

Torben Butchereit

**Rechtliche Aspekte von
Entertainmentangeboten und
Zusatzdiensten im Mobilfunk**

Verlag Dr. Kovač

**Hamburg
2009**

<u>Einleitung</u>	1
A. Allgemeiner Überblick	1
B. Historische Beleuchtung, technische Grundlagen	4
C. Eingrenzung des Prüfungsgegenstandes und Gang der Untersuchung	6
<u>1. Kapitel: Die Vertragsbeziehungen im M-Commerce</u>	7
A. Vertragstypus bei Verträgen zwischen Nutzer und Netzbetreibern	7
I. Rechtsbeziehung zwischen Kunden und Netzbetreibern im Rahmen eines „Mobilfunkvertrags“	8
1. Rechtsnatur des Mobilfunkvertrages	8
a. <i>Nomenklatur</i>	10
b. <i>Vertragsinhalt</i>	11
aa. (Haupt-)Leistungspflichten der Mobilfunkanbieter	12
(1) Überlassung des Mobilfunk-Anschlusses	12
(2) Zuteilung einer Rufnummer	13
(3) Überlassung einer Telekarte (SIM-Karte)	13
(4) Entgegennahme und Herstellung von Mobilfunkverbindungen	14
(5) Versand und Empfang von Daten	15
(6) Zusatzdienste	15
aaa. Begriff und Inhalt von „Mehrwertdiensten“	17
bbb. Einordnung als Haupt- oder Nebenpflicht	17

(7) Weitere Pflichten des Mobilfunkanbieters	19
(8) Zwischenergebnis	20
bb. (Haupt-)Leistungspflichten der Kunden	21
(1) Zahlungspflicht	21
(2) Weitere Pflichten der Kunden	22
(3) Zwischenergebnis	22
c. <i>Behandlung des „Mobilfunkvertrages“</i>	23
aa. Zusammengesetzter Vertrag	23
bb. Gemischter Vertrag	24
(1) Typischer Vertrag mit andersartiger Nebenleistung	24
(2) Kombinationsvertrag	24
(3) Gekoppelter Vertrag oder doppeltypischer Vertrag	24
(4) Typenverschmelzungsvertrag	25
cc. atypischer Vertrag	25
dd. Einordnung	25
(1) Der Mobilfunkvertrag in der Literatur	26
aaa. Werkvertrag	27
bbb. Dienstvertrag	30
ccc. Mietvertrag	31
ddd. Zwischenergebnis	33
(2) Der Mobilfunkvertrag in der Rechtsprechung	34
(3) Stellungnahme	35
2. Ergebnis	36
II. Rechtsbeziehungen bei Entertainment-Angeboten und Zusatzdiensten zwischen Anbietern und Kunden unter Verwendung des Mobilfunkvertrages als „Rahmenvertrag“	37

1. Transportdienstleistung	38
a. <i>Vertragsgefüge</i>	38
b. <i>Rechtliche Behandlung</i>	39
2. Inhaltsleistung	40
a. <i>Vertragsgefüge</i>	40
b. <i>Rechtliche Behandlung</i>	41
III. Rechtsbeziehungen bei Zusatzdiensten zwischen Anbietern und Kunden bei Verwendung sogenannter „Pre-Paid“-Mobilfunkverträge	41
IV. Rechtsbeziehungen bei Zusatzdiensten zwischen Anbietern und Kunden unter Verwendung eigenständiger Verträge neben bzw. außerhalb des Mobilfunkvertrages	43
1. Downloads (Klingeltöne, MP3, Wallpapers, Videos, Spiele, etc.)	43
a. <i>„normaler Einzelabruf“ derartiger Download-Angebote</i>	43
aa. Vertragsparteien	43
bb. Vertragschluss	44
cc. Leistungspflichten	46
dd. Rechtsnatur des Vertrages	46
(1) Download als Kauf gem. § 433 I BGB	47
(2) Download als Rechtskauf gem. § 453 I BGB	48
(3) Download als Werkvertrag gem. § 631 BGB	48
(4) Download als Dienstvertrag gem. § 611 BGB	49
(5) Download als urheberrechtlicher Lizenzvertrag oder Rechtspacht	49
(6) Download als Vertrag sui generis	51
(7) Zwischenergebnis	51
(8) Übertragbarkeit auf Entertainment- und Zusatzdienste	52

(9) Ergebnis	53
ee. Vertragsabwicklung	53
b. <i>Abonnement</i>	53
aa. Abweichungen vom Einzelkauf	54
bb. Rechtliche Einordnung	54
c. <i>Spezielle Probleme</i>	56
aa. Minderjährigkeit	57
(1) Vertragshandy	57
(2) Guthaben-Handys	59
aaa. Sind Entertainment-Angebote vom Umfang des § 110 BGB umfasst?	61
bbb. „Abos“ im Rahmen des § 110 BGB	62
ccc. Ergebnis	63
bb. Sittenwidrigkeit	64
(1) Nichtigkeit des Content-Vertrages nach 138 I BGB	64
(2) Nichtigkeit des Content-Vertrages nach § 138 II BGB	65
aaa. Objektiver Tatbestand	65
bbb. Subjektiver Tatbestand	68
ccc. Zwischenergebnis	69
(3) Auswirkungen auf den Transportvertrag	69
d. <i>Ergebnis</i>	70
2. Location Based Services (NavSys, „Restaurant-Finder“, etc.)	71
a. <i>Vertragsparteien</i>	72

b. <i>Vertragsschluss</i>	72
aa. Antrag durch den Anbieter	72
bb. Antrag durch den Nutzer	74
cc. Annahme	75
(1) Standortbezogene Mobilfunkdienste als Tele- oder Mediendienste gem. § 312 e I BGB	77
(2) Zwischenergebnis	79
(3) Vergleichbarkeit der Bestätigung gem. § 312 I e Nr. 3 BGB mit der Annahmeerklärung gem. § 148 BGB	79
(4) Stellungnahme	80
(5) Entbehrlichkeit der Annahme gem. § 151 BGB	81
(6) Ergebnis	84
c. <i>Leistungspflichten</i>	84
d. <i>Rechtsnatur des Vertrages</i>	85
aa. Entgeltliche Angebote	85
bb. Unentgeltliche Angebote	86
e. <i>Vertragsabwicklung</i>	88
3. Zahlungsfunktion	89
a. <i>Vertragsparteien</i>	90
b. <i>Vertragsschluss</i>	91
aa. Rahmenvertrag	91
bb. „Durchführungs“-vertrag	94
c. <i>Leistungspflichten</i>	94
d. <i>Rechtsnatur des Vertrages</i>	94

e. <i>Vertragsabwicklung</i>	95
B. Ergebnis	96
<u>2. Kapitel: Informations- und Aufklärungspflichten</u>	97
A. Informationspflichten vor Vertragsschluss	100
I. Verpflichtungen nach § 5 TMG	100
1. Anwendungsbereich	100
2. formelle Vorgaben	102
3. materielle Vorgaben	105
II. Verpflichtungen nach § 312 c I BGB	106
1. Anwendungsbereich	106
a. <i>sachlicher Anwendungsbereich</i>	107
aa. Waren oder Dienstleistungen	107
bb. unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln	108
cc. Kein Vorliegen eines Ausschlussgrundes gem. § 312 b III, IV BGB	108
b. <i>personeller Anwendungsbereich</i>	110
2. formelle Vorgaben	110
3. materielle/ inhaltliche Vorgaben	113
4. Realisierbarkeit der Verpflichtungen	113

III. Verpflichtungen nach § 312 e BGB	114
1. Anwendungsbereich	114
2. Formelle Vorgaben	115
3. Materielle Vorgaben	117
4. Realisierbarkeit der Verpflichtungen	117
5. Spannungsbogen zwischen den Verpflichtungen gem. § 312 c I und § 312 e BGB	118
6. Lösungsansätze	121
a. <i>Gesetzesänderung</i>	121
b. <i>Richtlinienkonforme Auslegung des § 312 e I Nr. 4 BGB</i>	122
c. <i>Vorheriger Abschluss eines Rahmenvertrages</i>	122
d. <i>Informationen über entsprechende Links</i>	123
e. <i>Wertgrenze</i>	124
f. <i>Analogie zu § 312 c BGB durch Anwendung des Gedankens der bloßen Erbringung „in einer dem Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“</i>	125
aa. planwidrige Regelungslücke	126
bb. vergleichbare Interessenlage	126
cc. Ergebnis	127
g. <i>Gesetzesverstoß</i>	127
7. Stellungnahme	127
8. Ergebnis	131
B. Bei Vertragsschluss	132
I. Verpflichtungen des Unternehmers („Verwenders“) gem. der originären AGB-Vorschriften der §§ 305 ff. BGB	133

1. Anwendungsbereich	133
2. Einbeziehung der AGB	134
a. <i>Hinweispflicht gem. § 305 II Nr. 1 BGB</i>	134
b. <i>Zumutbare Kenntnisnahme dem § 305 II Nr. 2 BGB</i>	135
aa. <i>zumutbarer Umfang</i>	136
bb. <i>Verständlichkeit</i>	137
cc. <i>Gliederung / Übersichtlichkeit</i>	138
3. Stellungnahme	138
4. Ausnahmeregelungen	139
a. <i>Ausnahmetatbestand des § 305a Nr. 2b BGB</i>	139
b. <i>weitere Ausnahmetatbestände</i>	142
5. Lösungsansätze	142
a. <i>Vorherige Einbeziehungsvereinbarung gem. § 305 Abs. 3 BGB</i>	142
b. <i>Verzicht auf die vorherige Kenntnisnahme?</i>	145
c. <i>Analoge Anwendung der Ausnahmeregelung § 305 a Nr. 2 b BGB?</i>	147
aa. <i>Vergleichbare Interessenlage</i>	148
bb. <i>Bestehen einer Regelungslücke</i>	148
cc. <i>Ergebnis</i>	148
d. <i>Erweiterung der Ausnahmeregelung § 305 a Nr. 2 b BGB?</i>	151
e. <i>Dreiaktiger Vertragsschluss bzw. nachträgliche Einbeziehungsvereinbarung</i>	152
f. <i>Stellungnahme</i>	153
II. Verpflichtungen nach § 312 e I Nr. 4 BGB	154
1. Anwendungsbereich	155
2. Rechtliche Lösungsansätze	155
3. Ergebnis	157

C. Nach Vertragsschluss	158
I. Verpflichtungen nach § 312 c II BGB	158
1. Anwendungsbereich	158
2. formelle Vorgaben	158
a. <i>Art und Umfang</i>	159
b. <i>Form und Gestaltung</i>	159
c. <i>Zeitpunkt</i>	160
3. materielle Vorgaben	161
II. Verpflichtungen nach § 312 e I S. 1 Nr. 3 BGB	162
D. Ergebnis	162
<u>3. Kapitel: Datenschutz und Datensicherheit bei ortsbezogenen Angeboten (LBS)</u>	165
A. Datenschutz im Allgemeinen	166
B. Abgrenzungen der Anwendungsbereiche	168
I. Telekommunikationsgesetz	169
II. Telemediengesetz	169
III. Abgrenzung	170
1. Telekommunikation	170
2. Telemedien	170
3. Historischer Exkurs	171
4. Vorliegen mehrere Anwendungsbereiche	174

C. Anwendung auf personalisierte mobile Dienste	174
I. Lokalisierung	174
II. Inhalte	175
1. Heutige Rechtslage nach TMG	175
2. Frühere Rechtslage nach TDG und MdStV	176
D. Datenschutz im Besonderen	178
I. Telekommunikationsrecht	178
1. Erhebungs- und Verarbeitungsvoraussetzungen bei den verschiedenen Datenarten	180
a. <i>Bestandsdaten</i>	180
b. <i>Verkehrsdaten</i>	180
c. <i>Zwischenergebnis</i>	181
d. <i>Standortdaten</i>	181
aa. historisches Verständnis	182
bb. europäisches Verständnis	183
cc. Standortdaten als Bestandsdaten	184
dd. Standortdaten als Verkehrsdaten	184
ee. Ergebnis	185
2. Möglichkeiten des Gebrauchs der erforderlichen Standortdaten	186
a. <i>gesetzliche Möglichkeiten des Standortdatengebrauchs</i>	186
aa. einwilligungsloser Standortdatengebrauch zu Verbindungszwecken	186

bb. einwilligungsloser Standortdatengebrauch zu Abrechnungszwecken und zur Herstellung eines Einzelbindungsnachweises	187
cc. einwilligungsloser Standortdatengebrauch aus Gründen der öffentlichen Sicherheit	188
<i>b. Einwilligung des Nutzers in den Gebrauch der Daten</i>	189
aa. Einwilligung bei Vertragsschluss	190
bb. Elektronische Einwilligung; § 94 TKG	191
(1) „Bewusste und eindeutige“ Einwilligung	191
(2) Protokollierung und Abrufbarkeit der Einwilligung; § 94 Nr. 2, 3 TKG	195
(3) Jederzeitiger Widerruf der Einwilligung; § 94 Nr. 4 TKG	195
cc. sonstige Anforderungen an die Einwilligung zum Gebrauch von Standortdaten	196
(1) Koppelungsverbot gem. § 95 V TKG	196
(2) restriktive Anwendung der Einwilligungserklärung	198
II. Telemediengesetz	199
1. Erlaubnistatbestände zum Gebrauch von Standortdaten	200
<i>a. einwilligungsloser Standortdatengebrauch zur Durchführung von Mehrwertdiensten</i>	200
aa. Mobilfunkbetreiber als Mehrwertdiensteanbieter	201
(1) Standortdaten als Bestandsdaten gem. § 14 I TMG	201
(2) Standortdaten als Nutzungsdaten gem. § 15 I TMG	202
(3) Andere Erlaubnisnormen bei Mehrwertdiensten	204
bb. Dritte als Mehrwertdiensteanbieter	205

<i>b. Standortdatengebrauch mit Einwilligung des Nutzers</i>	206
2. Ergebnis	207
<u>4. Kapitel: Gesamtergebnis und Zusammenfassung</u>	209
A. Rechtsnatur und Umfang des Mobilfunkvertrages	209
B. Rechtsnatur der Download-Verträge	209
C. Minderjährigkeit	210
D. Sittenwidrigkeit und deren Auswirkung auf die Verträge	210
E. Location Based Services	210
F. Zahlungsfunktion	212
G. Informations – und Aufklärungspflichten	212
H. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	213
I. Datenschutz und Datensicherheit	214
<u>5. Schlusswort</u>	217