


 [Österreichische Juristen-Zeitung]
ÖJZ

Leitsatzkartei**Nr 231 – 242**

Beiträge 821 Familienbeihilfe, Kindesunterhalt und der Oberste Gerichtshof

Edwin Gitschthaler

838 Mehrwertdienste und das Inkasso der Netzbetreiber

Michael Hasberger

**Evidenzblatt
Nr 175 – 182**

842 Keine amtswegige Berücksichtigung der Familienbeihilfe bei Unterhaltsbemessung

843 Zur Fassung des Unterlassungsbegehrens bei Immissionsklagen

845 Zur Sicherstellungsexekution aufgrund eines Versäumungsurteils

846 Zum Vermögensgerichtsstand aufgrund internationaler Marke

849 Verführen eines anderen zur strafbaren Handlung

MRK 856 Dauer eines Strafverfahrens

Redaktion

Herbert Steininger (Chefredakteur)

Robert Fucik

Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith

Gerhard Hager

Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okresek

November 2003

22**MANZ** 

Mehrwertdienste und das Inkasso der Netzbetreiber

ÖJZ 2003/52
 §§ 3, 18, 63, 88,
 116 TKG 1997;
 §§ 3, 25, 70, 93,
 122 TKG 2003;
 §§ 864 a, 879,
 1002, 1392 ABGB;
 §§ 17 ff ZPO

Zusammenschaltungsvertrag,
 Regulierung des
 Telekommunikationsmarktes,
 Mehrwertdienste

Die Nutzung von Mehrwertdiensten führte in den letzten Jahren zu einem bedeutenden Anstieg der Umsätze der Betreiber dieser Dienste. Die Palette dieser Dienste reicht von Service-Hotlines verschiedenster Art über Gewinnspiele, Verkehrsnachrichten bis zu den verschiedenen Erotik-Hotlines. Die Praxis zeigt, dass die technische Entwicklung, die den erheblichen Wirtschaftsfaktor Mehrwertdienste ermöglichte, noch nicht ausreichend von rechtlichen Rahmenbedingungen erfasst wurde. Immer häufiger wird die Bezahlung der Mehrwertdienste mit dem Hinweis verweigert, diese Dienste nicht in Anspruch genommen zu haben.*)

Von Michael Hasberger

Inhaltsübersicht:

- A. Definition Mehrwertdienste
- B. Die Rechtsverhältnisse
 - 1. Zusammenschaltungsanordnung
 - 2. Die Natur der Rechtsverhältnisse
 - 3. Die Rechtsnatur des Inkassos
 - a) Inkassoession
 - b) Factoring
 - c) Treuhandschaft
 - d) Inkassomandat/indirekte Stellvertretung
 - 4. Praxis und Judikatur
- C. Geltendmachung im Prozess

A. Definition Mehrwertdienste

Technisch sind Mehrwertdienste¹⁾ spezielle Telekommunikationsdienste, die Leistungen über die Bereitstellung einer Kommunikationsverbindung (Basisdienste) hinaus ermöglichen.²⁾ Es handelt sich um Dienste, deren Inanspruchnahme zu einem über dem üblichen Verbindungsentgelt erhöhten Tarif verpflichtet.³⁾

Um die Kommunikation zwischen Nutzern zu ermöglichen,⁴⁾ wurden die Netze der verschiedenen Telekommunikationsbetreiber zusammengeschaltet.⁵⁾ Die Inanspruchnahme eines Mehrwertdienstes erfordert daher oft die (technische) Mitwirkung von mehreren Telekommunikationsunternehmen, ohne dass dies für den Endbenutzer erkennbar wäre.

Sofern nun der Endbenutzer einen Mehrwertdienst in Anspruch nimmt, erfolgt dies auf Basis der Rechtsverhältnisse verschiedener Beteiligter. Zudem gelangen neben allgemeinen zivilrechtlichen eine Fülle von speziellen Rechtsvorschriften zur Anwendung.⁶⁾

B. Die Rechtsverhältnisse

IdR erfolgt die Nutzung des Mehrwertdienstes über den Quellnetzbetreiber⁷⁾ und (oftmals) von hier aus in ein anderes Netz (Dienstenetzbetreiber). Der Dienstenetzbetreiber steht wiederum mit dem Anbieter des Mehr-

wertdiensteanbieters in einem vertraglichen Verhältnis.⁸⁾

Charakteristisch ist – wie auch die Praxis zeigt – das Zusammenspiel von Endbenutzer (Kunde), Quellnetzbetreiber, Dienstenetzbetreiber sowie dem Anbieter des Mehrwertdienstes.

Dies alles wird ermöglicht durch hoheitliche Anordnungen (= Bescheid) der Regulierungsbehörde.⁹⁾

1. Zusammenschaltungsanordnung

Aufgrund der verschiedenen Zusammenschaltungsanordnungen ist der Quellnetzbetreiber dazu verhalten, den Teilnehmern des Zusammenschaltungspartners (Dienstenetzbetreiber) uneingeschränkten Zugang zu

*) Der Beitrag wurde noch vor der am 19. 8. 2003 erfolgten Kundmachung des neuen, am 20. 8. 2003 in Kraft getretenen TKG 2003, BGBl I 2003/70, verfasst. Da sich jedoch, bezogen auf das behandelte Thema, die Rechtslage gegenüber dem TKG 1997 nicht entscheidend geändert hat, wird lediglich in den Fußnoten auf die nunmehr einschlägigen Bestimmungen des TKG 2003 hingewiesen.

1) VAS: Value Added Services.

2) Abrufbar unter: http://w3.siemens.de/solutionprovider/_online_lexikon/2/f006402.htm.

3) *Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht (2002), 112 ff.

4) § 3 Z 8 TKG 1997 (nunmehr § 3 Z 5 [„Endnutzer“] und Z 14 [„Nutzer“] TKG 2003).

5) Zusammenschaltung = Interconnection (IC); § 3 Z 16 TKG 1997; § 3 Z 25 TKG 2003 definiert dies nunmehr als die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen. Dienste können von den beteiligten Betreibern erbracht werden oder von anderen Betreibern, die Zugang zum Netz haben. Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen Betreibern öffentlicher Netze hergestellt.

6) Insb Entgeltverordnung – EVO, BGBl II 1999/158 idgF; E-Commerce-Gesetz – ECG, BGBl I 2001/152; Fernabsatzgesetz, BGBl I 1999/185; Datenschutzgesetz 2000, BGBl I 1999/165; Telekommunikationsgesetz – TKG, BGBl I 1997/100 idgF und nunmehr Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003, BGBl I 2003/70.

7) In den meisten Fällen über das Netz der Telekom Austria Aktiengesellschaft.

8) Hier wird diese Konstellation zugrunde gelegt.

9) Zusammenschaltungsanordnungen; vgl etwa Bescheid der TCK vom 27. 10. 1999, Z 10/99-43, abrufbar unter: http://www.tkc.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Bescheid-Z 10-99?OpenDocument.

Diensten (Mehrwertdiensten) zu ermöglichen. Interessant ist, dass der Quellnetzbetreiber verpflichtet wird, das Inkasso für Mehrwertdienste zu übernehmen.¹⁰⁾ Der Quellnetzbetreiber inkassiert daher das für die Inanspruchnahme des jeweiligen Mehrwertdienstes angefallene Entgelt beim Kunden und leitet nach Abzug eines Anteils für den Einziehungsaufwand den restlichen Betrag an den Dienstnetzbetreiber weiter.¹¹⁾ Dieser behält sich wiederum einen Anteil ein, sodass letztlich der größte Teil des vereinnahmten Entgelts dem Mehrwertdiensteanbieter zukommt.¹²⁾ Nach hA wirkt die Zusammenschaltungsanordnung zivilrechtlich, sodass auch die Inkassofunktion des Quellnetzbetreibers Inhalt der jeweiligen Vereinbarungen zwischen dem Quellnetz- und dem Dienstnetzbetreiber wird.¹³⁾

2. Die Natur der Rechtsverhältnisse

Der Quellnetzbetreiber schließt mit dem Kunden einen Vertrag zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen. Inhalt dieses Vertrags sind auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Entgeltbestimmungen.¹⁴⁾ Für die Überlassung des Anschlusses ist der Endbenutzer zur Leistung eines monatlichen Grundentgelts verpflichtet.¹⁵⁾

Sofern nun der Endbenutzer einen Mehrwertdienst in Anspruch nimmt, wird Folgendes rechtliches Szenario in Gang gesetzt:

Auf Basis des mit dem Quellnetzbetreiber geschlossenen Vertrags ermöglicht dieser dem Endbenutzer die technische Nutzung bzw. den Zugang zum jeweiligen Mehrwertdienst. Die Inanspruchnahme des Mehrwertdienstes erfolgt auf Basis eines eigenen Vertragsverhältnisses, das zwischen dem Kunden und dem Anbieter des Mehrwertdienstes geschlossen wird. Der Quellnetzbetreiber stellt daher nur das technische Hilfsmittel¹⁶⁾ zur Verfügung, auf den Mehrwertdienst selbst hat er jedoch keinen Einfluss.¹⁷⁾ Dementsprechend sehen die AGB von Quellnetzbetreibern auch vor, dass bei Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten Einwendungen und Ansprüche des Endbenutzer dem jeweiligen Anbieter des Mehrwertdienstes, jedenfalls nicht dem Quellnetzbetreiber, entgegenzuhalten sind.¹⁸⁾

Der Quellnetzbetreiber ist nun aufgrund der Zusammenschaltungsanordnung verpflichtet, für den Dienstnetzbetreiber, dessen Vertragspartner der Anbieter des Mehrwertdienstes ist, das Entgelt für den in Anspruch genommenen Mehrwertdienst zu inkassieren. In der Praxis erfolgt dies anhand der Rechnung des Quellnetzbetreibers, die sowohl (eigene) Entgeltforderungen des Quellnetzbetreibers als auch (fremde) Entgeltforderungen von Anbietern von Mehrwertdiensten erfasst. Eine exakte Aufgliederung erfolgt in der Rechnung nicht.¹⁹⁾

In der Praxis häufen sich nun die Fälle, in denen nach Rechnungslegung durch den Quellnetzbetreiber der Kunde unter Hinweis auf nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erbrachte Leistungen nach dem Mehrwertdienstevertrag die Zahlung verweigert. Gerade die Aktivierung von Dialer-Programmen²⁰⁾ führte in jüngs-

ter Zeit zu einem Anstieg von Einwendungen bzw. Beschwerden durch die Endbenutzer, weil vereinzelt besonders aggressive Dialer-Programme sich nach einmaligem Auswählen für den Nutzer oft unbemerkt im Hintergrund immer wieder aufbauen, sodass laufend erhöhte Entgelte anfallen.²¹⁾

Sofern nun Einwendungen seitens des Kunden erhoben werden, zeigt sich folgendes Dilemma:

Der Quellnetzbetreiber, der auf das Produkt „Mehrwertdienst“ keinen Einfluss hat, ist idR nicht in der Lage, die Richtigkeit bzw. Begründetheit der Einwendungen zu überprüfen. Er ist grundsätzlich auch nicht dazu verhalten, verbindliche Erklärungen abzugeben, die ein fremdes Vertragsverhältnis (Endbenutzer – Anbieter des Mehrwertdienstes) betreffen. Aufgrund der Zusammenschaltungsanordnung ist er jedoch verpflichtet, das im Zuge der Erbringung des Mehrwertdienstes verrechnete Entgelt „weiter zu reichen“.²²⁾

Der Endbenutzer ist grundsätzlich verpflichtet, die vom Quellnetzbetreiber in Rechnung gestellten Entgelte zu zahlen. Verweigert nun der Endbenutzer die Zahlung des Entgelts, so ist gem § 63 TKG 1997 (nunmehr § 70 TKG 2003) die Sperre des Anschlusses durch den Quellnetzbetreiber möglich.²³⁾

Dieses Dilemma ergibt sich allein aus der ursprünglich behördlichen Anordnung an den Quellnetzbetreiber, das Inkasso für andere zu übernehmen.²⁴⁾

3. Die Rechtsnatur des Inkassos

a) Inkassoession

Die stRsp sieht in der Inkassoession eine fiduziarische Sonderform der Zession, eine Abtretung zur Einzie-

10) Vgl. Anhang 17 zum Zusammenschaltungsvertrag P 3.1, 3.5.

11) Vgl. Anhang 17 P 3.; aufgrund eines komplizierten Verrechnungssystems zwischen den Beteiligten kommt es bereits vor dem Inkasso durch den Quellnetzbetreiber zur Weiterleitung der vereinbarten Entgelte.

12) Vgl. auch BGHS Wien 14. 08. 2001, 9 C 1992/00g.

13) Vgl. *Parschalk/Zuser/Otto*, Telekommunikationsrecht (2002), 102ff; abl. *Lattenmayer*, Rechtliche Durchsetzungsmöglichkeiten von Zusammenschaltungs- und Netzzugangsentscheidungen, *ecolex* 2001, 486; da der Dienstnetzbetreiber in einem Vertragsverhältnis zum Anbieter des Mehrwertdienstes steht, wirkt die Inkassofunktion des Quellnetzbetreibers aufgrund der vertraglichen Kette auch gegenüber dem Anbieter des Mehrwertdienstes.

14) Vgl. AGB sowie Entgeltbestimmungen (EB) der Telekom Austria Aktiengesellschaft; vgl. *Zanger/Schöll*, TKG § 18 Rz 28; SZ 73/46.

15) P 1.2. EB Fernsprechanchluss der Telekom Austria Aktiengesellschaft, abrufbar unter: <http://www.telekom.at/agb>.

16) Telekommunikationsnetz gem § 3 Z 9 TKG 1997 (nunmehr § 3 Z 17 TKG 2003).

17) Vgl. §§ 119, 120 StGB; § 88 TKG 1997 (nunmehr § 93 TKG 2003).

18) Vgl. § 16 Abs 3 AGB der Telekom Austria Aktiengesellschaft, abrufbar unter: <http://www.telekom.at/agb>.

19) Vgl. Anhang 17, P 3.1.

20) Dialer sind Programme, die den erleichterten Zugang zu Onlineverbindungen herstellen. Näheres unter: <http://www.dialerhilfe.de/dialer/info.php>.

21) Vgl. RTR-aktuell, Ausgabe TK 01/2003 (S 7); abrufbar unter: http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Newsletter.

22) Anhang 17 P 3.1.; durch eine weitere im Zuge der Regulierung des Telekommarkts hervorgekommene Besonderheit ist der Quellnetzbetreiber in die Lage versetzt, das durch die Inanspruchnahme des Mehrwertdienstes angefallene Entgelt bereits im Vorhinein zu leisten.

23) Gem § 116 Abs 1 TKG 1997 (nunmehr § 122 Abs 1 TKG 2003) kann ein Schlichtungsverfahren bei der Regulierungsbehörde eingeleitet werden, das die Fälligkeit der strittigen Ansprüche hemmt.

24) Anhang 17 P 3.

hung.²⁵⁾ Der Zedent erteilt dem Zessionar den Auftrag, die Forderung, die im Vermögen des Zedenten bleiben soll, im Namen des Zessionars, aber auf Rechnung des Zedenten geltend zu machen und an den Zedenten abzuführen.²⁶⁾ Der Zessionar wird Gläubiger, ist aber zur Abführung der eingehobenen Leistung an den Zedenten verpflichtet. Der Inkassoessionar hat materiellrechtliche und prozessrechtliche Verfügungsgewalt, ist aber allerdings als ein uneigennütziger Treuhänder zu qualifizieren.²⁷⁾

Gegen das Vorliegen einer Inkassoession im hier zu untersuchenden Fall spricht, dass weder in der Zusammenschaltungsanordnung noch in den Einzelvereinbarungen ein Hinweis auf eine Abtretung der Forderung des Anbieters des Mehrwertdiensteanbieters an den Quellnetzbetreiber existiert. Zudem erhält der Quellnetzbetreiber für das Inkasso den Inkassoaufwand pauschal ersetzt sowie eine Pauschalabgeltung für das Inkassorisiko, sodass eine uneigennützig Treuhand (Inkassoession) nicht gegeben ist.²⁸⁾

b) Factoring

Factoring ist der Ankauf von Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen vor deren Fälligkeit mit Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit dieser Forderungen.²⁹⁾ Wird nun das Risiko der Einbringlichkeit nicht vom Factor übernommen, liegt ein so genanntes unechtes Factoring vor.

Die in der Zusammenschaltungsanordnung dem Quellnetzbetreiber auferlegte Verpflichtung, das Inkassorisiko zu tragen, spricht für das Institut des unechten Factoring. Allerdings findet sich kein Hinweis auf eine Übertragung der Forderungen des Mehrwertdiensteanbieters an den Quellnetzbetreiber, sodass eine klare Zuordnung der Inkassoverpflichtung als Factoring scheidet.

c) Treuhand

Die Treuhand ist allgemein gekennzeichnet durch das vom Treugeber an den Treuhänder übertragene Forderungsrecht, das dieser im eigenen Namen, aber im fremden Interesse geltend macht.³⁰⁾ Je nach Ausgestaltung der Interessenslage kann es sich um eine eigennützige oder uneigennützige Treuhand handeln.³¹⁾

Die hoheitliche Anordnung an den Quellnetzbetreiber, die Forderungen beim Endbenutzer zu inkassieren, unter gleichzeitiger Festlegung, das Inkassorisiko zu tragen, spricht für eine eigennützige Treuhand. Allerdings fehlt es – auch hier – an einem tauglichen Hinweis, dass der Quellnetzbetreiber vom Mehrwertdiensteanbieter Forderungsrechte übertragen erhält. Somit ist eine klare Zuordnung auch zur Treuhand nicht möglich.

d) Inkassomandat/indirekte Stellvertretung

Die mittelbare (indirekte) Stellvertretung setzt voraus, dass jemand in eigenem Namen für fremde Rechnung handelt.³²⁾ Die bescheidmäßige Anordnung, vom Anbieter des Mehrwertdienstes erbrachte Leistungen zu inkassieren, ist einem Auftrag im Innenverhältnis ähnlich. Diesem Auftrag kommt der Quellnetzbetreiber

durch Rechnungslegung und Einforderung an den Kunden nach. Eine Abtretung bzw Übertragung (Kauf) von Rechten ist nicht erforderlich, sodass wesentliche Elemente der indirekten (mittelbaren) Stellvertretung zutreffen. Ähnlich verhält es sich mit dem Institut des Inkassomandats, bei dem ein Forderungsberechtigter einen anderen mit dem Inkasso dieser Forderung beauftragt.³³⁾

Es zeigt sich, dass die dem Quellnetzbetreiber auferlegte Pflicht zum Inkasso nicht eindeutig zuordenbar ist. Aus den zugegeben spärlichen Hinweisen³⁴⁾ ist abzuleiten, dass eine Abtretung, Übertragung oder Kauf der Forderungen der Mehrwertdiensteanbieter nicht gewollt war. Daher ist die Inkassoverpflichtung mit einer indirekten Stellvertretung bzw dem Inkassomandat vergleichbar. Letztlich handelt es sich um eine Mischform, die keine eindeutige Zuordnung zulässt. Allen ist gemeinsam, dass dem Schuldner (Kunde) offen steht, Einwendungen gegen die Forderungen des Mehrwertdiensteanbieters gegenüber dem inkassierenden Quellnetzbetreiber zu erheben.³⁵⁾

4. Praxis und Judikatur

In der Praxis³⁶⁾ zeigt sich, dass Kunden nach Rechnungslegung durch den Quellnetzbetreiber nicht nur auf die Einbringung der Leistungsklage warten, sondern auch dazu übergehen, mit Feststellungsklage den Einzug von nach ihrer Meinung unberechtigten Forderungen aus dem Mehrwertdienstevertrag abzuwehren.³⁷⁾

C. Geltendmachung im Prozess

Sofern nun vor Gericht die Richtigkeit der inhaltlichen Einwendungen des Endbenutzers im Hinblick auf vom Mehrwertdiensteanbieter erbrachte Leistungen zu überprüfen ist, steht der Quellnetzbetreiber vor einem Dilemma. Wie oben unter B.2 erwähnt, ist er einerseits aufgrund der hoheitlichen Anordnung (Inkassoverpflichtung) in den Prozess gedrängt worden, andererseits ist es ihm mangels Kenntnis des Sachverhalts nicht möglich, ein substantiiertes Vorbringen zu erstatten. So bleibt dem Quellnetzbetreiber nur, sich durch die

25) *Ertl in Rummel*⁹, § 1392 Rz 5; RZ 1991/66, 203.
 26) SZ 34/114; SZ 44/108; SZ 45/82 ua; JBl. 1984, 378.
 27) *Ertl in Rummel*⁹, § 1392 Rz 5.
 28) Anhang 17, P 3.4.
 29) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II (2001), 112ff.
 30) *Apathy* (Hrsg), Die Treuhand (1995), SZ 68/23.
 31) Vgl *Butschek*, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennützigen Treuhand, JBl. 1991, 364.
 32) *Strasser in Rummel*⁹, § 1002 Rz 8.
 33) SZ 24/71; auch OGH 25. 9. 2002, 7 Ob 137/02a; vgl auch *Ertl in Rummel*⁹, § 1392 Rz 6.
 34) Anhang 17 zum Zusammenschaltungsvertrag.
 35) Etwa §§ 1395 ff ABGB.
 36) Vgl zur Verneinung der Sittenwidrigkeit von Erotik-Mehrwertdiensten OGH 12. 6. 2003, 2 Ob 23/03a; LG Linz 30. 11. 2000, 15 R 203/00d im Verfahren des BG Linz-Land, 2 C 22/99d; LGZ Graz 7. 12. 2000, 17 R 174/00h im Verfahren des BGZ Graz, 25 C 2341/98z; vgl auch *Wessely*, MR 1/03, 3.
 37) Um gem § 63 TKG 1997 (nunmehr § 70 TKG 2003) die Sperre des Anschluss zu verhindern; gem § 116 Abs 1 TKG 1997 (nunmehr § 122 Abs 1 TKG 2003) kann ein Schlichtungsverfahren bei der Regulierungsbehörde eingeleitet werden, das die Fälligkeit der strittigen Ansprüche hemmt.

Streitverkündung gem § 17 ff ZPO der Unterstützung seines Vertragspartners (Dienstenetzbetreiber) zu verschern.³⁸⁾ Nur so ist es dem Quellnetzbetreiber möglich, allenfalls über den Umweg seines Vertragspartners inhaltlich den Einwendungen des Endbenutzers etwas entgegen zu setzen. Sofern ein Streitbeitritt nicht erfolgt, wird der Quellnetzbetreiber nicht dazu verhalten sein, ohne über zur Bestreitung notwendige Informationen zu verfügen den Rechtsstreit zu Ende zu führen. Im Ergebnis wird daher der Kunde im Prozess obsiegen und die Verfahrenskosten vom Quellnetzbetreiber ersetzt erhalten. Sofern nun ein Beitritt unterbleibt und dem Quellnetzbetreiber ein Prozessaufwand entsteht, sind auch Schadenersatzansprüche gegen den Vertragspartner denkbar.³⁹⁾

Nach einhelliger dRsp trifft die inhaltliche Verantwortlichkeit für Mehrwertdienste grundsätzlich nur den Anbieter, jedoch nicht den die Verbindung zwischen dem Anrufer und dem Diensteanbieter herstellenden (Quell-)Netzbetreiber.⁴⁰⁾ Der BGH verweist darauf, dass der Einzug der Entgelte auf Grundlage des Vertrags des Endbenutzers mit dem (Quell-)Netzbetreiber erfolgt. In diesem Sinne dürfe das Abrechnungsverhältnis zwischen dem (Quell-)Netzbetreiber und dem Endbenutzer nicht mit Einwendungen aus dem Vertragsverhältnis zum Anbieter der Mehrwertdienste belastet werden. Der BGH sieht andernfalls die „*Funktionsfähigkeit des Massengeschäfts Mehrwertdienste insgesamt in Frage*“ gestellt.⁴¹⁾ In der deutschen Rechtspraxis wird nunmehr das Vertragsverhältnis des (Quell-)Netzbetreibers zum Endbenutzer als „*bloßes Hilfsgeschäft*“ qualifiziert, das von der Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Endbenutzer und Anbieter des Mehrwertdienstes (Hauptgeschäft) nicht erfasst werden soll.⁴²⁾ Im Ergebnis überwiegen nach Ansicht der deutschen Judikatur bei einer Interessenabwägung die Vorteile aller Beteiligten, sodass zum Wohl der praktischen Umsetzung von Massengeschäften vertragsrechtliche Aspekte außer Acht gelassen werden können.⁴³⁾

Damit ist in Deutschland dem Endbenutzer bei Rechnungslegung durch den Quellnetzbetreiber der Einwand abgeschnitten, dass die Leistung des Mehrwertdiensteanbieters nicht bzw nicht ordnungsgemäß erbracht worden sei.⁴⁴⁾

Die dRsp lässt sich insofern mit der öRsp in Einklang bringen, als auch der OGH bei Massengeschäften einzelvertragsrechtliche Aspekte in den Hintergrund treten lässt, sofern keine unangemessenen Nachteile der Kunden daraus erwachsen.⁴⁵⁾ Auch in Österreich kann die Funktionsfähigkeit des Massengeschäfts Mehrwertdienste sinnvoll nur dann ermöglicht werden, wenn entweder der Quellnetzbetreiber über die nötigen Informationen verfügt, um den Einwendungen des Kunden inhaltlich etwas entgegenzusetzen zu können (dies ist idR nicht der Fall), oder wie in Deutschland keine Einwendungen vorerst möglich sind und der Kunde auf seine Ansprüche gegen seinen Vertragspartner verwiesen wird. Da es allein in der freien Entscheidung des Kunden liegt, wie und welche Mehrwertdienste er in Anspruch nimmt, auf die der Quellnetzbetreiber keinen Einfluss hat, ist der Kunde inso-

fern gegenüber dem Quellnetzbetreiber auch nicht schützenswert.⁴⁶⁾ Eine gröbliche Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB liegt nicht vor, weil der Kunde ohnehin Ansprüche gegen seinen direkten Vertragspartner geltend machen kann.⁴⁷⁾ Die sachliche Rechtfertigung hierfür liegt in der Ermöglichung des Massengeschäfts Mehrwertdienste, das auch im Interesse der Kunden geführt wird.

Allerdings ist es dogmatisch nicht zu begründen, dass der Kunde, der in der Rechnung des Quellnetzbetreibers nun Forderungen des Anbieters der Mehrwertdienste vorfindet, seiner Gestaltungsrechte verlustig wird.⁴⁸⁾ Es würde auch dem allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes widersprechen, wollte man dem Kunden abverlangen, vorerst jedenfalls bezahlen zu müssen, ohne Einwendungen erheben zu dürfen.⁴⁹⁾ Eine Grundlage für das Abschneiden der Einwendungen des Kunden kann sich hingegen im Vertrag zwischen Quellnetzbetreiber und Kunden finden.⁵⁰⁾

Problematisch bleibt, dass der Quellnetzbetreiber sich allenfalls einem Gerichtsverfahren auszusetzen hat, dessen Gegenstand ein fremdes Rechtsgeschäft ist. Hier zeigt sich deutlich, dass die Inkassoanordnung der Regulierungsbehörde im Zivilverfahren nicht sachgerecht ist. Lässt man die Einwendungen des Kunden zu, so muss der Quellnetzbetreiber ohne Kenntnis des Inhalts des fremden Geschäftes das Verfahren führen.⁵¹⁾ Es fehlt auch an einer sachlichen Rechtfertigung dafür, dass der Quellnetzbetreiber letztlich für einen rechtswidrig handelnden Mehrwertdiensteanbieter einzustehen hat, zu dem er in keinem Vertragsverhältnis steht. Nicht zuletzt muss der Quellnetzbetreiber ein Gerichtsverfahren anstrengen, das er im Hinblick auf die von ihm zu tätigenden Aufwendungen überwiegend im fremden Interesse führt, ohne daraus einen Vorteil zu ziehen. →

38) Es reicht aus, wenn der Rechtsstreit die Rechtssphäre des Nebeninterventienten berührt, vgl JBI 1967, 154.

39) *Pochmarski*, Die Rechtsprechung des OGH zum Regress von Prozesskosten, JBI 2002, 353.

40) BGH 22. 11. 2001-III, ZR 5/01; BGH 16. 5. 2002-III, ZR 253/01; BGH 13. 6. 2002-III, ZR 156/02.

41) BGH 22. 11. 2001-III, ZR 5/01.

42) OLG Jena 11. 7. 2000, CR 2001, 175; OLG Koblenz 12. 8. 1999, NJW-RR 2000, 930.

43) So meint der BGH, dass es dem Kunden ohnehin offen steht, direkt vom Mehrwertdiensteanbieter seine Leistungen rückzufordern, BGH 22. 11. 2001-III, ZR 5/01.

44) In der deutschen Literatur ist diese Judikatur heftig bekämpft, vgl *Fuhme* NJW 2002, 3519; *Härtling* DB 2002, 2147; in der Praxis wird vom Inkassorecht des Quellnetzbetreibers in strittigen Fällen kein Gebrauch gemacht, vgl *Niko Härtling*, Die wunderbare Welt der Mehrwertdienste, abrufbar unter: <http://www.itrb.at/leseprobe/itrb0200201.html>.

45) OGH 14. 3. 2000, 4 Ob 50/00g.

46) BGH 22. 11. 2001-III ZR 5/01.

47) Dies setzt voraus, dass dem Kunden sein Vertragspartner bekannt ist. Zur gröblichen Benachteiligung vgl *ecolex* 1999, 317.

48) Wenn auch die Rückforderung des geleisteten vom eigentlichen Vertragspartner auch nach dRsp zulässig bleibt.

49) Die Praxis zeigt, dass viele Anbieter der Mehrwertdienste dem Kunden nicht bekannt sind bzw mangels Österreichbezug nicht leicht verfolgbar sind.

50) Inwieweit im Einzelfall das Abschneiden der Einwendungen auch im Hinblick auf § 864a ABGB zulässig ist, wurde bisher von der Rsp nicht geklärt.

51) Im Verfahren kann dies mangels entsprechender Sachinformation auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis hinauslaufen, vgl *Rechberger in Rechberger*, Rz 27 vor § 266 ZPO.

Sachgerecht und sinnvoll wäre es, die Inkassopflicht nur bis zur Erhebung von begründeten Einwendungen durch den Kunden vorzusehen. Diesfalls sollte dann der Vertragspartner des Kunden, der Anbieter des Mehrwertdienstes, eigenverantwortlich entscheiden, ob das Inkasso erfolgt. Begleitet könnte dies durch ein Auskunftsrecht des Kunden über seinen tatsächlichen Vertragspartner werden.⁵²⁾ All dies würde

die Umsetzung der ursprünglich hoheitlichen angeordneten Inkassoverpflichtung ins Zivilrecht erleichtern.

52) Dazu müssten einerseits die Zusammenschaltungsanordnungen und andererseits die rechtlichen Grundlagen im TKG abgeändert werden. Vgl. das Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er/0900er-Mehrwertdienstnummern, dBGBI I S. 1590.

→ In Kürze

Zusammengefasst zeigt sich, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen bei Mehrwertdiensten unzulänglich sind. Durch die im Zuge der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte getroffenen hoheitlichen Anordnungen, die sich teils unmittelbar auf privatrechtliche Vereinbarungen auswirken, wurde ein die Bedürfnisse der Beteiligten nicht ausreichend berücksichtigender Zustand geschaffen. De lege ferenda ist die Erlassung weiterer Normen auch aus Gründen der Rechtssicherheit zweckmäßig.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Michael Hasberger ist Partner von Hasberger_Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Nottendorfer Gasse 11, Tel.: 01/533 05 33, E-Mail: hasberger@hsp-law.at.

Literatur:

Parschalk/Zuser/Otto, Telekommunikationsrecht (2002).

Links:

<http://www.telekom.at/agb>

<http://www.itrb.at/leseprobe/itrb0200201.html>

http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Newsletter

→ Literatur-Tipp



Parschalk/Zuser/Otto,
Telekommunikationsrecht, MANZ
(2002)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100, Fax: (01)
531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter
www.manz.at

