eine Übermittlung des Gebührenimpulses an den Anschlußinhaber im Call by Call- Verfahren wegen der unterschiedlichen Taktfrequenzen der Anbieter nicht erfolgte. Ein Nachweis der an einem

⁸³⁷ Einen Vertragsschluß vor Errichtung der Verbindung setzen wohl auch voraus: Allgemeine Geschäftsbedingungen Pre-Selection-Telekom und Call-by-Call Selection-Telekom der Deutschen Telekom AG (ABl. BMPT 1997, Mitteilung Nr. 215/97, Anlage 2), Ziffer 2.1.; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Plusnet GmbH & Co. KG (Düsseldorf) (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 25, S. 38), Ziffer 2.2.; besondere Geschäftsbedingungen der Talkline GmbH für Call by Call- Dienstleistungen ohne Voranmeldung (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 271/1998, S. 2711), Ziffer 1 ("*Mit Wahl der Talkline-Vorwahl 01050 kommt das Vertragsverhältnis ... mit talkline zustande.*").

Anschluß durch Dritte verursachten Kosten war dem Anschlußinhaber daher selbst bei Vorhaltung von Erfassungseinrichtungen erst nach schriftlicher Rechnungslegung durch den Anbieter möglich. In diesem Zeitpunkt war ihm aber die Abrechnung der Entgelte gegenüber dem Benutzer des Anschlusses häufig nicht mehr möglich. Folge war die auf Veranlassung der Inhaber der Anschlüsse erfolgende Sperrung der Anschlüsse für das Call by Call- Verfahren etwa in Hotels, Ferienwohnungen und Krankenhäusern.

Die Frage der Identität des Vertragspartners stellt sich aber auch in jedem anderen Fall, in dem der inanspruchgenommene Anschlußinhaber die (befugte oder unbefugte) Nutzung des Anschlusses durch einen Dritten behauptet.

1. Vertragsschließende Parteien

Die Terminologie der Anbieter zeigt, daß "Kunde" der Anschlußinhaber und "Dritter" jeder andere Nutzer des Anschlusses sein soll⁸³⁸. Der Teilnehmeranschluß ist jedoch nicht Gegenstand des Vertragsverhältnisses. Entsteht der Vertrag ganz unabhängig von der Identität des Anschlußinhabers mit Beginn der Tätigkeit zur Errichtung der Verbindung, schließt der Anbieter Verträge mit demjenigen, der die Netzbetreiberkennziffer gewählt hat. Das ist der Anrufer, nicht notwendig der Inhaber des Anschlusses⁸³⁹.

Der vom Anschlußinhaber personenverschiedene Anrufer ist jedoch nicht in der Lage, mit dem Call by Call- Anbieter Rechtsgeschäfte unter eigenem Namen zu schließen. Für den Anbieter erkennbar ist stets nur die Identität des Anschlusses. Nutzt also der Anrufer Call by Call einen fremden Anschluß, handelt er unter fremdem Namen.

2. Drittwirkung durch Stellvertretung

Wirkung für und gegen den Anschlußinhaber kann die auf Abschluß eines Einzelvertrages gerichtete Erklärung des Anrufers nach den Regeln über die Stellvertretung erlangen.

⁸³⁸ Das entsprach unter der FO auch ohne weiteres der Rechtslage: Vgl. § 13 Abs. 1 FO. Den Inhaber des Anschlusses bezeichnen beispielsweise ausdrücklich als Vertragspartner: Besondere Geschäftsbedingungen der Interoute Telecom Deutschland GmbH für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Call by Call- Verfahren (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 317/1999, S. 2288), Ziffer 2.1..

⁸³⁹ In diese Richtung wohl Grote, K & R 1998, 61, 62; vgl. auch Hahn, MMR 1999, 251, 253, der die ungenaue Definition des Vertragspartners in den AGB der Anbieter kritisiert. Die frühere Unterscheidung zwischen Teilnehmern, also denjenigen, denen die DBP einen Fernsprechananschluß zur Verfügung stellt, und Benutzern, also denjenigen, die Einrichtungen der DBP lediglich fallweise in Anspruch nehmen (vgl. dazu Heinzelmann, Handbuch, S. 41 f.), findet im Privatrecht keine Stütze mehr.

Eine Vollmacht zum Abschluß von Rechtsgeschäften mit einem bestimmten Call by Call- Anbieter wird der Anschlußinhaber zwar in der Regel nicht erteilen. Andererseits können einzelfallabhängig Arbeitnehmer bei unternehmensbezogenen Telefonaten, Familienangehörige⁸⁴⁰ und andere Personen, denen die Nutzung des Telefons generell gestattet ist, bevollmächtigt sein, (generell) Rechtsgeschäfte mit beliebigen Anbietern von Fernverbindungen mit Wirkung für und gegen den Anschlußinhaber zu schließen. Der Vertrag kommt dann nach den Grundsätzen über das Handeln unter fremdem Namen gemäß § 164 Abs. 1 BGB analog mit Wirkung für und gegen den Anschlußinhaber zustande.

Erfolgt der Anruf allerdings ohne Bevollmächtigung durch den Anschlußinhaber handelt der Anrufer als Vertreter ohne Vertretungsmacht, so daß die Wirksamkeit des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäftes von der Genehmigung durch den Vertretenen abhängt, § 177 Abs. 1 BGB.

Die Grundsätze einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht können nur begrenzt, je nach den Umständen des Einzelfalls, zu einer Verpflichtung des Anschlußinhabers führen. Voraussetzung ist, daß der Inhaber des Anschlusses entweder wissentlich duldet, daß der Dritte unter seinem Namen im Rechtsverkehr auftritt (Duldungsvollmacht)⁸⁴¹, oder daß er nicht dagegen einschreitet, daß jemand mit einer gewissen Dauer und Häufigkeit unter seinem Namen auftritt, obwohl er dieses Verhalten bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können (Anscheinsvollmacht)⁸⁴². Allein der Umstand, daß jemand einen Anschluß betreibt, reicht nicht aus, um von einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht auszugehen⁸⁴³.

3. Vertrag zugunsten Dritter

Vertragsgestaltungen zugunsten Dritter mit dem Anrufer als Drittem, dem Anbieter als Versprechendem und dem Anschlußinhaber als Versprechensempfänger kommen mangels Deckungsverhältnisses zwischen Anschlußinhaber und Call by Call- Anbieter nicht in Frage. Denn zwischen diesen besteht ein Vertragsverhältnis nicht. Ebensowenig wird der Call by Call- Anbieter als anspruchsberechtigter Dritter in den Vertrag zwischen dem Endkunden und dem Anbieter von Ortsverbindungen einbezogen⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ Handelt der Ehegatte des Anschlußinhabers, wird das Rechtsgeschäft gemäß § 1357 BGB regelmäßig beide Eheleute verpflichtet.

⁸⁴¹ Palandt- Heinrichs § 173 Rn. 11.

⁸⁴² Vgl. Palandt- Heinrichs § 173 Rn. 14, 15.

⁸⁴³ So auch Grote, K&R 1998, 61.

⁸⁴⁴ So auch Grote, K&R 1998, 61, 62.

4. Haftung wegen Obhutspflichtverletzung

Womöglich zeitigt das Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Anschlußinhaber Schutzwirkungen zugunsten des Call by Call- Anbieters, aus deren Verletzung der Call by Call- Anbieter unter dem Gesichtspunkt einer positiven Forderungsverletzung Schadensersatzansprüche herleiten kann. Zu erwägen ist auch ein Anspruch des Call by Call- Anbieters gegen den Inhaber des vom vollmachtlosen Vertreter benutzten Anschlusses wegen culpa in contrahendo. Derartige Schadensersatzansprüche führen jedoch nicht zu dem hier gegenständlichen Vertragsschluß.

5. Ergebnis

Der Vertrag zwischen dem Call by Call- Anbieter und dem Endkunden wird durch den Anrufer geschlossen. Soweit der Anrufer nicht mit dem Inhaber des benutzten Anschlusses identisch ist, handelt er unter fremdem Namen. Der Vertrag kommt in diesen Fällen nach den Regeln der Stellvertretung, nach Rechtscheinsgrundsätzen oder nach Genehmigung durch den Anschlußinhaber zwischen diesem und dem Call by Call- Anbieter zustande.

Im übrigen kann der Anbieter den Anrufer als vollmachtlosen Vertreter gemäß § 179 BGB auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch nehmen und möglicherweise Schadensersatzansprüche gegen den Anschlußinhaber geltend machen.

II. Vertragswirkungen

Da die Einzellieferungen eines Dauerlieferungsvertrages rechtlich Einzelverträgen gleichzustellen sind, unterscheiden sich die Rechtswirkungen der Verträge über die abgehende Telekommunikationsverbindung im Call by Call- Verfahren nicht von denjenigen, die für die Einzellieferungen in den bereits erörterten Rechtsverhältnissen ermittelt wurden.

1. Leistungsstörungen

Die allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen finden daher auf diese Leistung mit den bereits herausgearbeiteten Modifikationen Anwendung. Jede (auch nur vorübergehende) Nichtleistung des Anbieters ist wegen des absoluten Fixcharakters nach den Regeln der vollständigen Unmöglichkeit, nicht des Verzuges zu behandeln. Für den Zeitraum, in dem die Leistung unmöglich geworden ist, sind die §§ 275, 323 ff. BGB anwendbar, wobei an die Stelle des Rücktrittsrechts und des Anspruchs auf den "großen Schadensersatz" gemäß § 325 Abs. 1 S. 1 BGB das spezielle, mit dem Anspruch auf Ersatz des Auf Lösungsschadens kumulierbare, Kündigungsrecht aus wichtigem Grund tritt.

Da der Endkunde an einer außerordentlichen Kündigung wegen des ihm ohnedies zustehenden Rechts zur jederzeitigen Beendigung eines Telefonats kein Interesse hat, sind praktisch lediglich die Schadensersatzansprüche relevant. Das bedeutet, daß der Anbieter zum Ersatz des "kleinen Schadensersatzes" verpflichtet ist, wenn ihm nach dem Versuch des Verbindungsaufbaus aus einem von ihm zu vertretenden Umstand die Errichtung und Aufrechterhaltung der Telekommunikationsverbindung unmöglich wird. Daneben kann der Endkunde nach Kündigung aus wichtigem Grund Ersatz des Auflösungsschadens verlangen.

2. Gewährleistung

Nach Vollendung, die uno actu mit der Leistungserbringung für die jeweils erfüllten Leistungsetappen eintritt, findet Werkvertragsrecht mit der bereits de lege lata vorgesehenen Substitution der Abnahme durch die Vollendung (§ 646 BGB) und der Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung (§ 634 Abs.2 BGB) Anwendung. Der vom Verschulden des Anbieters abhängige Anspruch auf den "großen Schadensersatz" gemäß § 635 BGB ist durch das spezielle Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ebenso ausgeschlossen wie die Wandelung, so daß die Gewährleistungsansprüche des Endkunden bei Mängeln auf die Rechte auf Minderung und den "kleinen Schadensersatzanspruch" beschränkt sind.

3. Schadensminderungspflicht

Die Einstandspflicht insbesondere der Anbieter, die Call by Call über ein offenes Netz erbringen und daher schon durch den Versuch des Verbindungsaufbaus vertraglich gebunden werden, wird erheblich relativiert: Schadens- und damit anspruchsmindernd, häufig auch -ausschließend, wirkt sich die dem Endkunden eingeräumte Möglichkeit aus, die geschuldete Leistung von einem anderen Call by Call- oder seinem Preselection- Anbieter zu erhalten. Zur Inanspruchnahme dieser Leistungen ist er unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung gemäß § 254 BGB verpflichtet. Zudem bestehen für den Endkunden erhebliche Schwierigkeiten zu beweisen, in welchem Zeitraum sich die Unmöglichkeit auf die Rechtsbeziehung tatsächlich ausgewirkt hat, der Endkunde also auf Grundlage des nur für diesen Einzelfall geschlossenen Vertrages ein Telefonat gerade über den in Anspruch genommenen Anbieter geführt hätte.

4. Nichtigkeitsgründe

Die allgemeinen Nichtigkeitsgründe sind auf den Vertrag über die einzelne Telekommunikationsverbindung uneingeschränkt anzuwenden.

III. Ergebnis

Das Rechtsverhältnis zwischen den Anbietern von Call by Call und den einzelnen Anrufern folgt denselben Regeln wie die jeweiligen Rechtsbeziehungen über die Einzellieferungen in Form der abgehenden Telekommunikationsverbindungen in den Rechtsverhältnissen zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden und in den Rechtsbeziehungen zwischen den Preselection- Anbietern und den Endkunden.

§ 3 Zusammenfassung und Ergebnis

Allen hier behandelten Rechtsverhältnissen ist die werkvertraglich zu qualifizierende Dauerleistung in Form der zur Sprachkommunikation geeigneten Telekommunikationsverbindung immanent. Isoliert steht die entsprechende Anbieterverpflichtung (regelmäßig) im Call by Call- Verfahren, in dem im Einzelfall über diese Leistung jeweils ein Vertrag geschlossen wird.

Im Preselection- Verfahren werden diese dauerwerkvertraglichen Einzelleistungen als Lieferungen zu einem einheitlichen Sukzessivlieferungsvertrag in Gestalt eines Dauerlieferungsvertrages verbunden.

Zu diesem Dauerlieferungsvertrag tritt in den Rechtsverhältnissen zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und den Endkunden die ebenfalls dauerwerkvertraglich zu qualifizierende Leistung der Empfangsbereitschaft hinzu. Beide Elemente ergänzen sich zu einem rechtlichen Gebilde, das wie ein einheitlicher Vertrag zu behandeln ist.

Entsprechend dieser Qualifizierung richtet sich die Behandlung der Einzelverträge nach Allgemeinem Schuldrecht und Werkvertragsrecht. Das den werkvertraglichen Leistungen und dem Dauerlieferungsvertrag inhärente Dauerelement wirft Regelungsprobleme auf, die mit den in Rechtsprechung und Literatur für Dauerschuldverhältnisse entwickelten Modifikationen des Allgemeinen Schuldrechts und des Werkvertragsrechts durch teleologische Reduktion und Analogie zu bewältigen sind.

Dritter Teil: Zusammenwirken der Rechtsverhältnisse

Das "klassische Teilnehmeranschlußverhältnis" zwischen der Deutschen Bundespost/Telekom und den Fernsprechteilnehmern vereinigte die Leistungen von Anbietern von Ortsverbindungen und Fernverbindungen in einem Rechtsverhältnis, ohne daß Veranlassung bestand, zwischen Orts- und Fernverbindungen Differenzierungen vorzunehmen. Der Teilnehmer konnte mit anderen Teilnehmern desselben Ortsnetzes über das Ortsnetz der Deutschen Bundespost/Telekom telefonieren und Fernverbindungen

wurden ohne weiteres ebenfalls von der Deutschen Bundespost / Telekom (bei Auslandsgesprächen unter Einschaltung ausländischer Kooperationspartner) bereitgestellt. Grundlage für diese Leistungen war ein einheitliches Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Anschlußinhaber.

Das Gros der Endkunden nimmt nach wie vor ein Komplettangebot (der Deutschen Telekom) in Anspruch, das sowohl Ortsverbindungen wie auch Fernverbindungen umfaßt. Das bedingt eine Verknüpfung der Rechtsbeziehungen der in dieser Untersuchung bisher getrennt behandelten Rechtsverhältnisse. Zudem wurde im Rahmen der Analyse der einzelnen Rechtsbeziehungen bereits deutlich, daß die neuen Rechtsverhältnisse über Preselection und Call by Call zur Voraussetzung haben, daß der Endkunde bereits aufgrund einer Rechtsbeziehung mit einem Anbieter von Ortsverbindungen über einen Teilnehmeranschluß verfügt, was ebenfalls eine Verquickung dieser Rechtsbeziehungen bedingt.

Es fragt sich daher, wie die verschiedenen vom Endkunden einzugehenden Rechtsverhältnisse nach dem insoweit maßgeblichen Willen der Parteien zusammenwirken.

Erster Abschnitt: Das Komplettangebot

Die Komplettangebote für Orts- und Fernverbindungen eines einzigen Anbieters (Vollsortimenters) sind Kombinationen des Rechtsverhältnisses zwischen dem Endkunden einerseits und dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem von Preselection andererseits.

Die Verquickung dieser Rechtsbeziehungen erfolgt nach Art einer Vertragsverbindung. Denn Endkunde wie Anbieter kommt es gleichermaßen auf den Leistungserfolg aus beiden Rechtsverhältnissen an. Der Endkunde will nicht nur über einen fest voreingestellten Anbieter Ferngespräche führen können oder nur auf Ortsgespräche und die Empfangsbereitschaft verwiesen sein. Nur die kraft beider Rechtsverhältnisse geschuldeten Leistungen ermöglichen ihm die uneingeschränkte Telekommunikation, die er mit dem Abschluß eines Vertrages über ein Komplettangebot bezweckt. Es besteht daher kein Grund, die tradierte einheitliche Betrachtung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses" in Anbetracht der neuen Wahlmöglichkeiten aufzugeben. Denn von diesen Möglichkeiten hat der Kunde gerade keinen Gebrauch gemacht, wenn er das Leistungsangebot aus einer Hand in Anspruch nimmt.

Die aus dem Dauerlieferungsvertrag über Fernverbindungen (Preselection) und dem einheitlichen Gebilde von Dauerlieferungsvertrag über Ortsverbindungen und Dauerschuldverhältnis über die Empfangsbereitschaft zusam-

mengesetzte Vereinbarung zwischen dem Anbieter eines Komplettangebotes und dem Endkunden bildet somit für ihre rechtliche Behandlung eine Einheit. Der zusammengesetzte Vertrag ist also hinsichtlich der Konsequenzen von im einzelnen Vertragsverhältnis auftretender Teilnichtigkeit oder Kündigung eines Vertragsteils nach den für ein einheitliches Vertragsverhältnis geltenden Regelungen der §§ 139, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB zu behandeln⁸⁴⁵.

Zweiter Abschnitt: Kombinationen der Angebote unterschiedlicher Anbieter

§ 1 Verbindung der Rechtsverhältnisse über das Angebot von Ortsverbindungen und Preselection

Sind Anbieter von Ortsverbindungen und vorausgewählter Anbieter von Fernverbindungen nicht identisch, begründen die Parteien jeweils getrennte Rechtsverhältnisse⁸⁴⁶.

Die Funktion des Anbieters von Ortsverbindungen beschränkt sich in diesen Fällen darauf, bei der Wahl einer Fernverbindung durch den Endkunden das entsprechende Signal an die Vermittlungseinrichtung des Preselection-Anbieters weiterzuleiten. Der Anbieter des allgemeinen Netzzugangs wird dann - wie gezeigt - als Empfangsbote des alternativen Anbieters tätig. Der Anbieter von Ortsverbindungen erfüllt dagegen keine ihm gegenüber dem Endkunden obliegende Leistung. Eine rechtliche Verknüpfung der verschiedenen Rechtsbeziehungen mit unterschiedlichen Vertragspartnern im Sinne einer Vertragsverbindung besteht nicht. Dementsprechend bleiben Vertragswirkungen auf das jeweilige Verhältnis der Parteien beschränkt.

§ 2 Verbindung der Rechtsverhältnisse über das Angebot von Ortsverbindungen, Preselection und Call by Call

Eigenständige Rechtsverhältnisse werden auch geknüpft, wenn der Endkunde im Einzelfall für eine Fernverbindung einen anderen Telekommunikationsdienstleister auswählt. Auch hier ist der Anbieter von Ortsverbindungen auf eine Botenfunktion beschränkt und erfüllt keine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Endkunden (sondern allenfalls gegenüber dem Call by Call-Anbieter). Der Anbieter des Preselection-Verfahrens bleibt ganz außen vor. Rechtlich relevante Verbindungen zwischen den einzelnen Vertragsbeziehungen im Sinne einer Entstehungs- oder Fortbestandseinheit besteht nicht.

⁸⁴⁵ Vgl. allgemein zu Verbindungen von Schuldverhältnissen: BGH NJW 1976, 1931; Fikentscher § 65, 2; Staudinger-Löwitsch, § 305 Rn. 33; Esser/Schmidt, Bd. I Tb. 1 § 11 II 1, S. 119; RGRK-Ballhaus Vor. § 305 Rn. 27; Palandt-Heinrichs Einf. v. § 305 Rn. 16.

⁸⁴⁶ So auch Biletzki, VuR 1999, 35, 36.

Dritter Abschnitt: Telekommunikationsdienstleister als Erfüllungsgehilfen

Zur Realisierung des kraft separater Rechtsverhältnisse geschuldeten Leistungsprogramms bedienen sich die jeweiligen Anbieter überwiegend auch der Leistungen anderer Telekommunikationsdienstleister. Denn nur wenige Anbieter sind in der Lage, über lange Distanzen Gespräche allein über eigene Netzinfrastrukturen zu vermitteln. Telefonate ins Ausland werden stets auch über andere Anbieter abgewickelt.

Mit diesen Anbietern steht der Endkunde freilich nicht in unmittelbarem rechtsgeschäftlichen Kontakt⁸⁴⁷. Vielmehr setzen die Anbieter andere Telekommunikationsdienstleister als Hilfspersonen zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit ein. Diese Diensteanbieter sind Erfüllungsgehilfen des vertraglich verpflichteten Anbieters⁸⁴⁸. Nach § 278 BGB hat der Schuldner ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden, weshalb sich die Vertragspartner des Endkunden die schuldhaften Vertragsverstöße der von ihnen eingesetzten Dienstleister als eigene anrechnen lassen müssen.

Vierter Teil: AGBG- Konformität ausgewählter Klauseln

Die vorangegangenen Teile dieser Untersuchung dienen der differenzierten Erfassung und korrekten rechtlichen Einordnung der Leistungsbeziehungen zwischen den Anbietern von Sprachtelefondienst und Endkunden nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes.

Die dahingehenden Bemühungen rechtfertigen sich vornehmlich aus der Ermittlung geeigneter Bewältigungsmodelle für Probleme der Rechtspraxis. Wegen der zur typologischen Rechtsfindung notwendigen Konzentration auf die charakteristischen Leistungen konnten in diesem Rahmen abweichende Geschäftsbedingungen, die den Charakter der Rechtsverhältnisse nicht verändern, allenfalls am Rande Berücksichtigung finden. Typischerweise sind allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch dazu bestimmt, die gesetzlichen Regelungen zu derogieren. Nach der Schutzrichtung des AGBG, die Benachteiligung des Verbrauchers durch einseitige Abbedingung des dispositiven Rechts durch den Verwender zu verhindern, sind es gerade diese Bestimmungen, die in Konflikt mit dem AGBG geraten.

⁸⁴⁷ Ausdrücklich bestimmen die AGB der otelo communications GmbH & Co (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 13/1998, S. 83), Ziffer 13.1., daß durch die Inanspruchnahme der Leistungen durch Dritte ein Vertragsverhältnis mit diesen nicht zustande kommt.

⁸⁴⁸ Vgl. für ausländische Mobilfunkbetreiber: OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374 ff. sowie (unter umsatzsteuerrechtlichen Gesichtspunkten) Korf, CR 1995, 518, 521.

Dementsprechend wird - wie auch schon die bisherigen Judikate⁸⁴⁹ und rechtswissenschaftlichen Erörterungen⁸⁵⁰ zeigen - in der Rechtspraxis die Wirksamkeit von Vertragsklauseln der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen nach den §§ 8 - 11 AGBG im Mittelpunkt stehen.

Zum Abschluß sollen daher die im Laufe der Untersuchung als problematisch gekennzeichneten Klauseln, kraft derer die Anbieter von Sprachtelefondienst eine Beschränkung ihrer Leistungsverpflichtung normieren wollen, sowie der in nahezu allen allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Passus, wonach der Vertragspartner auch die Verbindungsentgelte zu zahlen hat, die durch die Inanspruchnahme des Teilnehmeranschlusses durch Dritte verursacht wurden, auf ihre Konformität mit dem AGBG überprüft werden.

§ 1 Leistungsbeschränkende Klauseln

Jeder Anbieter von Sprachtelefondienst hat nach Vertragsschluß dafür einzustehen, daß abgehende Telekommunikationsverbindungen zu anderen empfangsbereiten Anschlüssen hergestellt und für die von beiden Teilnehmern gewünschte Dauer aufrechterhalten werden.

Diese Leistungsverpflichtung versuchen die Anbieter durch Klauseln einzuschränken, nach denen aufgrund der technischen und betrieblichen Dimensionierung des Netzes damit zu rechnen ist, daß Verbindungen nicht immer, sondern nur mit einer Durchlaßwahrscheinlichkeit von 97 % hergestellt werden⁸⁵¹. Daneben finden sich Bestimmungen, nach denen die Anbieterleistungen überhaupt nur im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten des Anbieters erbracht werden.

Diese Klauseln dienen nach der Intention der Anbieter der Definition der Sollbeschaffenheit der Leistung. Unmöglichkeit soll nicht vorliegen, wenn die Errichtung der Telekommunikationsverbindung nicht erfolgt, weil eine Durchlaßwahrscheinlichkeit von über 97 % nicht realisiert wird respektive die

⁸⁴⁹ Vgl. (überwiegend zum Mobilfunk): OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374; OLG Schleswig MMR 1998, 41; OLG Schleswig NJW-RR 1998, 56; OLG Köln ArchPT 1997, 252; OLG Köln MMR 1999, 51.

⁸⁵⁰ Vgl. insoweit (auch weiterführend): Hahn, ZAP 1999, Fach 6, S. 279 ff., derselbe, MMR 1999, 251 ff. und MMR 1999, 586 ff., insbesondere zu Vertragsabschluß-, Leistungsbeschreibungs-, Bonitäts-, Rücktritts-, Laufzeit- und Verzugsklauseln, Zahlungsbedingungen, Gewährleistungsausschlüssen, Haftungsfragen sowie zu Fälligkeits-, Lastschrift-, DV-, Haftungs-, Kündigungs-, Sperr- und Einwendungsausschlußklauseln. Siehe auch Imping, CR 1999, 425 ff..

⁸⁵¹ So beispielsweise die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Mannesmann Arcor AG & Co für Arcor- Festnetz- Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 7/1998, S. 71, zuletzt geändert durch Mitteilung Nr. 181/1999, S. 412) nebst Leistungsbeschreibung Arcor- Town to Town (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 8/1998, S. 73), "Verbindungen".

technischen und betrieblichen Möglichkeiten die Telekommunikationsdienstleistung im Einzelfall nicht erlauben.

A. Verstoß gegen das Transparenzgebot

Es handelt sich damit um Klauseln, die Bestimmungen über den Leistungsumfang beinhalten. Nach § 8 AGBG unterliegen solche Klauseln nicht der Inhaltskontrolle der §§ 9 - 11 AGBG, die über Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflichten unmittelbar bestimmen. Und Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 93/13/EWG bestimmt, daß die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit von Klauseln in Verbraucherverträgen weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen Preis bzw. Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, betrifft.

Allerdings gilt das in Art 4 Abs. 2, 5 S. 1 Richtlinie 93/13/EWG ausdrücklich normierte Transparenzgebot, wonach Geschäftsbedingungen "*klar und verständlich gefaßt*" sein müssen, auch für leistungsbestimmende Klauseln. Das erhellt auch aus dem Zweck des § 8 AGBG und des Art. 4 der Verbraucherschutzrichtlinie, die nur die Angemessenheitskontrolle des von den Parteien zu bestimmenden Äquivalenzverhältnisses verhindern, nicht aber eine Verständlichkeits- und Transparenzkontrolle ausschließen sollen.

Geboten ist sonach jedenfalls eine durchschaubare, richtige, bestimmte und möglichst klare Gestaltung der Vertragsbedingungen, was jeweils anhand der Erkenntnismöglichkeiten eines Durchschnittskunden zu beurteilen ist⁸⁵². Ob die Klauseln über die Beschränkung der Leistungsverpflichtung diesen Anforderungen genügen, ist zweifelhaft.

Schon der Begriff der "*Durchlaßwahrscheinlichkeit*" ist für den durchschnittlichen Verbraucher kaum verständlich. In einigen Geschäftsbedingungen wird dem Endkunden dazu zwar erklärt, daß er wegen der technischen Dimensionierung des Netzes damit rechnen müsse, in 3 % der Fälle eine Verbindung nicht aufgebaut zu bekommen. Im Unklaren bleibt jedoch auch dann, wann sich das auf 3 % der Fälle zu begrenzende Risiko realisiert, in welchem Zeitraum also damit zu rechnen ist, daß der Anbieter seine vertraglich geschuldete Leistung schlichtweg gar nicht erbringt und wann der Endkunde konkret von dieser Leistungsbeschränkung betroffen wird. Das gilt erst recht für Klauseln, die die Anbieterleistung von "technischen und betrieblichen Möglichkeiten" abhängig machen, von denen der Endkunde in aller Regel keinerlei Vorstellungen hat. Daher ist für den Endkunden nicht durchschaubar, ob der Anbieter seine Leistung tatsächlich mit der angepriesenen Durchlaßwahrscheinlichkeit von 97 % erbringt, ob er aufgrund

⁸⁵² Vgl. BGHZ 106, 42, 46.

seiner betrieblichen und technischen Möglichkeiten überhaupt in der Lage ist, die geschuldete Vertragsleistung im wesentlichen oder überhaupt jemals ordnungsgemäß zu erbringen. Der Anbieter eröffnet sich durch die undifferenzierte Verweisung auf betriebliche und technische Bedingungen und Wahrscheinlichkeiten vielmehr die Möglichkeit, stets auf die Realisierung eines dem Endkunden überbürdeten Risikos zu verweisen, dessen Umfang für diesen weder abschätzbar, geschweige denn überprüfbar ist.

Freilich ist dem Endkunden bekannt, daß Kapazitätsengpässe dazu führen können, daß der Anbieter keine hundertprozentige Garantie für die Herstellung von Verbindungen übernehmen kann⁸⁵³. Das rechtfertigt eine Überprüfung des Umfangs der Leistungspflicht des Anbieters im Einzelfall nach dem Maßstab der Anschauungen der betroffenen Verkehrskreise, nicht jedoch eine Festlegung eines absolut normierten Ausfallrisikos, das den Anbieter seiner primären Leistungsverpflichtung zu einem beliebigen Zeitpunkt entledigt⁸⁵⁴.

Weil die Klauseln inhaltlich kaum verständlich, unklar, in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht überprüfbar sind und dem Endkunden nicht abschätzbare Risiken überbürden, sind sie wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot gemäß § 9 Abs.1 AGBG unwirksam⁸⁵⁵.

B. Verstoß gegen Klauselverbote

Da die Klauseln die wesentlichen Leistungspflichten des Anbieters beschränken sollen, stehen sie prima facie auch in Konflikt mit § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Nach dieser Vorschrift ist eine gemäß § 9 Abs.1 AGBG zur Unwirksamkeit führende Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders im Zweifel dann anzunehmen, wenn wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Vertragsnatur ergeben, in einer Weise eingeschränkt werden, die den Vertragszweck gefährdet. Da in einer wesentlichen Abweichung von vertragstypenspezifischen Grundgedanken zugleich ein Verstoß gegen die gesetzliche Regelung zu erkennen ist⁸⁵⁶, beinhalten die Leistungsbeschränkungsklauseln womöglich zugleich⁸⁵⁷ einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

⁸⁵³ Unter diesem Gesichtspunkt hält Imping, CR 1999, 425, 429 die Klausel für unbedenklich.

⁸⁵⁴ Nicht übertragbar sind insoweit die Judikate, die den Mobilfunk betreffen (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374, 378), weil sich die Problematik von Funklöchern und anderen technischen Fehlbarkeiten des Mobilfunks bei der Festnetztelekommunikation nicht stellt. Dies verkennend: Imping, CR 1999, 425, 429.

⁸⁵⁵ So auch: Biletzki, VuR 1999, 35, 37.

⁸⁵⁶ Vgl. Ulmer/Brander/Hensen - Brandner § 9 Rn. 142.

⁸⁵⁷ Eine Differenzierung der Anwendungsbereiche der Nummern 1 und 2 des § 9 Abs.2 AGBG ist weder möglich, noch nötig. Siehe dazu: BGH NJW 1988, 2664.

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 9 - 11 AGBG

Ein Verstoß gegen § 9 AGBG setzt voraus, daß die Klauseln gemäß § 8 AGBG nicht lediglich der Transparenz-, sondern auch der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG unterliegen. An der Eröffnung des Anwendungsbereichs des aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG resultierenden Aushöhlungsverbot es kann indessen angesichts der gerade auf derartige Fälle zugeschnittenen Formulierung des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG an sich kein ernsthafter Zweifel bestehen. Im Gegenteil ist aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, der an wesentliche Rechte oder Pflichten aus dem Vertragsverhältnis anknüpft, zu ersehen, daß Klauseln, die nicht der Begründung des Äquivalenzverhältnis dienen, sondern eine Verkürzung der vom Verbraucher nach Gegenstand und Zweck des Vertrages berechtigter Weise erwarteten vollwertigen Leistung zum Gegenstand haben, der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG unterworfen sind⁸⁵⁸. Dementsprechend ist anerkannt, daß Klauseln der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 - 11 AGBG unterliegen, wenn sie das eigentliche Hauptleistungsversprechen abändern,⁸⁵⁹.

Der Umfang der Anbieterleistung wurde im Zweiten Abschnitt des Zweiten Teils unter § 2 dieser Untersuchung durch Auslegung gemäß §§ 157, 242 BGB ermittelt. Die Koppelung des Leistungsumfangs an die technischen und betrieblichen Anbieterkapazitäten dient nach dem Ergebnis jener Analyse nicht dazu, den bereits durch Auslegung zu ermittelnden Leistungsinhalt erst noch zu fixieren. Die Klauseln sind vielmehr dazu bestimmt, eine Eingrenzung und damit Änderung des vertraglich geschuldeten Leistungsinhaltes vorzunehmen. Folglich ist der der Anwendungsbereich der §§ 9 - 11 AGBG eröffnet.

II. Verstoß gegen § 9 AGBG

§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG soll verhindern, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertragspartner wesentliche Rechtspositionen wegnehmen oder beschränken, die ihm nach dem Sinn und Zweck des Vertrages zu gewähren sind⁸⁶⁰.

Es stellt sich die Frage, ob die Anbieterklauseln diesem Schutzzweck unterfallen. In der Anbindung der Leistungsverpflichtung an die technischen und betrieblichen Möglichkeiten ist, ebenso wie in der Normierung einer 97%igen Durchlaßwahrscheinlichkeit, der Versuch der Anbieter zu erkennen, sich von den Hauptleistungspflichten im wesentlichen zu befreien. Denn bei jeder Störung, bei jedem verhinderten Aufbau einer Telekom-

⁸⁵⁸ Vgl. dazu Ulmer/Brander/Hensen - Brandner § 9 Rn. 143.

⁸⁵⁹ Vgl. statt aller: Ulmer/Brander/Hensen- Brandner § 8 Rn. 27.

⁸⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1985, 914, 916.

munikationsverbindung kann der Anbieter den Endkunden auf die Beschränkung seiner Möglichkeiten verweisen, ohne daß der Endkunde die Möglichkeit hätte, die Ursache der Störung zu verifizieren. Bleibt es damit dem Anbieter überlassen, ob er je nach seinen betrieblichen und technischen Möglichkeiten die Vertragsleistungen erbringt oder nicht, ist der Vertragszweck, dem Endkunden jederzeit das Telefonieren zu ermöglichen, nicht zu gewährleisten. Für den Endkunden stellt sich eine derartige Rechtsbeziehung vielmehr als eine Art "Risikovertrag" dar⁸⁶¹.

Die hier erörterten Leistungsbeschränkungen sind auch nicht zwingend in den telekommunikationstechnischen Gegebenheiten angelegt. Die Technik ermöglicht den Anbietern durchaus die Aufstellung genauer Definitionsmerkmale für die eigene Leistung. Es ist daher nicht unzumutbar, dem Anbieter den Verweis auf ein allgemeines, abstraktes Ausfallrisiko zu verwehren. Das gilt um so mehr, als Kapazitätsengpässe bei Glasfaserkabeln im Gegensatz zu den früher verwendeten Kupferkabeln nahezu ausgeschlossen sind⁸⁶².

Entschlägt sich der Anbieter seiner Kardinalpflichten, verstößt die Klausel gegen das Aushöhlungsverbot des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG und kollidiert wegen der damit verbundenen Abbedingung der werkvertraglichen Hauptleistungspflicht mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, was über § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ebenfalls zur Unwirksamkeit der Klausel gemäß § 9 Abs.1 AGBG führt.

C. Ergebnis

Die Klauseln, die die Hauptleistungen des Anbieters von dessen betrieblichen und technischen Möglichkeiten abhängig machen oder eine Durchlaßwahrscheinlichkeit von 97 % als Maßstab für die eigene Leistung benennen, verstoßen gegen das Transparenzgebot und sind gemäß § 9 Abs.2 AGBG unangemessen, was nach § 9 Abs.1 AGBG zur Unwirksamkeit führt. An die Stelle derartiger Klauseln treten gemäß § 6 AGBG die gesetzlichen Bestimmungen mit den oben erörterten Haftungsfolgen.

§ 2 Zahlungsverpflichtung des Anschlußinhabers bei unbefugter Inanspruchnahme des Anschlusses durch Dritte

Die Klauseln, nach denen der Vertragspartner auch für solche Verbindungsentgelte einzustehen hat, die durch die Nutzung des Teilnehmeranschlusses durch Dritte verursacht wurden, wenn und soweit er diese

⁸⁶¹ So Hahn, MMR 1999, 251, 254, der in der entsprechenden Klausel eines Mobilfunkanbieters einen Verstoß gegen § 9 AGBG erkennt.

⁸⁶² Schließlich besteht für etwaige Schäden in der Regel auch Versicherungsschutz.

Nutzung zu vertreten hat⁸⁶³, wurden im Rahmen dieser Untersuchung bereits verschiedentlich Stellen beleuchtet⁸⁶⁴.

Die Begründung dieser Einstandspflicht in den Geschäftsbedingungen der Anbieter kann aufgrund einer wesentlichen Abweichung von den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen und damit gemäß § 9 AGBG unwirksam sein, wenn der Inhalt der Klausel von der gesetzlichen oder in der Rechtspraxis entwickelten Rechtslage abweicht⁸⁶⁵ und damit nach Maßgabe des § 8 AGBG, der deklaratorische Klauseln von der Inhaltskontrolle ausnimmt⁸⁶⁶, überhaupt der Klauselkontrolle nach den §§ 9 - 11 unterliegt.

A. Dem Klauselinhalt entsprechender vertraglicher Anspruch

Es wurde bereits aufgezeigt, daß ein vertraglicher Primäranspruch des Anbieters gegen den "Dritten" nicht stets, sondern nur existiert, wenn sich der Anschlußinhaber das Verhalten des Dritten wegen einer Bevollmächtigung, gemäß § 1357 BGB oder nach Rechtsscheingrundsätzen zurechnen lassen muß oder das Rechtsgeschäft des vollmachtlosen Vertreters genehmigt wurde.

B. Dem Klauselinhalt entsprechender Schadensersatzanspruch

Zu erwägen ist, ob die in diesen Klauseln verankerte Haftung des Anschlußinhabers unter dem Gesichtspunkt einer Obhutspflichtverletzung wegen positiver Forderungsverletzung oder culpa in contrahendo gerechtfertigt ist, die Klausel also insoweit mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmt. Gegebenenfalls sind die entsprechenden Vertragsklauseln auf ihre Konformität mit den für diese Rechtsinstitute in Analogie zu § 282 BGB entwickelten Beweislastregeln zu überprüfen und an § 11 Nr. 15 a) und b) AGBG zu messen⁸⁶⁷.

I. Obhutspflicht

Eine Haftung wegen positiver Forderungsverletzung setzt voraus, daß den Anschlußinhaber überhaupt die vertragliche Verpflichtung trifft, den Schaden,

⁸⁶³ Exemplarisch: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 6. Siehe im einzelnen oben am durch die nachfolgende Fußnote benannten Ort.

⁸⁶⁴ Siehe 2. Teil, 2. Abschnitt, § 2 A 8; 2. Teil, 3. Abschnitt, § 1 C I 5; 2. Teil, 3. Abschnitt, § 2 E 1 6.

⁸⁶⁵ Dazu auch Imping, CR 1999, 425, 428 f. .

⁸⁶⁶ Vgl. Vgl. BGHZ 121, 13, 18; Ulmer/Brander/Hensen - Brandner § 8 Rn. 30 m.w.N..

⁸⁶⁷ Vgl. insoweit OLG Köln ArchivPT 1998, 259 f..

den Dritte durch die Nutzung des Anschlusses beim Anbieter verursachen, zu verhindern.

Grundsätzlich ergibt sich aus einem Vertragsverhältnis nach Treu und Glauben die Nebenpflicht, sich bei Abwicklung des Vertrages so zu verhalten, daß Rechtsgüter des anderen Teils nicht verletzt werden⁸⁶⁸. Geht die Vertragsabwicklung mit der Übertragung von Sachen des einen Vertragsteils auf den anderen einher, ohne daß der Empfänger Eigentümer der Sache wird, konkretisiert sich diese Schutzpflicht zu einer Obhutspflicht. Der Anschlußinhaber, der grundsätzlich berechtigt ist, seinen Telefonanschluß freizügig zu nutzen, muß als Kehrseite dieses Rechts dafür sorgen, daß an der und durch die unter seiner Obhut stehende Netzabschlußeinheit, Rechtsgüter des jeweiligen Vertragspartners nicht gefährdet werden. In Konkordanz mit dieser allgemeinen Regel verbieten manche Anbieter dem Anschlußinhaber die Überlassung von Telekommunikationseinrichtungen an Dritte und legen ihm auf, die Nutzung des Anschlusses durch Dritte zu untersagen⁸⁶⁹.

1. Obhutspflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Anbieter von Preselection

Diese Obhutspflicht ergibt sich als Nebenpflicht aus dem obligatorischen Schuldverhältnis, wirkt also (primär) nur inter partes⁸⁷⁰. Ansprüche wegen der schuldhaften Verletzung dieser vertraglichen Nebenpflicht können also die jeweiligen Vertragspartner des Anschlußinhabers stellen. Insoweit steht ein entsprechender Passus in den Geschäftsbedingungen der Anbieter in Einklang mit den bürgerlichen- rechtlichen Regeln und ist daher nicht zu beanstanden. Vertragspartner des Anschlußinhabers sind der Anbieter von Ortsverbindungen sowie der Preselection- Anbieter, der Call by Call- Anbieter dagegen nur im Ausnahmefall.

⁸⁶⁸ Vgl. Palandt- Heinrichs § 276 Rn. 117.

⁸⁶⁹ Allgemeine Geschäftsbedingungen der Isis Multimedia Net GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 15/98, S. 84, nunmehr mit Änderungen ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 286/98, S. 2793), Ziffer 9; allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der Telelev Telekommunikation GmbH (ABl. RegTP 1998, Mitteilung Nr. 247/1998), Ziffer 3.4.; allgemeine Geschäftsbedingungen der Wicom, Wilhelmshavener TeleCommunication GmbH für die Bereitstellung von Telekommunikationsanschlüssen und für die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen (ABl. RegTP 1999, Mitteilung Nr. 381/1999, S. 2500), Ziffer 6.

⁸⁷⁰ Vgl. dazu auch: Ulmer/Brander/Hensen - Ulmer § 2 Rn. 69.

2. Obhutspflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Anbieter von Call by Call

Sei es, daß die Verträge mit dem Call by Call- Anbieter aufgrund eines eigenen Verhaltens des Anschlußinhabers entstehen, sei es, daß die Vertragsverbindung durch den Anrufer als Vertreter, nach Rechtsscheingrundsätzen, gemäß § 1357 BGB oder nach Genehmigung durch den Anschlußinhaber geschlossen werden: Der Abschluß des Vertrages erfolgt regelmäßig und bei einem Call by Call- Angebot über ein offenes Netz stets jeweils Anruf für Anruf. Da der Abschluß des Vertrages Geltungsvoraussetzung für die vertraglichen Nebenpflichten ist, kann die vertragliche Verpflichtung, die unbefugte Nutzung des Anschlusses für Call by Call- Leistungen zu unterbinden, den Anschlußinhaber also im Verhältnis zum Call by Call- Anbieter nicht treffen, weil der Vertrag erst geschlossen wird, nachdem der unberechtigte Zugriff bereits erfolgt ist.

a. Vertragsschluß nach Voranmeldung

Auch aus diesem Grund gestatten zahlreiche Call by Call- Anbieter die Nutzung ihrer Leistungen erst nach einer Voranmeldung des Anschlusses durch den Anschlußinhaber. In diesen Fällen entfalten die in dem Anmeldeformular enthaltenen Geschäftsbedingungen ihre Wirkung im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Call by Call und dem Anschlußinhaber bereits vor dem eigentlichen Vertragsschluß. Verpflichtet sich der Anschlußinhaber in diesem Rahmen, für jede von ihm zu vertretende, unbefugte Nutzung des Anschlusses für Call by Call- Angebote einzustehen, legt er sich eine zumindest vorvertragliche Obhutspflicht auf, deren schuldhafte Verletzung nach den Regeln der culpa in contrahendo oder, bei endgültigem Vertragsschluß, nach der Art eines Dauerlieferungsvertrages wie im Preselection-Verfahren, wegen positiver Forderungsverletzung zum Schadensersatz verpflichten kann.

b. Vertragsschluß ohne Voranmeldung

Werden dem Endkunden nicht durch die Voranmeldung Schutzpflichten gegenüber dem Call by Call- Anbieter auferlegt, fehlt es ebenso an einschlägigen vertraglichen Nebenpflichten wie an einem vorvertraglichen Schuldverhältnis, so daß weder Ansprüche wegen positiver Verletzung eines unmittelbar zwischen dem Anschlußinhaber und dem Call by Call- Anbieter bestehenden Vertrages noch wegen culpa in contrahendo in Betracht kommen.

aa. Obhutspflicht aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Eine Obhutspflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Call by Call- Anbieter, deren Verletzung den Inhaber des Anschlusses zum Ersatz der durch

Dritte verursachten Rechnungsbeträge verpflichten könnte, kann sich in diesen Fällen allenfalls aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Anschlußinhaber ergeben, wenn und soweit der Anbieter von Call by Call in die Schutzwirkungen dieses Vertrages mit einbezogen ist⁸⁷¹. Die Bedeutung der erst nach der Pflichtverletzung virulenten Klauseln der Call by Call- Anbieter würde sich dann in einem deklaratorischen Hinweis auf die Haftung aus jener Rechtsbeziehung erschöpfen.

Nach übereinstimmender Ansicht können durch einen schuldrechtlichen Vertrag Schutzpflichten zugunsten Dritter begründet werden, die selbst keinen Anspruch auf die Hauptleistung aus diesem Vertrag haben. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist dadurch gekennzeichnet, daß der Anspruch auf die geschuldete Leistung allein dem Gläubiger zusteht, der Dritte jedoch in der Weise in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen ist, daß er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann⁸⁷². Ein derartiger Anspruch steht dem Dritten zu, wenn er bestimmungsgemäß mit der Leistung in gleicher Weise in Berührung kommt und den Gefahren von Schutzpflichtverletzungen ebenso ausgesetzt ist wie der Gläubiger selbst. Darüber hinaus ist eine besondere Schutzpflicht des Gläubigers erforderlich, die für diesen auch erkennbar sein muß⁸⁷³. Damit die Haftung des Schuldners nicht uferlos ausgedehnt wird, sind bei Feststellung dieser Voraussetzungen strenge Anforderungen zu stellen⁸⁷⁴.

Der Call by Call- Anbieter kommt zwar insoweit bestimmungsgemäß - und nicht nur bei Gelegenheit - mit der Leistung in Berührung, als der vom Anbieter von Ortsverbindungen bereitgestellte allgemeine Netzzugang auch zwingend für die Inanspruchnahme von Call by Call genutzt werden muß. Und die hier erörterte Problematik zeigt, daß auch dem Anbieter von Call by Call ein Schaden dadurch entstehen kann, daß der Anschlußinhaber die Nutzung des Anschlusses durch Nichtberechtigte nicht verhindert.

Die weitere Voraussetzung, daß der Anschlußinhaber und der Anbieter von Ortsverbindungen den rechtsgeschäftlichen Willen haben, den Call by Call- Anbieter in den Schutzbereich des "Teilnehmeranschlußvertrages" mit ein-

⁸⁷¹ Zur Rechtsgrundlage des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter: RGZ 127, 218, 222; BGHZ 56, 269, 273; BGH NJW 1984, 356; Teile der Literatur sehen dagegen § 242 BGB als Rechtsgrundlage an: Vgl. MüKom- Gottwald § 328 Rn. 80 m.w.N..

⁸⁷² Vgl. Palandt- Heinrichs § 328 Rn. 13.

⁸⁷³ Vgl. BGHZ 49, 350, 354; 70, 327, 329, jeweils m.w.N..

⁸⁷⁴ Vgl. Medicus, BR, Rn. 844 m.w.N..

zubeziehen, läßt sich jedoch nicht feststellen. Denn die Klauseln, die dem Endkunden ausdrücklich Schutzpflichten auferlegen und jene Vertragsbestimmungen, die Sekundäransprüche betreffen, aus denen auf eine solche Schutzpflicht geschlossen werden kann, erklären sich ausschließlich aus dem Bestreben des Anbieters von Ortsverbindungen, auch die von Dritten verursachten Verbindungsentgelte für Ortsgespräche geltend machen zu können. Der jeweilige Vertragspassus läßt dagegen nicht erkennen, daß auch die Call by Call- Anbieter von etwaigen Obhutspflichtverletzungen profitieren sollen, Schutzpflichten des Anschlußinhabers also auch zu deren Gunsten bestehen.

Zwar können die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch dann zum Tragen kommen, wenn die Schutzpflichten nicht ausdrücklich geregelt sind, sich aber aus den Umständen des Falles konkrete Anhaltspunkte für einen auf den Schutz Dritter gerichteten Parteiwillen ergeben⁸⁷⁵. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt scheitert die Annahme einer Einbeziehung des Anbieters von Call by Call in den Schutzbereich des Anschlußvertrages, weil jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen, daß bei Abschluß des Teilnehmeranschlußvertrages die Parteien Schutzpflichten auch für die Call by Call- Anbieter im Visier haben. Im Gegenteil ist davon auszugehen, daß Schutzpflichten zugunsten eines möglichen Konkurrenten des Anbieters von Ortsverbindungen auch deshalb nicht geregelt werden sollen, weil die Sorgfaltsmaßstäbe, die der Anbieter des allgemeinen Netzzugangs anlegt, durchaus von denjenigen abweichen können, die der Anbieter von Call by Call gewahrt wissen will. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß das wirksamste Mittel, um zu verhindern, daß beispielsweise Nebenstellenanschlüsse unberechtigt für Call by Call- Gespräche genutzt werden, in einer vollständigen Abgangssperre für Call by Call- Verbindungen besteht. Diese ist zwar mit dem Interesse des Anbieters von Ortsverbindungen, aber kaum mit demjenigen des Anbieters von Call by Call zu vereinbaren⁸⁷⁶.

Schließlich muß die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter auch daran scheitern, daß für den Endkunden bei Abschluß des Vertrages mit einem Anbieter von Ortsverbindungen oder einem Preselection- Anbieter gegebenenfalls nicht erkennbar ist, daß der Anbieter von Call by Call in den Schutzzweck der Obhutspflichten mit einbezogen werden soll.

⁸⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1987, 1758 m.w.N..

⁸⁷⁶ Vgl. insoweit auch Grote, K & R 1998, 61, 62.

Eine Schutzpflicht des Anschlußinhabers gegenüber dem Call by Call-Anbieter ergibt sich also in den Fällen, in denen dem Anschlußinhaber die Obhutspflicht nicht im Rahmen einer Voranmeldung des Anschlusses auferlegt wird, nicht aus einem Vertrag zwischen ihm und dem Anbieter von Ortsverbindungen oder Preselection.

bb. Drittschadensliquidation

Das bedeutet, daß dem Anbieter von Call by Call mitunter auch dann keine Schadensersatzansprüche gegen den Inhaber des Anschlusses zustehen, wenn die Verbindungsentgelte entstanden sind, weil der Anschlußinhaber seine Obhutspflicht in der Weise verletzt hat, daß der Anbieter von Ortsverbindungen und der Preselection-Anbieter Schadensersatzansprüche geltend machen könnten, wenn ihnen aus dieser Obhutspflichtverletzung ein Schaden entstanden wäre.

Grundsätzlich kann auf vertraglicher Grundlage nur derjenige Schadensersatz verlangen, bei dem der Schaden tatsächlich eingetreten ist und dem er rechtlich zur Last fällt. Tritt der Schaden bei einem Dritten ein, so haftet ihm der Schädiger - von wenigen gesetzlichen Ausnahmen abgesehen⁸⁷⁷ - in der Regel nur nach Deliktsrecht. Durchbrochen wird dieses Dogma vom Gläubigerinteresse in den Fällen der Drittschadensliquidation, in denen der Anspruchsinhaber den Schaden eines Dritten liquidieren darf⁸⁷⁸. Die Anwendung dieser Grundsätze setzt voraus, daß der Schaden, der typischerweise beim Ersatzberechtigten eintreten müßte, aufgrund eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Dritten auf diesen verlagert ist⁸⁷⁹.

Eine nicht zu rechtfertigende Begünstigung des Schädigers, also des Anschlußinhabers, durch eine zufällige Verlagerung des Schadens vom Anbieter von Ortsverbindungen oder Preselection auf den Anbieter von Call by Call vermittelt einer zwischen diesen bestehenden Rechtsbeziehung erfolgt jedoch nicht. Vielmehr beruht der Anspruch, den der Anbieter von Ortsverbindungen oder auch der Anbieter von Preselection geltend machen könnte, auf der Verletzung einer nur jeweils ihnen gegenüber bestehenden Obhutspflicht. Diese ist nur zum Schutz des jeweiligen Vertragspartners bestimmt und weicht ihrem Umfang nach von derjenigen, die gegebenenfalls gegenüber dem Call by Call-Anbieter besteht, ab. Der Anschlußinhaber muß dementsprechend auch nicht damit rechnen, daß er von Call by Call-Anbietern in Anspruch genommen wird. Denn deren Schutz ist durch die ihm

⁸⁷⁷ Z.B. §§ 844 Abs. 2, 845 BGB.

⁸⁷⁸ Vgl. dazu BGHZ 25, 258; 40, 91, 100; 51, 91, 93.

⁸⁷⁹ Vgl. Palandt-Heinrichs Vorbem. § 249 Rn. 112.

im Verhältnis zum Anbieter von Ortsverbindungen oder Preselection auferlegte Obhutspflicht nicht bezweckt. Könnte der Anbieter von Ortsverbindungen oder Preselection den Schaden des Call by Call-Anbieters liquidieren, würde der Anschlußinhaber mit einem für ihn nicht kalkulierbaren, zusätzlichen Risiko belastet⁸⁸⁰.

Mithin können die Grundsätze der Drittschadensliquidation nicht zur Anwendung kommen.

3. Ergebnis

Den Anschlußinhaber trifft gegenüber dem Anbieter von Ortsverbindungen und dem Anbieter von Preselection aus dem Dauerlieferungsvertrag die Nebenpflicht, die ihm möglichen und zumutbaren Vorkehrungen gegen die unbefugte Inanspruchnahme der Anbieterleistungen zu ergreifen. Gegenüber dem Anbieter von Call by Call besteht diese Verpflichtung nur, wenn sie ausdrücklich in einer "Vorankündigung" vereinbart wurde.

II. Schuldhaftige Pflichtverletzung und Schaden

Klauseln, die sich auf eine existierende Obhutspflicht stützen und die Eintrittspflicht des Anschlußinhabers für den durch die Nutzung des Anschlusses durch einen Dritten verursachten Schaden⁸⁸¹ an das Verschulden des Endkunden anknüpfen⁸⁸², stehen in Einklang mit den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen zur Haftung wegen positiver Vertragsverletzung. Sie sind daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.

III. Beweislast - Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a) und b) AGBG.

Zu prüfen bleibt aber, ob die Haftungsklausel auch einer Inhaltskontrolle nach § 11 Nr. 15 a) und b) AGBG standhält. Diese Klauselverbote untersagen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die nach Gesetz und Gerichtspraxis bestehende Beweislastlage zum Nachteil des anderen Teils verändern.

Die Klauseln der Anbieter von Ortsverbindungen, Preselection und Call by Call über ein geschlossenes Netz, die dem Anschlußinhaber bei Vertretensmüssen die Eintrittspflicht für die durch Dritte verursachten Verbindungsentgelte auferlegen, konstituieren eine nach Risikosphären abgegrenzte Haftung: Der Vertragspartner muß die Entgelte zahlen, die aufgrund der Mißachtung der Vorbeugemaßnahmen gegen unbefugte Benutzung anfallen. Dagegen ist er von der Haftung freizustellen, wenn beispielsweise eine

⁸⁸⁰ Vgl. BGHZ 40, 91, 106.

⁸⁸¹ Damit der Anbieter das gesamte Verbindungsentgelt beim Anschlußinhaber liquidieren kann, müssen Verbindungsentgelt und Schaden der Höhe nach identisch sein.

⁸⁸² Die Auferlegung einer verschuldensunabhängigen Haftung verstößt dagegen gegen § 9 Abs. 2 AGBG. Vgl. dazu OLG Schleswig, MMR 1998, 41, 43; Hahn, MMR 1999, 586, 590.

Aufschaltung auf seine Leitung außerhalb seines Machtbereichs erfolgt. Diese Form der Gefahrenverteilung steht in Konformität mit den Grundsätzen, die die Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 282 BGB für die Beurteilung einer positiven Forderungsverletzung entwickelt hat. Die Klauseln beinhalten mithin keinen Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a) und b) AGBG⁸⁸³.

C. Ergebnis

Die Klauseln, nach denen der Vertragspartner auch für solche Verbindungsentgelte einzustehen hat, die durch die von ihm zu vertretende Inanspruchnahme der Leistung durch Dritte verursacht werden, begegnen in den Rechtsverhältnissen zwischen den Anbietern von Ortsverbindungen und Endkunden sowie den Anbietern von Preselection und Endkunden keinen Bedenken, da die Bestimmungen mit den Grundsätzen des Rechtsinstituts der positiven Forderungsverletzung und der dazu entwickelten Rechtsprechung zur Abgrenzung der Risikosphären in Einklang stehen⁸⁸⁴. Sie haben lediglich deklaratorische Funktion.

Der Anbieter von Call by Call kann, soweit er nicht eine dem Preselection-Verfahren äquivalente Vertragsgestaltung wählt, auf diese Klausel jedoch keine Ansprüche stützen. Widersprechende Bestimmungen sind unbeachtlich, weil ihr Anwendungsbereich im Vertragsvorfeld liegt, der Vertragsschluß jedoch Geltungsvoraussetzung für ihre Relevanz ist. Sie sind auch nicht als (unbedenkliche) deklaratorische Klauseln zu begreifen, weil die Eintrittspflicht für durch Dritte verursachte Verbindungsentgelte nicht die bereits vor Vertragsschluß bestehende Rechtslage wiedergibt. Denn eine entsprechende Eintrittspflicht ergibt sich weder aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter noch aus dem Institut der Drittschadensliquidation. Ihre Relevanz unterstellt, statuieren die Klauseln also einen Vertrag zu Lasten Dritter, was wegen eines Verstosses gegen den Grundsatz der Privatautonomie nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG jedenfalls zur Unwirksamkeit der Klauseln führen muß.

⁸⁸³ Vgl. zur Wirksamkeit der Klausel: OLG Köln ArchivPT 1998, 252, 259 f.; OLG Karlsruhe ArchivPT 1995, 56 mit zustimmenden Anmerkungen Statz, der allerdings eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung annimmt; LG Freiburg ArchivPT 1995, 56 f., das allerdings (ohne Begründung) einen "Leistungsabnahmevertrag" konstatiert, mit zustimmenden Anmerkungen Statz; LG Köln ArchivPT 1996, 160, 165; LG Hamburg ArchivPT 1996, 266, 267 mit zustimmenden Anmerkungen Göckel.

⁸⁸⁴ Dementsprechend wurde die Klausel bestätigt beispielsweise von: OLG Karlsruhe ArchivPT 1995, 56; AG Eschweiler ArchivPT 1996, 332 mit zustimmenden Anmerkungen Statz.

§ 3 Ergebnis

Die Untersuchung einzelner Klauseln am Ende dieser Arbeit kann lediglich ein Schlaglicht auf die komplexe Problematik von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Sprachtelefondienstverträgen werfen. Die Analyse demonstriert jedoch, daß das komplizierte Gefüge der Rechtsbeziehungen zwischen den Anbietern und den Endkunden im Sprachtelefondienst eine präzise Differenzierung der Rechtsverhältnisse erfordert und durch die Anwendung des AGBG der Gefahr entgegenzuwirken ist, daß die Technisierung der Leistungsbeziehung den Anbietern ein Instrument in die Hand gibt, ihr überlegenes Sachwissen zur Durchsetzung eigener ökonomischer Interessen zu mißbrauchen.

Schluß

Die Untersuchung der Rechtsverhältnisse zwischen Anbietern und Endkunden im Sprachtelefondienst nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes hat erwiesen, daß die rasante technische, wirtschaftliche und rechtliche Entwicklung des Telekommunikationswesens das Bürgerliche Recht und die zivilrechtliche Dogmatik längst nicht an ihre Grenzen bringt⁸⁸⁵.

Die neuartigen Rechtsbeziehungen haben mit der dauerhaften Empfangsbereitschaft und der einzelnen Telekommunikationsverbindung Leistungen zum Inhalt, die dem seit 1896 in den §§ 631 ff. BGB weitgehend unverändert vertypen Werkvertrag entsprechen. Allein der Dauercharakter der Anbieterleistungen und die eigentümliche Art des Zusammenwirkens der Vertragspflichten stellen vor Probleme, die aber mit den anerkannten rechtswissenschaftlichen Methoden der teleologischen Reduktion und der Analogie zu bewältigen sind.

Letztlich werden dadurch Strukturen sichtbar, die, wenngleich sie nur selten in der hier aufgezeigten Konsequenz verfolgt werden, dem deutschen Recht keineswegs fremd sind. Dauerwerkverträge sind, etwa in Gestalt von Wartungsverträgen oder Vereinbarungen über die Aufführung einer Veranstaltung, ebenso wie die dem Kaufrecht entstammenden Dauerlieferungsverträge in Rechtspraxis und -theorie durchaus geläufige Erscheinungen.

Spurlos ist der umwälzende technische und rechtliche Umbruch des Telekommunikationswesens freilich auch an den Endkunden nicht vorbeigezogen. Überholt sind die überkommenen Ansichten über die mietrechtliche Typologie des "Teilnehmeranschlußverhältnisses", deren Wurzeln in Zeiten zurückreichen, als noch der Fernsprech"apparat" nebst "Wecker" den

⁸⁸⁵ So aber: Hahn, MMR 1999, 251, 253.

"Benutzern" überlassen wurde, und das Fernsprechnetze schon wegen seiner "Selbsttätigkeit" vor bis dato unbekannte Probleme im Grenzbereich zwischen der Leistung von Mensch oder Maschine stellte. Die auf diesem Nährboden gewachsene Überbewertung der zum Telefonieren eingesetzten Sacheinrichtungen, die das Fernmeldebenutzungsrecht jahrzehntelang prägte, hat nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes endgültig keine Grundlage mehr: Nicht die Telekommunikationsinfrastruktur, sondern die Telekommunikationsdienste prägen die neuen telekommunikationsrechtlichen Vorschriften, vor allem aber die Interessen der in einem Wettbewerbsmarkt mit konkurrierenden Dienstleistungsangeboten tätigen Sprachtelefondienstanbieter und Endkunden.

Der sich in Rechtsprechung und Literatur abzeichnenden Tendenz, die tradierte, dem "Strippendenken"⁸⁸⁶ verhaftete mietrechtliche Qualifizierung des "Teilnehmeranschlußverhältnisses" auf die neuartigen Rechtsverhältnisse im Sprachtelefondienst unreflektiert zu übertragen, ist nach allem mit Entschiedenheit entgegenzuwirken.

⁸⁸⁶ Begriff nach Brinckmann, CR 1989, 95, 101.

