

Die SMS

Vertragsschluss. Beweiskraft.

Dissertation

zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Jessika Schwecke
aus Hamburg

2007

Tag der mündlichen Prüfung: 27.06.2007

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Mankowski

Zweitgutachter: Prof. Dr. Robert Koch LL.M (Mc Gill)

Meinem Ehemann

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Sie wurde von Prof. Dr. Peter Mankowski betreut, dem ich an dieser Stelle für seine uneingeschränkte Unterstützung und wertvollen Anregungen danken möchte. Bei Herrn Prof. Dr. Robert Koch bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein Dank gilt auch den Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, die mir den Zutritt zur hausinternen Bibliothek eröffneten: So wurde insbesondere das Erstellen des technischen Teils dieser Arbeit wesentlich erleichtert.

Danken möchte ich auch meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, Ingrid und Jürgen Rogmann, die mich zum einen in meinem Promotionsvorhaben bestärkt und unterstützt und zum anderen die Arbeit Korrektur gelesen haben. Auch meiner Schwester Caudia Riepe gilt besonderer Dank. Sie war trotz ihrer Großfamilie und ihrer beruflichen Tätigkeit stets zu fachlichen Diskussionen und zum Korrekturlesen bereit.

Den größten Dank schulde ich meinem Ehemann, Constantin Schwecke, der mich geduldig beim Entstehen dieser Arbeit begleitete. Er ermöglichte mir durch seine liebevolle und fürsorgliche Unterstützung, dass ich mich voll und ganz auf das Erstellen dieses Werkes konzentrieren konnte. Darüber hinaus half er mir bei der technischen Gestaltung der Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VI
A. Gang der Arbeit	1
B. Eingrenzung des Themas.....	3
C. Einführung.....	4
I. Was bedeutet SMS?	4
1. Die Premium SMS.....	5
2. Ticketing.....	6
3. Kundenbetreuung	7
4. Handy-Banking.....	8
5. Check in.....	8
6. Ortung bei einem Unfall.....	8
7. Mobile TAN beim Online-Banking.....	8
8. Einsatz in der Zukunft	9
II. Das GSM-Netz	10
D. Technische Grundlagen.....	12
I. Der Aufbau und die wesentlichen Bestandteile des GSM-Netzes	12
1. Das Heimatregister	13
2. Das Besucherregister	14
3. Das Authentifizierungszentrum.....	14
4. Das Geräteidentifizierungsregister	14
5. Die Mobilfunkstation.....	15
II. Übertragung einer SMS im GSM-Netz	16
1. Überblick	16
2. Im Einzelnen.....	16
E. Sicherheit und Übertragungsrisiken	18
I. Sicherheit im Mobilfunknetz.....	18
II. Sicherheitsrisiken	22
1. IMSI-Catcher	22
2. Cloning einer SIM-Karte.....	22
3. Abfangen von Authentication Triplets	22
4. Entschlüsselung der Algorithmen.....	23
5. Bewertung der Sicherheitsrisiken.....	23

F. Vertragsschluss per SMS	26
I. Die elektronische Willenserklärung	26
1. Zurechnung der Willenserklärung nach dem Verschuldensprinzip	26
2. Vom Verschuldensprinzip zu einem übergreifenden Zurechnungsmodell	28
3. Fazit.....	33
II. Wirksamwerden einer Willenserklärung	34
1. Abgabe.....	34
a. Zurechnung der Erklärung bei fahrlässiger Abgabe	35
b. Fahrlässige Abgabe per SMS.....	36
c. Zurechnung einer Erklärung per SMS bei Abgabe durch unbefugten Dritten	37
2. Zugang	39
a. Anwendbarkeit des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB bei Übertragung per SMS.....	42
aa. Willenserklärung unter An- oder Abwesenden	42
bb. Verkörpert oder unverkörpert?	44
b. Voraussetzungen des Zugangs nach herkömmlicher Auffassung.....	46
aa. Machtbereich.....	46
(1) Der Rechner als Machtbereich des Empfängers	47
(2) Der elektronische Briefkasten als Machtbereich des Empfängers	49
bb. Möglichkeit der Kenntnisnahme.....	52
(1) Geschäftsleute	54
(2) Privatpersonen	55
(3) Bedeutung für den Zugangszeitpunkt der SMS	56
(4) Zugang schon bei Möglichkeit der Speicherung	58
(a) Unvereinbarkeit mit § 312 e Absatz 1 Satz 1 BGB.....	59
(b) Lehre von den Zugangshindernissen.....	62
3. Fazit.....	66
III. Wirksamer Vertragsschluss	68
1. Angebot oder invitatio ad offerendum.....	68
a. Meinungsstand im E-Commerce.....	68
aa. Mengenmäßig begrenzte Waren	68
bb. Mengenmäßig unbegrenzte Waren	69
cc. Einzelfallentscheidung nach Interessen- und Risikoabwägung.....	71
dd. Premium-SMS: Interessenbewertung durch den Gesetzgeber.....	72
b. M-Commerce: Premium-SMS.....	73
2. Annahme	75
3. Anfechtung	77
a. Eingabefehler/ Bedienungsfehler.....	77
b. Übermittlungsfehler.....	77
c. Daten-, Soft- und Hardwarefehler.....	79
4. Widerruf	80
5. Erfordernis der Schriftform gemäß § 126 BGB, § 126 a BGB.....	80
6. Anwendbarkeit des § 126 b BGB auf die SMS	81
7. Fazit.....	84
IV. Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen	85
1. Voraussetzung des § 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB	85
a. Angebot seitens des Kunden.....	86
b. Lösungsmöglichkeiten bei Angebot seitens des Kunden.....	90
2. Voraussetzung des § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB	91
3. Lösung für den M-Commerce	97
4. Fazit.....	100
V. Informationspflichten	101
1. Anwendbare Vorschriften.....	101
a. Informationspflichten nach §§ 312 b ff. BGB	101
aa. § 312 c BGB.....	104

(1) Vorvertragliche Informationspflichten im Sinne des § 312 c Absatz 1 BGB	104
(a) Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 312 c Absatz 1 BGB	106
(b) Zwangsführung durch die Informationen.....	107
(c) Externer Link im M-Commerce auf Internetseiten	109
(2) Vertragliche Informationspflichten im Sinne des § 312 c Absatz 2 BGB.....	112
bb. § 312 d BGB	114
b. Informationspflichten nach § 312 e BGB	115
c. Informationspflichten nach § 6 TDG	115
2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflichten.....	116
3. Fazit.....	118
G. Beweiskraft der SMS.....	120
I. Vollbeweis für Integrität und Authentizität	120
II. Anscheinsbeweis für die Integrität und Authentizität.....	122
1. Der Anscheinsbeweis	122
2. Der Anscheinsbeweis im elektronischen Rechtsverkehr	125
a. Btx	125
b. Fax	126
c. Geldauszahlungen an Geldautomaten mittels EC-Karte	126
d. E-Mail.....	128
aa. Anscheinsbeweis bezüglich der inhaltlich richtigen Vorlage bei Gericht.....	130
bb. Anscheinsbeweis bezüglich der Erkennbarkeit des Absenders aus der E-Mail-Adresse....	132
cc. Anscheinsbeweis im Hinblick auf die Authentizität der E-Mail.....	133
3. Anscheinsbeweis für die Integrität der SMS	138
4. Anscheinsbeweis für die Authentizität der SMS	141
a. Übertragung der Telefonnummer	141
b. Alleinige Verfügungsgewalt des Teilnehmers über die SIM-Karte.....	141
c. Ermittlung des Absenders anhand seiner Rufnummer.....	143
aa. Frühere Rechtslage.....	144
bb. Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung vom 22.10.2003	145
cc. Folge der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.....	146
dd. Änderung des TKG vom 25.06.2004.....	147
ee. Verfassungsmäßigkeit der Erhebung von Prepaidkundendaten	147
(1) Verstoß gegen Art. 2 Absatz 1 und Art. 1 Absatz 1 GG durch § 111 TKG n.F.....	148
(2) Schranken des informationellen Selbstbestimmungsrechts.....	148
(3) Verhältnismäßigkeit.....	149
ff. Erhebung der Kundendaten durch Private	152
(1) Formen der Übertragung von Aufgaben auf Private	152
(2) Klassifizierung der Aufgabe der Telekommunikationsdiensteanbieter.....	153
(3) Vereinbarkeit der entschädigungslosen Übertragung der Aufgabe auf Private mit Art. 12 GG	154
5. Fazit.....	158
III. Anwendung der Vorschriften des Urkundsbeweises (§§ 415 ff. ZPO) auf die SMS	159
1. Direkte Anwendung der Urkundsvorschriften in der ZPO auf die SMS	159
2. Analoge Anwendung der Urkundsvorschriften in der ZPO auf die SMS.....	160
3. Fazit.....	164
IV. Anwendung der Vorschrift des § 371 a ZPO auf die SMS	165
V. Konklusion: Einfügen ähnlicher Beweisvorschriften für die SMS wie die des § 371 a in die ZPO?.....	168
H. Endzusammenfassung	170

Abkürzungsverzeichnis

AC	Authentication Centre
ARIB	Association of Radio Industries and Business
BS	Base Station
CEPT	Conference of European Posts and Telecommunications Administrations
CWTS	China Wireless Telecommunication Standard Group
EIR	Equipment Identity Register
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
GSM	Groupe Spéciale Mobile/ Global System for Mobile Communications
HLR	Home Location Register
IMEI	International Mobile Station Equipment Identity
IMSI	International Mobile Subscriber Identity
Kc	Cipher Key
Ki	Individual Subscriber Authentication Key
LA	Location Area
LAI	Location Area Identity
MoU	Memorandum of Understanding on the introduction of the pan-European digital mobile Communication service
MS	Mobile Station
MSC	Mobile Switching Centre
MSISDN	Mobile Subscriber Integrated Services Digital Network Number
MSRN	Mobile Station Roaming Number
PIN	Personal Identity Number
SIM	Subscriber Identity Module
SMS	Short Message Service/ Short Message
SMSC	Short Message Service Center
T 1	Committee T 1
TMSI	Temporary Mobile Subscriber Identity
TTA	Telecommunications Technology Association

TTC	Telecommunication Technology Committee
VLR	Visitor Location Register
3GPP	Third Generation Partnership Projekt

Im Übrigen wird auf

Kirchner, Hildebert/ Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin/ New York 2002

sowie

Duden Konrad, Die deutsche Rechtschreibung, 24. Auflage,
Mannheim/ Leipzig, Wien/ Zürich 2006

verwiesen.

Literaturverzeichnis

- Abel, Stefan* Urkundenbeweis durch digitale Dokumente, MMR 1998, 644-650
- Arnold, Dirk* Verbraucherschutz im Internet, CR 1997, 526-532
- Bach, Florian* Zahlungen über Mobilfunknetze (M-Commerce), K&R 2005, 308-313
- Baetge, Dietmar* Vertragsschluss durch digitale Erklärungen, in: Kaminski, Bert/ Heißler, Thomas/ Kolschnik, Helge/ Papatoma, Anastasia (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Business, Neuwied, Krißel 2002, S. 93-114
- Bartl, Harald* Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirmtextes, DB 1982, 1097-1103
- Baumbach, Adolf/
Lauterbach, Wolfgang/
Albers, Jan/ Hartmann,
Peter* Zivilprozessordnung, 64. Auflage, München 2006
(zitiert als: Baumbach/ Lauterbach/ Albers/
Hartmann-Bearbeiter)
- Becker, Bernd* Das Handy zahlt passend, TeleTalk 7/2006, 48-50
- Boehme-Neßler, Volker* CyberLaw, München 2001
- Borges, Georg* Verbraucherschutz beim Internet-Shopping, ZIP 1999, 130-136
- Borges, Georg* Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, München, 2003
- Borsum, Wolfgang/
Hoffmeister, Uwe* Rechtsgeschäftliches Handeln unberechtigter Personen
mittels Bildschirmtext, NJW 1985, 1205-1207
- Brinkmann, Fanz-Josef* Der Zugang von Willenserklärungen, Berlin 1984
- Brinkmann, Werner* Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über
Bildschirmtext, BB 1981, 1183-1190
- Britz, Jörg* Beschränkung der freien Beweiswürdigung durch
gesetzliche Beweisregeln?, ZZP 110 (1997), 61-90
- Bruns, Patrick* Beweislastverteilung bei mißbräuchlicher Nutzung
elektronischer Zahlungssystem, MMR 1999, 19-23

- Buckenberger, Hans-Ulrich* Fernschreiben und Fernkopien - Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB 1980, 289-292
- Bürger, Michael* Das Fernabsatzrecht und seine Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, NJW 2002, 465-470
- Bultmann, Fritz/ Rahn, Gerd-Jürgen* Rechtliche Fragen des Teleshopping, NJW 1988, 2432-2438
- Burgard, Ulrich* Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195 (1995), 74-136
- Canaris, Claus-Wilhelm* Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßgebot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensrecht, JZ 1987, 993-1004
- Cornelius, Kai* Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353-358
- Dästner, Christian* Neue Formvorschriften im Prozessrecht, NJW 2001, 3469-3472
- Daumke, Michael* Rechtsprobleme der Telefaxübermittlung, ZIP 1995, 722-725
- Detken, Kai-Oliver* GSM-"Global System for Mobile Communication" - Der Mobilfunkstandard, Aachen, Mainz 1997
- Diedrichsen, Uwe* Zur Rechtsnatur und systematischer Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 211-222
- Dietlein, Max/ Rebmann, Eberhard* AGB aktuell, Köln 1976
- Dietrich, Gerhard* Der Kauf im Selbstbedienungsladen, DB 1972, 957-959
- Dietrich, Christian* Der Zugang einer per E-Mail übermittelten Willenserklärung, K&R 2002, 138-158
- Dörner, Heinrich* Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002), 363-396
- Dreier, Horst* Grundgesetz, 2. Auflage, Tübingen 2004 (zitiert als: Dreier-Bearbeiter)
- Ebbing, Frank* Schriftform und E-Mail, CR 1996, 271-278
- Eberspächer, Jörg/ Vögel, Hans-Jörg* Vertrauenswürdige Telekommunikation, Heidelberg 1999

- Feldt, Susanne* SMS-Dienste lohnen sich jetzt, TeleTalk 8/2002, 49
- Feldt, Susanne* Verlockender Content bringt Umsatz, TeleTalk 8/2002, 10-13
- Fezer, Karl-Heinz* Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band I: §§ 1-4 UWG, München 2005 (zitiert als: Fezer-Bearbeiter)
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des BGB, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Friedmann, Stefan* Bildschirmtext und allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Dissertation Köln 1986
- Fringuelli, Pietro/
Wallhäuser, Matthias* Formerfordernisse beim Vertragsschluß im Internet, CR 1999, 93-101
- Fritzemeyer, Wolfgang/
Heun, Sven-Erik* Rechtsfragen zum EDI, CR 1992, 129-133
- Fritzsche, Jörg/Malzer,
Hans* Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3-25
- Fuhrberg, Kai* Technische Sicherheit im Internet, K&R 1999, 20-24
- Gaertner, Reinhard/
Grieschmann, Sibylle* Das neue Fernabsatzgesetz, DB 2000, 1601-1606
- Geis, Ivo* Die digitale Signatur, NJW 1997, 3000-3004
- Geis, Ivo* Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr, Heidelberg 2004
- Giebels, Yvonne* SMS macht Banking schnell, TeleTalk 5/2003, 20-21
- Glatt, Christoph* Vertragsschluss im Internet, Baden-Baden 2002
- Gößmann, Christine* Electronic Commerce, MMR 1998, 88-92
- Götting, Horst-Peter* Wettbewerbsrecht, München 2005
- Greger, Reinhard* Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, VersR 1980, 1091-1104
- Grundmann, Stefan* Privatautonomie im Binnenmarkt, JZ 2000, 1133-1136

- Gudian, Gunter* Fehlen des Erklärungsbewußtseins, AcP 169 (1969), 232-236
- von Hammerstein, Christian* Kostentragung für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach der TKG Novelle, MMR 2004, 222-227
- Harbeke, Christof* Die vertragliche Grundlage zwischen Bank und Kunde für die Verwendung der eurocheque-Karte: Die neuen "Bedingungen für den ec-Service", Teil 2, WM 1989, 1749-1753
- Härting, Nico* Der dauerhafte Datenträger, K&R 2001, 310-317
- Härting, Nico* FernAbsG, Kurzkommentar, Köln 2000
- Heine, Gunnar/ Sagkob, Holger* GPRS-Gateway, Poing 2001
- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1998, NJW 1999, 1596-1611
- Herwig, Volker* Zugang und Zustellung in elektronischen Medien, MMR 2001, 145-149
- Heun, Sven-Erik* Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595-600
- Hoeren, Thomas,* Grundzüge des Internetrechts, 2. Auflage, München 2002
- Hoeren, Thomas* Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, MMR 1999, 192-199
- Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich* Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, Grundwerk: 1998, Stand: Juni 2006 (zitiert als: Bearbeiter, in: Hoeren/ Sieber)
- Hoenike, Mark/ Hülsdunk, Lutz* Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht, MMR 2002, 415-420
- Hönn Günther,* Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, 57-74
- Horn, Christian* Verbraucherschutz bei Internetgeschäften, MMR 2002, 209-214
- Hübner, Heinz* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin, New York 1996
- Jarass, Hans/ Pieroth, Bodo* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, München 2006 (zitiert als: Jarass/ Pieroth-Bearbeiter)

- Jauernig, Othmar* Zur Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 2231-2232
- John, Uwe* Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 (1984), 385-412
- Jung, Volker/ Warnecke, Jürgen* Handbuch für die Telekommunikation, 2. Auflage, Berlin 2002
- Kaiser, Andreas/ Voigt, Dennis* Vertragsschluß und Abwicklung des Electronic Commerce im Internet - Chancen und Risiken, K&R 1999, 445-453
- Kamanbrou, Sudabeh* Vorgaben der EC-Richtlinie für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, CR 2001, 421-425
- Kessel, Christian/ Kuhlmann, Kai/ Passauer, Verena/ Schriek, Michael* Informationspflichten und AGB-Einbeziehung auf mobilen Endgeräten, K&R 2004, 519-527
- Kind, Michael/ Werner, Dennis* Rechte und Pflichten im Umgang mit PIN und TAN, CR 2006, 353-360
- Klingmüller, Ernst* Zugang von Willenserklärungen bei verwaister Wohnung, VersR 1967, 1109-1113
- Koch, Robert* Einbeziehung und Abwehr von Verkaufs-AGB im b2b-commerce, K&R 2001, 87-91
- Koch, Eckart/ Stübing, Jürgen* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Neuwied 1977
- Koehler, Philipp* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289-294
- Köhler, Helmut* Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), 126-171
- Köhler, Helmut* Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping) NJW 1998, 185-190
- Köhler, Markus/ Arndt, Hans-Wolfgang/ Fetzer, Thomas* Recht des Internet, 5. Auflage, Heidelberg 2006
- Kohl, Helmut* Telematikdienste im Zivilrecht, in: Scherer, J. (Hrsg.), Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, Köln 1988, 91-109

- Kollhosser, Helmut* Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regreßinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP 165 (1965) 277-310
- Krampe, Christoph* Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Ein neues Bett per Telefax, JuS 1992, 852-853
- Krüger, Thomas/ Büttner, Michael* Elektronische Willenserklärungen im Bankgeschäftsverkehr; Risiken des Online-Banking - zugleich Besprechung des Urteils des Landgerichts-Fürth vom 19.05.1999 = WM 2000, 1005 ff., WM 2001, 221-231
- Kuhn, Matthias* Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991
- Langenbacher, Katja* die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001
- Larenz, Karl/ Wolf, Manfred* Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004
- Lauterbach, Manfred* Per SMS ins Geschäft, TeleTalk 5/2003, 28 f.
- Lehmann, Michael* Die bürgerlichrechtliche Haftung für Warenangaben, NJW 1981, 1233-1242
- Lepa, Manfred* Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, NZV 1992, 129-136
- Löhning, Martin* Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, 1688-1689
- Lochter, Manfred/ Schindler, Werner* Missbrauch von PIN-gestützten Transaktionen mit ec- und Kreditkarten aus Gutachtersicht, MMR 2006, 292-297
- Looschelders, Dirk* Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen bei Übermittlung per Einschreiben, VersR 1998, 1198-1204
- Lüders, Christian* Mobilfunksysteme, Würzburg 2001
- Lütke, Gerhard/ Wax, Peter* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband ZPO-Reform, München 2002; Band 2, §§ 355-802, 2. Auflage, München 2000 (zitiert als: MüKo-ZPO-Bearbeiter)
- Lütcke, Jens* Fernabsatzrecht, München 2002
- Maennel, Friethjof* Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen - der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR

1999, 187-192

- von Mangoldt, Hermann/
Klein, Friedrich/ Starck,
Christian* Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, München, 2005
(zitiert als: v. Mangoldt/ Klein/ Starck-Bearbeiter)
- Mankowski, Peter* Beseitigungsrechte, Thübingen 2003
- Mankowski, Peter* Fernabsatzrecht: Information über das Widerrufsrecht und
Widerrufsbelehrung bei Internetauftritten, CR 2001,
767-775
- Mankowski, Peter* Für einen Anscheinsbeweis hinsichtlich der Identität des
Erklärenden bei E-Mails, CR 2003, 44-50
- Mankowski, Peter* Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei
E-Mails wirklich?, NJW 2002, 2822-2828
- Mankowski, Peter* Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen,
NJW 2004, 1901-1907
- Marburger, Peter/ Feldt,
Susanne* Eintritt nur mit Handy, teleTalk 9/2003, 10-12
- Martinek, Michael* Verbraucherschutz im Fernabsatz - Lesehilfe mit
Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, 207f.
- Martis, Rüdiger/ Meinhof,
Alexander* Verbraucherschutz, 2. Auflage, München 2005
- Maunz, Theodor/ Dürig,
Günter* Grundgesetz, Band VI, Loseblatt, Stand: März 2006
- Medicus, Dieter* Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heidelberg 2002
- Meents, Jan* Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei
Rechtsgeschäften im Internet, CR 2000, 610-614
- Mehring, Josef* Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von
AGB im Internet, BB 1998, 2373-2380
- Mehring, Josef* Vertragsschluß im Internet, in Hoeren, Thomas/ Sieber,
Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München
1999, Loseblatt, Stand: Juli 2006, Kapitel 13.1.
- Mehring, Josef* Vertragsschluß im Internet, MMR 1998, 30-33
- Melullis, Klaus-J.* Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen
Willenserklärung, MDR 1994, 109-114

- Mense, Stefan* Sichere Kommunikation per Email, DB 1998, 532-536
- Mertes, Paul* Gesetz und Verordnung, CR 1996, 770-775
- Meub, Michael* Fernabsatz und E-Commerce nach neuem Recht, DB 2002, 359-363
- Micklitz, Hans-Wolfgang* Verbraucherschutz und Bildschirmtext, NJW1982, 263-268
- Micklitz, Hans-Wolfgang/
Reich, Norbert* Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, BB 1999, 2093-2100
- Mielbrodt, Anja/ Mayer,
Patrick* E-Commerce - Digitale Signatur in der Praxis, MDR 2001, 432-437
- Moritz, Hans- Werner* Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr, CR 2000, 61-72
- Moritz, Hans-Werner/
Dreier, Thomas* Rechtshandbuch zum E-Commerce, 2. Auflage, Köln 2005 (zitiert als: Bearbeiter, in: Moritz/ Dreier)
- Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, 1899
- Müller, Sebastian* Ist das Kenntnisnahmegebot des § 2 I Nr. 2 AGBG abdingbar?, MDR 1997, 608-612
- von Münch, Ingo/ Kunig,
Philip* Grundgesetzkommentar, Band 1, 5. Auflage, Berlin, 1999 (zitiert als: v. Münch/ Kunig-Bearbeiter)
- Musielak, Hans-Joachim* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage München 2005
- Muscheler, Karlheinz/
Schewe, Markus* Die invitatio ad offerendum auf dem Prüfstand, Jura 2000, 565-570
- Nowak, Ulrich* Der elektronische Vertrag - Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen "Formvorschriftenanpassungsgesetz", MDR 2001, 841-844
- Oertel, Klaus* Elektronische Form und notarielle Aufgaben im elektronischen Rechtsverkehr, MMR 2001, 419-423
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006 (zitiert als: Palandt-Bearbeiter)
- Paefgen, Thomas* Forum: Bildschirmtext - Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?, JuS 1988, 592-598

- Paefgen, Thomas* Anmerkung zu OLG Oldenburg, Urteil vom 11.01.1993, - 13 U 133/92, CR 1993, 558 f., CR 1993, 559-563
- Pauly, Daniel* Die Vorverlegung der Widerrufsbelehrung im Fernabsatzrecht: Praktische Konsequenzen für den M-Commerce, MMR 2005, 811-816
- Pieroth, Bodo/ Schlink Bernhard* Staatsrecht II, Grundrechte, 18. Auflage, Heidelberg 2002
- Pordesch, Ulrich/ Roßnagel, Alexander* Elektronische Signaturverfahren rechtmäßig gestalten, DuD 1994, 82-90
- Prütting, Hans* Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983
- Ranke, Johannes* M-Commerce - Einbeziehung von AGB und Erfüllung von Informationspflichten, MMR 2002, 509-515
- Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz, Jürgen/ Rixecker, Roland* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240, AGB-Gesetz), 4. Auflage, München 2001; Band 1a, Allgemeiner Teil (§§ 80, 81, 105a, 126-127, 194-218, ProstG), 4. Auflage, München 2003; Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-433), FernAbsG, 4. Auflage, München 2001; Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-232, 4. Auflage, 2003; Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II: §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KSchG, 4. Auflage, 2005; Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 705-853, PartGG, ProdukthaftG, 3. Auflage, München 1997 (zitiert als: MüKo-Bearbeiter)
- Recke* Wann ist im Selbstbedienungsladen der Kaufvertrag geschlossen?, NJW 1953, 92
- Redeker, Helmut* Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, 2390-2394
- Reich, Norbert* Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581-589
- Reinhardt, Michael* Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93-99
- Reimann, Thomas* Beweisprobleme bei Rechnungen über Telekommunikationsdienstleistungen, DuD 2001, 27-30
- Ring, Gerhard* Fernabsatzgesetz, Bonn 2000

- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl/ Gottwald, Peter* Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004
(zitiert als: Rosenberg/ Schwab/Gottwald-Bearbeiter)
- Roßnagel, Alexander* Das neue Recht elektronsicher Signaturen, NJW 2001, 1817-1826
- Roßnagel, Alexander* K&R-Kommentar zum Urteil OLG Köln vom 06.09.2002 - 19 U 16/02, K&R 2003, 83f., K&R 2003, 84-86
- Roßnagel, Alexander/ Pfitzmann, Andreas* Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209-1214
- Roth, Gregor/ Groß, Marco* Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen und Bestellscheinen im Internet, K&R 2002, 127-135
- Roth, Birgit/ Schulze, Götz* Verbraucherschutz im Electronic Commerce, RIW 1999, 924-933
- Rüthers, Bernd/ Stadler, Astrid* Allgemeiner Teil des BGB, 14. Auflage 2006
- Saenger, Ingo* Zivilprozessordnung, Baden-Baden 2006 (zitiert als: Saenger-Bearbeiter)
- Schafft, Thomas* K&R-Kommentar zu OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 17.04.2001, 6 W 37/01, K&R 2002, 43 f., K&R 2002, 44-46
- Schellhammer, Kurt* Zivilprozess, 11. Auflage, Heidelberg 2004
- Schenke, Ralf* Verfassungsrechtliche Probleme einer präventiven Überwachung der Telekommunikation, AÖR 125 (2000) 1-44
- Scherer, Josef/ Butt, Mark* Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet, DB 2000, 1009-1016
- Schiller, Jochen* Mobilkommunikation, München 2000
- Schindler, Werner* Sichere digitale Kommunikation - Motivation, Anforderungen, mathematisch-technische Realisierung und rechtliche Aspekte, K&R 2002, 481-490
- Schlosser, Peter* Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, München 1991
- Schmidl, Michael* Die elektronische Signatur, CR 2002, 508-517
- Schmidt, Gerold* Das AGB-Gesetz in der Praxis der Haftpflichtschäden in der Chemischreinigung, VersR 1978, 593-598
- Schmittmann, Jens* Aktuelle Entwicklung im Fernabsatz, K&R 2004, 361-367

- Schneider, Christian* Zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung, K&R 2001, 344-348
- Schneider, Egon* Beweis und Beweiswürdigung, 5. Auflage, München 1994
- Scholz, Rupert* Zur Kostenerstattungspflicht des Staates für gesetzliche Maßnahmen der Telefonüberwachung, Arch PT 1995, 169-189
- Schulte, Heinz* Telekommunikation, Bd. 3, 12-17, Loseblatt, Stand Juni 2002
- Schulze, Reiner/
Schulte-Nölke, Hans* Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001 (zitiert als: Bearbeiter, in: Schulze/ Schulte-Nölke)
- Seidel, Ulrich* Dokumentenschutz im elektronischen Rechtsverkehr I, CR 1993, 409-414
- Soergel* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Soergel, Theodor, neu herausgegeben von Siebert, Wolfgang und Baur, Jürgen, 13. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz; Band 2, Allgemeiner Teil 2, §§ 104-240, 13. Auflage 1999; Band 2, Schuldrecht I, §§ 241-432, 13. Auflage, 2002
- Sosnitza, Olaf/ Gey,
Michael* Zum Beweiswert von E-Mail, K&R 2004, 465-469
- Spindler, Gerald/ Schmitz,
Peter/ Geis, Ivo* TDG, München 2004
- Spindler, Gerald* Vertragsabschluß und Inhaltskontrolle bei Internetauktionen, ZIP 2001, 809-819
- von Staudinger, J.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-113, §§ 1-54, 63 BeurkG, 13. Auflage, Berlin 2004; Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 13. Auflage, Berlin 2003; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a, 312a-f, 13. Auflage, Berlin 2005; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), 13. Auflage, Berlin 2006; Eckpfeiler des Zivilrechts, 13. Auflage, Berlin 2005
- Steckler, Brunhilde* Grundzüge des IT-Rechts, 2. Auflage, München 2006

- Steins, Tobias* Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 17.04.2001 - 6 W 37/01, MMR 2001, 529 f., MMR 2001, 530 f.
- Stoll, Frank* Dezentralisierung und Sicherheit in Mobilfunknetzen, Frechen 1997
- Strube, Hartmut* Haftungsrisiken der ec-Karte, WM 1998, 1210-1218
- Stück, Volker* Der Anscheinsbeweis, JuS 1996, 153-158
- Taupitz, Jochen* Prozessuale Folgen der "vorzeitigen" Vernichtung von Krankenunterlagen, ZZP 100 (1987), 287- 345
- Taupitz, Jochen/ Kritter, Thomas* Electronic Commerce - Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839-849
- Tettenborn, Alexander/ Bender, Gunnar/ Lübben, Natalie/ Karenfort, Jörg* Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R Beilage 1 zu Heft 12/ 2001, 1-40
- Tettenborn, Alexander* E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, K&R 2000, 59-63
- Tiedemann, Jens* Prepaid-Karten im Mobilfunk: Anonyme Kommunikation versus Strafverfolgungsinteresse, CR 2004, 95-99
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans* Zivilprozessordnung, 27. Auflage, München 2005
- Thot, Norman/ Gimmy, Marc* Vertragsschluß im Internet, in: Kröger, Detlef/ Gimmy, Marc (Hrsg.), Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg 2002, 3-38 (zitiert als: Kröger/ Gimmy-Thot / Gimmy)
- Tschentscher, Axel* Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten, CR 1991, 141-149
- Turowski, Klaus/ Pousttchi, Key* Mobile Commerce, Berlin 2004
- Ulmer, Peter/ Brandner, Hans/ Hensen, Horst Diether* AGB-Recht, 10.Auflage, Köln 2006 (zitiert als: Ulmer/ Brandner/ Hensen-Bearbeiter)
- Ulrici, Bernhard* Zum Vertragsschluss bei Internetauktionen, NJW 2001, 1112 f.
- Ultsch, Michael* Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, NJW 1997, 3007-3009

- Vehslage, Thorsten* Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, DB 2000, 1801,1805
- Viefhues, Wolfram/
Scherf, Uwe* Sicherheitsaspekt bei der elektronischen Kommunikation zwischen Anwalt und Gericht, K&R 2002, 170-177
- Wahl, Eduard* Der Handelsverkehr als Schrittmacher des Zivilrechts besonders bei der Einschränkung des Vertragsprinzips. Zugleich ein Beitrag zur Haftung des Markenartikelherstellers, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976, Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, München 1976. 1-20
- Waldenberger, Arthur* "Alles schwebend unwirksam" - Distanzgeschäfte nach dem Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes, K&R 1999, 345-355
- Waldenberger, Arthur* Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, BB, 1996, 2365-2371
- Werner, Stefan* Beweislastverteilung und Haftungsrisiken im elektronischen Zahlungsverkehr, MMR 1998, 232-235
- Graf von Westphalen,
Friedrich* Taschenkontrolle im Supermarkt und Hausverbot, NJW 1994, 367 f.
- Wiebe, Andreas* Anmerkung zu AG Erfurt, Urteil vom 14.09.2001 - 28 C 2354/ 01, MMR 2002, 127 f., MMR 2002, 128 f.
- Wiebe, Andreas* Die elektronische Willenserklärung, Tübingen 2002
- Wielage, Gunter* Allround-Talent Handy, 2000
- Westermann, Harm Peter* Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Köln 2004 (zitiert als: Erman-Bearbeiter)
- Winter, Ralf* Anmerkung zum Urteil des AG Erfurt vom 14.09.2001 - 28 C 2354/01 (=JurPC Web-Dok., 71/ 2002), JurPC Web-Dok., 109/ 2002
- Wilmer, Thomas/ Hahn,
Harald* Fernabsatzrecht mit Finanzdienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2005
- Wolf, Manfred/ Horn,
Norbert/ Lindacher,
Walter* AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1994 (zitiert als: Wolf/ Horn/ Lindacher-Bearbeiter)

*Zenner, Erik/ Weis,
Rüdiger/ Lucks, Stefan*

Sicherheit des GSM-Verschlüsselungsstandards A 5, DuD
2000, 405-407

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung, 25. Auflage, Köln 2005 (zitiert als:
Zöller-Bearbeiter)

Zoller, Edgar

Die Mikro-, Foto- und Telekopie im Zivilprozeß, NJW 1993,
429-435

A. Gang der Arbeit

Nach der Beschreibung des Themas (Teil B) und einer kurzen Einleitung (Teil C) darüber, was eine SMS ist und wo sie im Rechtsverkehr eingesetzt wird oder werden kann, sowie einer Darstellung über die Entwicklung des GSM-Netzes folgt ein Überblick über die technischen Grundlagen des Mobilfunks. In diesem Teil (Teil D) wird der Aufbau des GSM-Netzes mit seinen insbesondere für die Übertragung einer SMS essentiellen Bestandteilen beschrieben sowie die technische Durchführung der Übertragung der SMS erklärt.

Im nächsten Abschnitt (Teil E) werden die Sicherheit des Mobilfunknetzes und die Übertragungsrisiken im Mobilfunk näher beleuchtet. Insbesondere wird das Sicherheitsniveau analysiert und eine Beschreibung und Bewertung der wesentlichen Maßnahmen zum Schließen von Sicherheitslücken vorgenommen.

Im Teil F werden die Voraussetzungen eines Vertragsschlusses per SMS geprüft. Zunächst werden die allgemeinen Voraussetzungen wie Wirksamwerden einer elektronischen Willenserklärung durch Abgabe und Zugang diskutiert. Daran anschließend folgt die Darstellung eines wirksamen Vertragsschlusses mittels des Mediums SMS durch Angebot und Annahme. Hierbei werden Anfechtungs- und Widerrufsmöglichkeiten sowie Formerfordernisse, die Möglichkeit der Einbeziehung von AGB und Informationspflichten nach dem BGB und TDG geprüft.

Der darauf folgende Teil G beschäftigt sich mit der Beweiskraft der SMS bezüglich ihrer Integrität und Authentizität. Hierbei wird zunächst der Vollbeweis in Erwägung gezogen und im Anschluss der Anscheinsbeweis diskutiert. Der Schwerpunkt liegt bei der Beweiskraft bezüglich der Erkennbarkeit und Ermittlung des Absenders. In diesem Zusammenhang wird das Problem der Kundendatenspeicherung von Prepaid-Kunden dargestellt. Hierbei hat sich die Verfasserin dem Problem historisch genähert: Angefangen wird mit der Beschreibung der alten Rechtslage nach dem TKG. Im Anschluss werden die wesentlichen Ergebnisse der Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung vom 22.10.2003, die zur Änderung des TKG im Bereich der Kundendatenspeicherung geführt hat, wiedergegeben. Es schließt sich die Bewertung insbesondere die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der

Gesetzesänderung in diesem Bereich an.

Im weiteren Verlauf der Arbeit wird eine direkte oder analoge Anwendung der Vorschriften über den Urkundsbeweis in der ZPO und der Vorschrift des § 292 a ZPO erörtert.

Die Arbeit schließt mit der Überlegung, ob eine ähnliche Vorschrift wie § 292 a ZPO bezüglich einer Regelung des Beweiswertes der SMS in die ZPO aufgenommen werden sollte.

B. Eingrenzung des Themas

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der SMS im Rechtsverkehr. Hierbei wird nicht die SMS als solche begutachtet werden, sondern es wird nur auf die SMS abgestellt, die im GSM-Netz verschickt wird und von einem mobilen Endgerät zu einem anderen mobilen Endgerät gesendet und dort auf der dazugehörigen SIM-Karte gespeichert wird.

Die Einschränkung bezüglich des GSM-Netzes ist erforderlich, da die SMS auch über das Internet verschickt werden kann. Dort treten bei der Übertragung andere für das Internet typische Sicherheitsrisiken auf. Im Rahmen dieser Arbeit liegt der Fokus auf den Übertragungsrisiken im Mobilfunk. Da das GSM-Netz im Gegensatz zum GPRS-Netz und UMTS-Netz in Deutschland das verbreitetste ist, wurden die beiden anderen Netze ausgeblendet. Eine Untersuchung dieser Netze sei späteren Arbeiten vorbehalten.

Die Einschränkung bezüglich der Speicherung auf der SIM-Karte wurde vorgenommen, da nur so in den Augen der Verfasserin die Unveränderbarkeit der SMS seitens des Empfängers gewährleistet ist. Die Alternative zur Speicherung auf der SIM-Karte stellt die Speicherung im mobilen Endgerät selbst dar. Hierbei können an den Daten vom Empfänger jedoch genauso wie bei einer E-Mail durch einen Computer mittels des mobilen Endgeräts Änderungen vorgenommen werden. Die neuen mobilen Endgeräte besitzen hierfür Programme und ähneln in dieser Hinsicht immer mehr einem Computer.

C. Einführung¹

I. Was bedeutet SMS?

SMS ist die Abkürzung für Short Message Service, zu Deutsch: Kurznachrichtendienst. Im allgemeinen Sprachgebrauch und so auch in dieser Arbeit steht SMS jedoch heute nicht mehr für den Kurznachrichtendienst, sondern für die Kurznachricht oder auch mobile E-Mail. Es handelt sich hierbei um eine Textnachricht, bestehend aus maximal 160 Zeichen, die etwa von einem mobilen Endgerät über ein Mobilfunknetz zu einem anderen mobilen Endgerät versandt werden kann. Doch dies ist nicht der einzige Einsatzbereich: Es besteht auch die Möglichkeit des Verschickens der SMS in das Festnetz, über das Internet zu einem PC oder an ein Faxgerät. Vice versa kann auch die SMS durch einen PC erstellt und über das Internet an ein mobiles Endgerät gesendet werden.

Der Kurznachrichtendienst begann als Dienst zur Benachrichtigung für eingetroffene und gespeicherte Sprachnachrichten in der Mobilbox. Nachdem 1992 Mobiltelefone die Fähigkeit erlangten, nicht nur SMS vom Mobilfunknetz zu empfangen (MT - Mobile Terminated), sondern auch an das Mobilfunknetz zu verschicken (MO - Mobile Originated), wurde dieser Dienst als Medium zum kurzen sozialen Kontakt entdeckt. Heute ist dieser Dienst immer noch der beliebteste im Mobilfunkbereich.

In Deutschland besaßen 2006 95 % der Bevölkerung ein mobiles Endgerät.² Jeder Mobilfunknutzer verschickte 2003 durchschnittlich 48 SMS im Monat. Dies bedeutete einen SMS Versand von 36 Billionen SMS im Jahre 2003 allein in Deutschland.³ Im Jahr 2005 sind weltweit 2 Trillionen SMS im GSM-Netz verschickt worden. Diese

¹ Vgl. zu diesem Abschnitt: TeleTalk 4/2003, News, S. 20; *Becker*, TeleTalk 7/2006, 48 ff.; *Federrath*, Sicherheit mobiler Kommunikation: Schutz in GSM-Netzen, Mobilitätsmanagement und mehrseitige Sicherheit, 1 ff.; *Feldt*, TeleTalk 10/2006, 45 ff.; *Feldt*, TeleTalk, 8/2002, 10 ff., 49; TeleTalk 4/2004, 20 ff.; S. 46; *Giebels*, TeleTalk 11/2002, 10 ff., TeleTalk 8/2002, News, S. 20 f.; S. 22; *Jung/Warnecke*, Handbuch für die Telekommunikation² (2002) 3-262 f., 4-88, 4-179, 4-190 ff., 5-135 f.; *Lauterbach*, TeleTalk 5/2003, S. 28 f.; *Marburger/Feldt*, TeleTalk, 9/2003, 10 ff.; TeleTalk 1/2004, Telescope, S. 7; *Schiller*, Mobilkommunikation (2000) S.141 ff. *Stoll*, Dezentralisierung und Sicherheit in Mobilfunknetzen (1997), 11 f.; *Schulte*, Telekommunikation, Bd. 3, 12-17, Loseblatt, Stand Juni 2002 Teil 9, 3.1, 3.2, 4.2, 4.3.6, 4.5; Pressemitteilung der Postbank vom 18.04.2006, unter www.postbank.de; The netsize Guide 2005 Edition, S. 12 ff., The netsize Guide 2004 Edition, S. 88 ff., unter "<http://www.netsize.de/>".

² TNS Infratest, 9. Faktenbericht 2006/2006 – Chartbericht, unter www.bmwi.de.

³ The netsize Guide 2004 Edition, S. 88 ff., unter "<http://www.netsize.de/>".

Zahlen zeigen eine hohe Akzeptanz der SMS. Deshalb wird die Wirtschaft verstärkt auf dieses Medium aufmerksam. Mit der SMS kann der Kunde immer und überall direkt erreicht werden.

Im Folgenden soll ein Überblick über die bereits heute existierenden Einsatzmöglichkeiten der SMS im Geschäftsverkehr gegeben werden:

1. Die Premium SMS

Hierbei handelt es sich um einen Mehrwertdienst⁴, bei dem Informationen kostenpflichtig per SMS empfangen werden können. Der Kunde schickt dabei eine SMS mit einem ihm durch den sogenannten Content-Provider (Diensteanbieter) bekannt gegebenen Kennwort an eine fünfstellige Kurzwahlnummer. Die Nachricht trifft beim Mobilfunk-Anbieter ein und wird von dort an den Content-Provider weitergeleitet. Kurze Zeit später erhält der Kunde von dort seine Antwort-SMS mit dem angeforderten Inhalt. Möchte der Kunde zum Beispiel den Newsticker der Formel 1 erhalten, versendet er eine SMS mit dem Kennwort F1 an die vom Content-Provider vorher beispielsweise über das Fernsehen kommunizierte fünf- bis sechsstellige Telefonnummer.

Mit Verschicken der SMS hat der Kunde nicht nur die Information angefordert, sondern diese auch gleichzeitig bezahlt. Denn jeder Kurzwahlnummer ist ein bestimmter Preis fest zugeordnet. Diese Telefonnummern werden den Content-Providern von den Mobilfunknetzbetreibern in begrenzter Anzahl zur Verfügung gestellt. Die Abrechnung erfolgt anschließend über die Telefonabrechnung des Kunden. Eine Premium SMS kann in Deutschland zwischen 0,29 und 10 EURO kosten. Hiervon erhält der Content-Anbieter einen sogenannten Sharing-Anteil für seinen Inhalt vom Mobilfunkunternehmer, welcher mit dem Kunden über dessen Telefonrechnung abrechnet.

Mit der Premium-SMS können unter anderem Klingeltöne oder Newsletter gekauft, die neuesten Börsen- oder Wetterinformationen bestellt und sogar Kleinanzeigen aufgegeben werden. Auch aktuelle Staunachrichten lassen sich so ohne weiteres per SMS empfangen.

⁴ Dienst, der neben Telekommunikationsdienstleistungen weitere Dienstleistungen anbietet, § 13 a TKV.

2. Ticketing

Eine weitere Einsatzmöglichkeit der SMS ist das sogenannte Ticketing: Hierbei können beispielsweise Fahrkarten im Nahverkehr gekauft werden. In Osnabrück wurde Anfang 2003 ein Pilotprojekt erfolgreich durchgeführt, so dass dieses Konzept heute fester Bestandteil des Fahrkartenverkaufs geworden ist. Bei dieser Art von Fahrkartenverkauf konnten Einzelfahrscheine per Handy geordert und als SMS ausgeliefert werden. Der Kunde rief hierfür eine kostenlose 0800er Nummer an, die an den Haltestellen des Nahverkehrs ausgehängt worden war. Nach Abwarten einer Ansage erhielt der Kunde dann den Fahrschein per SMS zugesandt. Im Pilotprojekt war die erste Fahrkarte kostenlos. Wollte der Kunde diesen Service weiter nutzen, musste er sich per Internet oder in einem Servicecenter des Verkehrsbetriebes für das Mobile Ticketing registrieren lassen.

Heute hat jede Haltestelle eine eigene Telefonnummer. In Kombination mit verschiedenen Endziffern, die jeweils für eine bestimmte Tarifzone stehen, kann der Kunde unterschiedlich teure Einzelfahrscheine kaufen. Ordert er nun mehrmals in der Woche oder im Monat Fahrkarten, errechnet das System selbständig die günstigste Fahrkarte, beispielsweise Tageskarte oder Wochenkarte. Die Abrechnung erfolgt jeweils am Ende des Monats per Kontoabbuchung oder über ein vorher eingerichtetes Guthaben.

Wird versehentlich eine Fahrkarte bestellt, kann diese innerhalb von drei Minuten storniert werden. Der Kunde wird durch das System eindeutig über seine Mobilfunknummer identifiziert.

Bei einer Kontrolle dient das mobile Endgerät als Fahrkarte. Um etwaigen Missbrauch vorzubeugen, werden die Tickets mit zusätzlichen persönlichen Daten - wie etwa dem Geburtsdatum des Kunden - versehen. Dieses kann durch den Kontrolleur leicht mittels einer Ausweiskontrolle überprüft werden. Um zu verhindern, dass der Kunde erst das Ticket bestellt, wenn eine Kontrolle in Sicht ist, sieht das System die Möglichkeit vor, das Ticket mit einer vom Anbieter definierten Zeitverzögerung auf das Handy zu schicken. Dadurch, dass bei einer SMS stets Datum und Uhrzeit des Empfangs angezeigt werden, kann der Kontrolleur auch anhand dieser Daten den Kaufzeitpunkt ersehen.

Während sich das Ticketing im ÖPNV langsam in Deutschland ausbreitet, beispielsweise in Bonn, ist es in Helsinki City schon seit 2002 erfolgreich im Einsatz. Laut Umfrage des Bitkom wurde von den Kölner Verkehrsbetrieben jährlich 200.000

Handy-Fahrkarten verkauft.⁵

Ticketing wird jedoch nicht nur im ÖPNV eingesetzt. Im Herbst 2003 wurde beispielsweise in Wien das M-Parking eingeführt. Hierbei können Parktickets über das Handy gelöst werden.

Seit Anfang 2006 steht auch in Berlin, Paderborn und im Vogtland der Parscheinverkauf per Handy zur Verfügung. Erforderlich hierfür ist die einmalige Registrierung im Internet. Der Kunder erhält dann eine Vignette mit einem Barcode, die er auf der Windschutzscheibe seines Autos befestigen kann. Per SMS kann bei Abstellen des Wagens der Anfang der Parkzeit an die Parkzentrale geschickt werden, indem einfach eine SMS mit „S“ für Starten gesendet wird. Das Ende der Parkzeit wird durch Übersenden einer SMS mit „E“ für Ende der Parkzentrale angezeigt. Der große Vorteil des sogenannten M-Parking besteht darin, dass der Nutzer zur Parkzeitverlängerung nicht mehr sein Fahrzeug aufsuchen muss. Auch erhält der Fahrer eine Erinnerungs-SMS zehn Minuten vor Ablauf der Parkzeit. Kontrolliert wird die ordnungsgemäße Parkdauer durch Kontrolleure dadurch, dass der Barcode auf der Vignette mittel eines Foto-Handys gescannt wird und an ein Rechenzentrum geschickt wird. Dort wird die Ordnungsmäßigkeit des Parkens anhand der vom Fahrer verschickten SMS überprüft und das Ergebnis kurze Zeit später an den Kontrolleur übermittelt.

Einsatzbereiche für diese Art des Mobile Commerce sind überall dort, wo Eintrittskarten verkauft werden: Theater, Kino, Freizeitparks, öffentliche Veranstaltungen etc.

Bezahlt werden kann per Abrechnung über die Handy- oder Kreditkartenabrechnung sowie im Lastschriftverfahren.

3. Kundenbetreuung

Auch die Hamburger Sparkasse hat die SMS entdeckt. So hat die Haspa 2002 dieses Medium in der Kundenbetreuung im Wertpapiersektor erfolgreich einsetzen können: Hierbei wurde nach Erteilung des Orderauftrages für den Kauf eines Wertpapiers nach der Zeichnung das Ergebnis per SMS direkt an den Kunden geschickt. So ersparte sich die Sparkasse die Rückfragen per Telefon durch die Kunden über die Zeichnung ihrer

⁵ Feldt, TeleTalk 10/2006, 45, 46.

geordneten Papiere.

4. Handy-Banking

Einen Schritt weiter wird beim Handy-Banking gegangen: Der Kunde erhält eine spezielle SIM-Karte mit erweiterten Fähigkeiten, mittels derer er per SMS durch Eingabe einer zusätzlichen PIN seinen Kontostand abfragen und sogar Überweisungen tätigen kann.

5. Check in

Die Lufthansa plant, in Kürze ihren Miles & More-Teilnehmern einen Check in per SMS zu ermöglichen. Der Kunde erhält 90 bis 150 Minuten vor dem Abflug eine SMS mit der Anfrage zum mobilen Einchecken. Diese bestätigt er per Tastendruck. Daraufhin erhält er alle relevanten Flugdaten wie Flug- und Sitzplatznummer, Gate und Boarding-Time.

Weiter ist geplant, den Kunden Änderungen im Flugverkehr per SMS zukommen zu lassen.

6. Ortung bei einem Unfall

In einem ganz anderen Bereich wird die SMS als Einverständniserklärung eingesetzt. Der Gesamtverband der deutschen Versicherer hat zusammen mit den Mobilfunkanbietern einen Ortungsdienst für den Notfall eingerichtet. Hierfür wird eine bestimmte Telefonnummer beispielsweise bei einem Autounfall angerufen, um Hilfe zu holen. Weiß der Anrufer, wie dies häufig vorkommt, nicht seinen genauen Aufenthaltsort, kann er verlangen, geortet zu werden. Dieses Ortungsgesuch muss er durch eine SMS an dieselbe Telefonnummer nochmals bestätigen. Dann werden die Koordinaten der Funkzelle und die Straßennetzdaten verknüpft und der Polizei oder den Rettungsdiensten zugeleitet.

7. Mobile TAN beim Online-Banking

Ein weiterer Anwendungsfall bei Banken ist der Einsatz der SMS beim Online-Banking: Um dieses vor Phishing- und Pharmingmails zu schützen, geht z.B.

die Postbank wie folgt vor: Zunächst meldet sich der Kunde einmalig für den Service an. Dieses erfolgt durch eine Legitimation per Telefon-Banking, Fax oder Brief. Vor jeder Freigabe eines Online-Auftrages wird dem Kunden sodann eine M-TAN per SMS auf sein mobiles Endgerät geschickt. Dies kostet den Kunden neun Cent. Hierbei handelt es sich um den Selbstkostenpreis. Die M-TAN dient zur Freigabe der Online-Überweisung. Sie ist nur für den einmaligen Gebrauch gültig und ersetzt den üblicherweise per Post zugesandten TAN-Block. Darüber hinaus übermittelt die Postbank in der SMS den zu überweisenden Betrag und die Ziel-Kontonummer. Hierdurch erlangt der Kunde die Möglichkeit zur Prüfung des Auftrages vor der Freigabe, die durch Eintippen der M-TAN erfolgt. Bei der Postbank lief diese Art der Online-Überweisung zunächst in einem Versuch ab 2003. Seit 2005 kann jeder Kunde der Postbank die M-TAN nutzen.

8. Einsatz in der Zukunft

In der Zukunft könnte der Einsatz der SMS im Warenverkehr zunehmen: Denkbar sind zunächst interaktive Plakate, Schaufenster, Anzeigen in Zeitungen, über die der Kunde eine Telefonnummer erfährt, an die er eine SMS schicken kann und dann entweder nähere Informationen zu den angebotenen Waren erhält oder diese direkt bestellen kann.

In einem weiteren Schritt könnte der Kunde die Waren per SMS - ähnlich wie bei der Premium-SMS - auch gleich bezahlen. Im Mikropayment (bis zu 20 EURO) wäre eine Bezahlung über die Mobilfunkrechnung denkbar, in höheren Bereichen könnte eine Abbuchung vom Girokonto autorisiert werden. Der Käufer kann hierbei durch seine SIM-Karte authentifiziert werden.

II. Das GSM-Netz

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich ausschließlich mit Kurznachrichten, die über das GSM-Netz verschickt werden.

GSM stand zunächst für “Groupe Spéciale Mobile”. Heute steht es für “Global System for Mobile Communications”. Die “Groupe Spéciale Mobile” war von der CEPT (Conference of European Posts and Telecommunications Administrations), den europäischen Postverwaltungen, gegründet worden. Sie sollte 1982 einen einheitlichen europäischen Mobilfunkstandard basierend auf digitaler Technik entwickeln. Dieses war notwendig geworden, da die bis dahin bestehenden Mobilfunknetze nicht kompatibel waren. In Zukunft sollte internationales Roaming, d.h. automatische Weitergabe von Gesprächen von einem Mobilfunknetz zum nächsten, möglich sein.

1989 wurde diese Gruppe Teil des 1988 gegründeten European Telecommunications Standards Institute (ETSI, Europäisches Institut für Telekommunikationsnormen). Durch ETSI wurden die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen in Form von Deregulierung und Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte geändert und Standardisierungsmaßnahmen im Telekommunikationsbereich vorgenommen.

Im Rahmen der zehnjährigen Entwicklung des GSM-Standards verpflichteten sich Netzbetreiber durch Unterzeichnung des sogenannten “Memorandum of Understanding on the introduction of the pan-European digital mobile Communication service (MoU)”, das GSM-System gemäß den Vorschriften einzuführen und einen weltweiten Ausbau zu unterstützen.

Während 1992 der GSM-Standard noch ein rein europäischer war, ist er heute in mehr als 100 Ländern der Welt verbreitet. Er ist sogar bis Lateinamerika vorgedrungen, wo sich im Jahre 2000 Brasilien als erstes Land dort dem GSM-Standard verpflichtete.

Die Aufgabe der Weiterentwicklung und Vereinheitlichung des GSM-Systems liegt heute bei 3GPP (Third Generation Partnership Projekt). Hierbei handelt es sich um eine weltweite Kooperation verschiedener entwicklungsverantwortlicher Körperschaften aus Europa, China, Japan, Korea und den USA. Durch die Zusammenarbeit der unterschiedlichen Partner wie ARIB (Association of Radio Industries and Business, Japan), CWTS (China Wireless Telecommunication Standard Group, China), ETSI (Europa), T 1 (Committee T 1, Nordamerika), TTC (Telecommunication Technology Committee, Japan) und TTA Telecommunications

Technology Association, Südkorea) sollen weltweite gemeinsame Standards entwickelt und dadurch ein uneingeschränktes Roaming ermöglicht werden. Hauptaufgabe der 3GPP ist es, technische Berichte über das GSM-Netz zu entwickeln, die für alle GSM-Netzbetreiber maßgebend sind.

Nach dieser kurzen Einleitung über mögliche oder bereits existierende Einsatzbereiche der SMS im M-Commerce und über das GSM-Netz soll nun in die technischen Grundlagen des Mobilfunks, insbesondere die Übertragung der SMS eingeführt werden.

D. Technische Grundlagen⁶

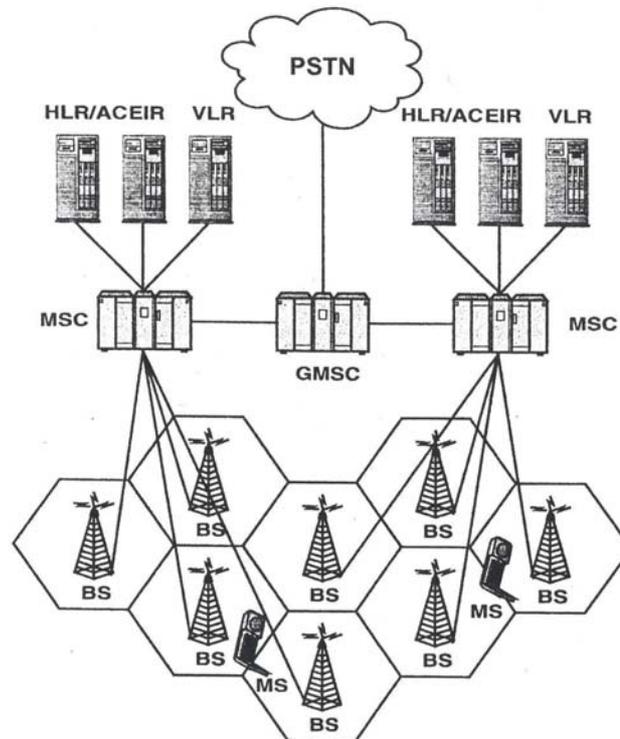


Abb. 1: GSM-Netzarchitektur (vereinfacht)

Quelle: Schulte, Teil 13, Kapitel 8.1, S. 2

I. Der Aufbau und die wesentlichen Bestandteile des GSM-Netzes

Ein GSM-Netz ist ein digitales zellulares Mobilfunknetz. Es besteht aus idealisierten hexagonalen Funkzellen.

Die wichtigsten Elemente sind die Mobilvermittlungsstelle MSC⁷, die vier Mobilfunkdatenbanken HLR⁸, VLR⁹, AC¹⁰ sowie EIR¹¹, die Basisstation BS¹² und die

⁶ Vgl. zu diesem Abschnitt insbesondere: *Stoll*, Dezentralisierung und Sicherheit in Mobilfunknetzen (1997) 29 ff.; *Federrath*, Sicherheit mobiler Kommunikation: Schutz in GSM-Netzen, Mobilitätsmanagement und mehrseitige Sicherheit (1999); *Jung/ Warnecke*, Handbuch für Telekommunikation² (2002) 3-262ff., 3-273 ff., 4-179 ff., 5-135 f.; Schiller, S. 142 ff., 158 ff.; *Lüders*, Mobilfunksysteme (2001) 176 ff.; *Eberspächer/ Vogel*, Vertrauenswürdige Telekommunikation, 44 ff., 63 ff., 244; *Detken*, GSM-“Global System for Mobile Communication” – Der Mobilfunkstandard (1997). 26 f.; *Schulte*, Telekommunikation (2002) Teil 13.8.1, 8.2.

⁷ Mobile Switching Centre.

⁸ Home Location Register, Heimatregister.

⁹ Visitor Location Register, Besucherregister.

¹⁰ Authentication Centre, Authentifizierungsregister.

¹¹ Equipment Identity Register, Geräteidentifizierungsregister.

¹² Base Station.

Mobilfunkstationen MS¹³.

Ein GSM-Netz ist hierarchisch gegliedert: Ganz oben in der Hierarchie befindet sich eine Mobilvermittlungsstelle. Diese kontrolliert ein funktechnisch abgedecktes Gebiet, welches sich in mehrere Aufenthaltsbereiche LA¹⁴ unterteilt. Ein LA wird von einer Basisstation BS verwaltet.

Die Aufenthaltsbereiche erhalten je eine Gebietskennung LAI¹⁵. Diese wird von den Basisstationen verteilt und von der Mobilfunkstation gespeichert; durch sie wird der richtige Funkrufbereich bestimmt. Sie wird netzseitig nur im VLR gespeichert.

Idealerweise wird eine Funkzelle von einer Basisstation kontrolliert. Hierbei handelt es sich um eine stationäre Funkfeststation. In Wirklichkeit können auch mehrere Funkzellen einer BS zugeordnet sein. Die BS erfüllen die Aufgabe der Verwaltung der Mobilstationen, die sich gerade in ihren Zellen befinden. Eine BS ist der Knotenpunkt zwischen dem leitungsgebundenen und dem funkgestützten Teil des GSM-Netzes. Sie kommuniziert mit den Mobilstationen über Funkkanäle und mit den Funkvermittlungsstellen MSC über Festnetzleitungen.

Die MSC sind für die Gewährleistung des Überganges in andere Kommunikationsnetze (öffentliches Telefonnetz, andere Mobilfunknetze) zuständig.

Zum Ausfindigmachen eines Mobilfunkteilnehmers, zu Authentifizierungszwecken und zur Überprüfung von Nutzungsberechtigungen stehen der MSC vier verschiedene Arten von Datenbanken zur Verfügung:

1. Das Heimatregister

Das Heimatregister HLR dient dazu, Daten von Teilnehmern zu speichern, die sich in ihrem jeweiligen Bereich anmelden. Hierüber werden unter anderem Aufenthaltsortsregistrierungen, Verbindungsaufbau, Durchführung von Sicherheitsmaßnahmen von Teilnehmern unterstützt. Zu den gespeicherten Daten gehören sämtliche Bestandsdaten wie Anschrift, Rechnungsmodi, IMSI¹⁶, Informationen zur Sperrung, Erlaubnis, Rufweiterleitungsnummern, Mobilitätsdaten wie MSRN¹⁷, MSISDN¹⁸, Authentifizierungsdaten. Das HLR steht hierzu mit dem

¹³ Mobile Station.

¹⁴ Location Area.

¹⁵ Location Area Identity.

¹⁶ International Mobile Subscriber Identity, eindeutige netzinterne Teilnehmeridentität.

¹⁷ Mobile Station Roaming Number, Aufenthaltsnummer.

VLR und dem AC in Verbindung.

2. Das Besucherregister

Das Besucherregister VLR hat dann Bedeutung, wenn der Teilnehmer sich aus seinem Heimatbereich entfernt. Es speichert Teilnehmerdaten, solange der Teilnehmer in seinem Bereich ist.

Das VLR ist wichtig für den Verbindungsaufbau. Es führt unter anderem die Registrierung des Teilnehmeraufenthaltsortes durch, die Teilnehmerauthentifizierung und weist dem Teilnehmer aus Sicherheitsgründen eine temporäre Teilnehmeridentität TMSI¹⁹ zu. Nur das VLR besitzt die Fähigkeit, die TMSI der richtigen IMSI zuzuordnen. Hierdurch wird die reale Teilnehmeridentität verschleiert. Außerdem übersendet es auf Anfrage des HLR die Leitweginformation (MSRN), um den Teilnehmer zu finden.

3. Das Authentifizierungszentrum

Das Authentifizierungszentrum generiert alle sicherheitsrelevanten Parameter, die für eine sichere Kommunikation erforderlich sind. Dafür speichert es unter anderem in verschlüsselter Form die IMSI und den Teilnehmerauthentifizierungsschlüssel Ki²⁰.

4. Das Geräteidentifizierungsregister

Das Geräteidentifizierungsregister EIR verwaltet die Mobilfunkendgeräte. In diesem Register werden drei Listen geführt: Die weiße Liste beinhaltet die IMEI²¹ ordnungsgemäß arbeitender und nicht gestohlen gemeldeter Mobilfunkstationen; die graue Liste enthält die zu beobachtenden Mobilfunkendgeräte, die durch fehlerhafte Funktionen eventuell das GSM-Netz beeinträchtigen können; in der schwarzen Liste befinden sich die verlorenen oder gestohlen gemeldeten Endgeräte.

Nach Übersendung der IMEI durch das MSC bei Verbindungsaufbau schickt das EIR die Listeninformation an das MSC, welches daraufhin entweder den

¹⁸ Mobile Subscriber Integrated Services Digital Network Number, Teilnehmerrufnummer.

¹⁹ Temporary Mobile Subscriber Identity.

²⁰ Individual Subscriber Authentication Key.

²¹ International Mobile Station Equipment Identity, Geräteidentifizierung.

Verbindungsaufbau abbricht oder fortsetzt.

5. Die Mobilfunkstation

Die Mobilfunkstation besteht aus einem Mobilfunkendgerät (z.B. Handy) und einem darin eingesteckten Teilnehmeridentitätsmodul, der SIM²²-Karte. Das Endgerät führt alle funk- und übertragungstechnischen Aufgaben durch, während die SIM-Karte das Teilnehmerverhältnis zum Netzbetreiber begründet. Hierbei handelt es sich um eine Karte mit Microprozessor, die alle teilnahmebezogenen Funktionen wie Authentifizierung, Aufenthaltsortsaktualisierung durchführt; auf ihr befinden sich auch die IMSI und der Teilnehmerauthentifizierungsschlüssel Ki, die Algorithmen A3, A8, der Datenschlüssel Kc²³, die TMSI und LAI.

Gesendete und empfangene Kurznachrichten werden hier gespeichert.

²² Subscriber Identity Module.

²³ Cipher Key.

II. Übertragung einer SMS im GSM-Netz

1. Überblick

Beim Versenden und Empfangen einer SMS wird keine Verbindung aufgebaut. Die SMS wird vielmehr an eine SMSC²⁴ über einen Signalisierungskanal gesendet. Das SMSC sendet die Kurzmitteilung weiter an den Empfänger, wenn das Handy eingeschaltet ist. Sollte dies längere Zeit (von Netzbetreiber zu Netzbetreiber unterschiedlich lang: D1/ D2: 48 Stunden; E-Plus: bis zu 14 Tagen)²⁵ nicht der Fall sein, so wird die Nachricht ohne Versand gelöscht. Der Empfänger erlangt keine Kenntnis davon. Eine Empfangsbestätigung gibt es grundsätzlich nicht, so dass auch der Versender keine Kenntnis vom Löschen erlangt. Technisch möglich ist jedoch der Einsatz einer Empfangsbestätigung schon heute.

Grundsätzlich trägt der Versender die Kosten der SMS.

2. Im Einzelnen

Die SMS sowie die Adresse des Empfängers wird beim Absender über die Tastatur seines Mobilendgeräts eingegeben. Anschließend wird die Taste Versenden gedrückt. Daraufhin wird zunächst eine Funkverbindung zur nächstgelegenen Basisstation aufgebaut und zum bedienenden MSC.

Nach Verbindungsaufbau zum MSC erfolgen die Zugangsberechtigung (Authentication) und der Wechsel in den Verschlüsselungsmodus (Cipher Mode).

Die Authentication geschieht mittels eines symmetrischen Kryptographieverfahrens. Der Teilnehmer sendet hierfür zunächst seine IMSI an das Netz. Dieses sendet daraufhin eine Zufallszahl z zurück. Mit Hilfe des Teilnehmerauthentifizierungsschlüssels K_i , der auf der SIM-Karte gespeichert ist, wird unter Verwendung des Algorithmus A3, der ebenfalls auf der SIM-Karte platziert ist, eine Signatur von der MS berechnet. Netzseitig wird ebenfalls die Signatur errechnet. Der K_i kann hierbei aus der vorgegebenen Teilnehmeridentität erkannt werden. Kommen sowohl das Netz als auch die MS zu dem selben Ergebnis, ist die Authentication erfolgreich.

²⁴ Short Message Service Center.

²⁵ *Wielage*, Allround Talent Handy (2000) 57 f.

Nutzdaten der Kurzmitteilung werden nur verschlüsselt über die Funkschnittstelle übertragen. Die Verschlüsselung findet über den Algorithmus A5/X²⁶ statt. Hierbei wird ein Datenschlüssel Kc genutzt, der in der MS mit dem Datenschlüsselgenerierungsalgorithmus A8 berechnet wird. Das BS sendet dafür an die MS zunächst den Befehl, dass der Verschlüsselungsmodus gesetzt werden soll. Welcher Verschlüsselungsmodus A5 genutzt wird, erfährt die BS von dem zuständigen VLR, welches die Verschlüsselung kontrolliert. Von diesem erhält die zuständige BS auch den zu verwendenden Schlüssel Kc. Dieser ist bereits auf der MS implementiert, so dass er nicht über die Luftschnittstelle übertragen wird. Ausschließlich der zu verwendende A5/X-Algorithmus wird über die Luftschnittstelle von der BS der MS mitgeteilt. Diese führt dann die Verschlüsselung durch und übersendet die SMS.

Anschließend wird die Kurzmitteilung von der BS an das MSC über terrestrische Leitungen unverschlüsselt weitergeleitet. Dieses schickt sie weiter an das Short Message Interworking MSC, welches wiederum die SMS an das Short Message Service Centre des Absenders transportiert.

Von dort gelangt die SMS zum MSC des Empfängers, welches über die Telefonnummer erkannt wird. Dieses fordert dann die Leitweginformation beim zuständigen HLR an und verschickt die Meldung an das bedienende VLR. Durch einen sog. Paging-Ruf wird die MS gefunden und anschließend die Übertragung der SMS-Meldung vom MSC an BS zur MS durchgeführt. Hierbei führt wieder nur der letzte Weg von BS zu MS über eine Luftschnittstelle, wo die SMS verschlüsselt übertragen wird.

Die SMS ist übertragen.

²⁶ X steht für sieben Möglichkeiten, wobei in der MS stets A5/ 1 und A5/ 2 auf der MS gespeichert sein müssen. Die anderen fünf Möglichkeiten sind optional. (Heine/ Sagkob, GPRS-Gateway (2001) 45).

E. Sicherheit und Übertragungsrisiken²⁷

I. Sicherheit im Mobilfunknetz

Das Sicherheitsniveau eines Mobilfunknetzes ist generell niedriger als das eines Festnetzes. Die größte Sicherheitslücke ist der Weg über die Luftschnittstelle zwischen BS und MS. Um dort die größtmögliche Sicherheit zu erlangen, wurde im GSM-Standard das Sicherheitsniveau des Festnetzes als Maßstab genommen. Um gerade Angriffe Dritter zu vermeiden, werden eine Reihe von Kontrollen und eine Verschlüsselung bei Übertragung über die Luftschnittstelle durchgeführt.

1. Der Teilnehmer muss, um seine Mobilstation nutzen zu können, sich ihr gegenüber authentifizieren. Dies geschieht durch Eingabe einer vom Diensteanbieter mitgeteilten PIN, die nur dem Teilnehmer bekannt ist.

2. Der Vorteil der mobilen Kommunikation besteht in der Ortsunabhängigkeit des Teilnehmers. Damit er trotzdem ständig erreichbar ist, muss es dem Mobilfunknetz möglich sein, ihn überall ausfindig zu machen. Um Dritte daran zu hindern, ein Muster über das Kommunikationsverhalten oder ein Bewegungsprofil des Teilnehmers zeichnen zu können, muss die Teilnehmeridentität IMSI geheim gehalten werden. Die IMSI wird idealerweise nur einmal unverschlüsselt genutzt, und zwar dann, wenn sich der Teilnehmer erstmalig im Mobilfunknetz anmeldet. Nur in Ausnahmefällen, wie bei Datenverlust beim VLR, wird sie erneut unverschlüsselt übertragen. Anstelle der IMSI, die den Teilnehmer eindeutig identifiziert, wird vom VLR an jeden Teilnehmer in seinem Aufenthaltsbereich eine temporäre Teilnehmeridentität TMSI²⁸ vergeben.

Das funktioniert folgendermaßen: Bei jeder neuen Anmeldung einer MS im Aufenthaltsbereich des VLR wird zunächst die TMSI verschlüsselt an die MS übertragen. Diese TMSI wird durch einen Algorithmus generiert. Die MS speichert sie auf der SIM-Karte. Die TMSI wird bei jeder Aufenthaltsortsaktualisierung, also stets

²⁷ Vgl. zu diesem Abschnitt insbesondere: *Schulte*, Telekommunikation, Bd. 3, 12-17, (2002) Teil 13.8.3, 8.4, 8.5, 8.6; *Lüders*, Mobilfunksysteme (2001) 143; *Zenner/ Weis/ Lucks*, DuD 2000, S. 405 ff.; *Schiller*, Mobilkommunikation (2000) 171 ff.; *Heine/ Sagkob*, GPRS-Gateway (2001) 44 f.; *Detken*, GSM-"Global System for Mobile Communication" - Der Mobilfunkstandard (1997) 187 ff.

²⁸ Temporary Mobile Subscriber Identity.

wenn der Teilnehmer in den Bereich eines neuen VLR gelangt oder beim erneuten Einschalten der MS oder nach Netzausfällen im selben VLR verändert. Dies gewährleistet einen stetigen Wechsel der TMSI. Zusammen mit der TMSI wird die Kennung des Aufenthaltsbereiches LAI des jeweiligen VLR an die MS übermittelt und dort gespeichert. Wechselt nun der Teilnehmer in den Aufenthaltsbereich eines anderen VLR (VLR2), kann das neue durch die LAI das alte VLR (VLR1) erkennen. Unter entsprechenden Sicherheitsmaßnahmen wird dann auf Anfrage des VLR2 vom VLR1 die IMSI übertragen. Dies versetzt VLR2 in die Lage, eine neue TMSI zu vergeben. Durch das ständige Wechseln der TMSI eines Teilnehmers wird es Dritten deutlich erschwert, einen Teilnehmer auszuspähen und zu verfolgen.

3. Damit ein Dritter nicht die Identität eines Teilnehmers vortäuschen kann, muss sich jeder Teilnehmer gegenüber dem Mobilfunknetz authentifizieren. Dies geschieht mittels eines symmetrischen Kryptographieverfahrens. Der Teilnehmer sendet hierfür zunächst seine IMSI an das Netz. Dieses sendet daraufhin eine Zufallszahl z zurück. Mit Hilfe eines Teilnehmerauthentifizierungsschlüssels K_i , der auf der SIM-Karte gespeichert ist, wird unter Verwendung des Algorithmus A3, der ebenfalls auf der SIM-Karte platziert ist, eine Signatur von der MS berechnet. Netzseitig wird ebenfalls die Signatur errechnet. Der K_i kann hierbei aus der vorgegebenen Teilnehmeridentität erkannt werden. Kommen sowohl das Netz als auch die MS zu dem selben Ergebnis, steht fest, dass die Teilnehmeridentität nicht vorgetäuscht wurde. Für Dritte ist es schwierig, diese Signatur zu errechnen, da dafür der Schlüssel K_i bekannt sein muss. Dieser wird jedoch nicht über das Netz gesendet, sondern ist auf der SIM-Karte gespeichert, so dass der Dritte tatsächlich Zugriff auf die SIM-Karte haben muss. Diese Prozedur wiederholt sich unter anderem bei der Registrierung (z.B. Einschalten des Handys), Aktualisierung des Aufenthaltsortes (Wechseln in ein neues VLR) des Teilnehmers, beim Aufbau einer Kommunikationsverbindung und beim Kurznachrichtendienst.

4. Mit der Zugangskontrolle wird gleichzeitig der Abgleich mit dem Geräteidentifizierungsregister (EIR) durchgeführt, um sicher zu gehen, dass das mobile Endgerät weder gestohlen oder verloren wurde noch störend auf das Netz einwirken kann.

5. Nutzdaten der Kurzmitteilung werden nur verschlüsselt über die Funkschnittstelle übertragen. Die Verschlüsselung findet über den Algorithmus A5 statt. Hierbei wird ein Datenschlüssel K_c genutzt, der in der MS mit dem Datenschlüsselgenerierungsalgorithmus A8 erzeugt wird. K_c wird bei jeder Authentifizierung des Teilnehmers neu generiert.

6. Die Algorithmen A3 und A8 werden von den Mobilfunknetzbetreibern selbst spezifiziert. Im GSM-Standard sind nur wenige operationelle Vorgaben festgeschrieben.

Dies ist sinnvoll, da ein globaler Algorithmus, der von unbefugten Dritten berechnet wird, eine Gefahr für alle Mobilfunknetze weltweit darstellen würde.

A5 hingegen, der für die Datenverschlüsselung auf der Funkschnittstelle verantwortlich ist, muss im GSM-Standard enthalten sein, da sonst ein anderes GSM-Netz (z.B. bei einem Auslandsaufenthalt) nicht als eigenes vom Teilnehmer genutzt werden könnte.

7. Auch die Digitalisierung selbst erschwert ein Abhören wesentlich. Hinzu kommt ein langsames Frequenz-Hopping. Um Frequency-Hopping zu verstehen, muss zunächst vor Augen geführt werden, wie die mobile Kommunikation über die Luftschnittstelle funktioniert:

Jedem Mobilfunknetz ist ein bestimmtes Frequenzband zugewiesen. Im GSM-Netz liegt dies im 900 MHz-Bereich. Es wird vom Mobilfunknetzbetreiber wiederum in viele Unterfrequenzbänder unterteilt. Damit Frequenzbereiche mehrfach genutzt werden können, gibt es die sog. Spreizbandtechnik, wovon ein Teil das Frequency Hopping darstellt. Hierbei werden unterschiedliche Unterfrequenzbänder nach einem bestimmten Frequenzfolgemuster innerhalb eines Kommunikationskanals gewechselt. Dies verdeutlicht man sich am besten an dem Beispiel einer Autobahn: Die Autobahn wird in mehrere Spuren aufgeteilt. So können mehrere Autos nebeneinander fahren. Wird nun noch eine bestimmte Zeit vereinbart, wann ein Auto welche Spur nutzen darf, können zeitversetzt die einzelnen Spuren von mehreren Autos genutzt werden. Frequency-Hopping wäre - auf die Autobahn übertragen - das mehrmalige Wechseln der Spuren zu bestimmten Zeiten durch die Autos.²⁹

Ein unbefugter Dritter muss nun den Anfang der Datenübertragung kennen und das

Frequenzfolgemuster herausfinden, um die Datenkette aneinander zu reihen. Dies ist deutlich schwieriger als das Abhören einer analogen Telefonleitung, wo den Teilnehmern für die Dauer des Gesprächs ausschließlich ein Sprachkanal zugewiesen ist.

²⁹ Autobahnbeispiel in: Schiller, *Mobilkommunikation* (2000) 69 ff.

II. Sicherheitsrisiken

1. IMSI-Catcher

Durch das Gerät IMSI-Catcher können die Verschlüsselung und Pseudonymisierung der Teilnehmer durch die TMSI umgangen werden.

Das Gerät verhält sich gegenüber einer MS wie eine BS und gegenüber der wahren BS wie eine MS. Die MS meldet sich stets bei der BS an, die auf dem sog. Broadcastkanal das stärkste Signal sendet. Der IMSI-Catcher sendet dementsprechend ein starkes Signal mit dem Erfolg, dass die MS sich beim IMSI-Catcher meldet. Nun ist es möglich, der MS zu signalisieren, dass keine Verschlüsselung von Daten erfolgen soll. Ein inhaltliches Abhören von Gesprächen ist möglich.³⁰

2. Cloning einer SIM-Karte³¹

Dies ist den Wissenschaftlern Ian Goldberg und Dave Wagner vom ISAAC Forschungszentrum in Berkley 1998 gelungen.

Hat ein Dritter die Möglichkeit, sich in den Besitz der PIN und der SIM-Karte zu bringen, benötigt er nur noch einen Computer und ein Kartenlesegerät. Dann kann er nach ca. 150.000 Anfragen an die SIM-Karte - dies dauert ca. 8-12 Stunden - den geheimen Schlüssel Ki ermitteln. Zusätzlich wird noch die IMSI benötigt. Diese wird durch Auslesen aus der SIM-Karte unter Zuhilfenahme der PIN ermittelt.

Hat der Angreifer alle drei Informationen (K1, IMSI, PIN), so ist es ihm möglich, sich dem Mobilfunknetz gegenüber zu authentifizieren.

Er kann nun auch eine Kopie einer berechtigten SIM-Karte anfertigen.

3. Abfangen von Authentication Triplets

Hierzu muss der Angreifer eine Richtfunkstrecke, die sich zwischen BTS und dem Mobilfunknetz befinden kann und wo die Daten unverschlüsselt übertragen werden, abhören. Unter anderem werden über Richtfunkstrecken auch die Daten dort

³⁰ Federrath, Sicherheit mobiler Kommunikation: Schutz in GSM-Netzen, Mobilitätsmanagement und mehrseitige Sicherheit (1999) 80.

³¹ Duplizieren einer SIM-Karte, um die Identität eines Mobilfunkteilnehmers zu fälschen, Schulte, Telekommunikation, Bd. 3, 12-17, (2002) 13/8.3.2

übertragen, die zur Authentifizierung benötigt werden. So kann der unberechtigte Dritte sich anhand der abgefangenen Daten authentisieren. Er kann vorgeben, der Teilnehmer zu sein, zu dem die Daten eigentlich gehören und so auf seine Kosten telefonieren.

4. Entschlüsselung der Algorithmen

1997 beschrieb Jovan Golic einen möglichen Angriff auf den Algorithmus A5/1: Zunächst wird ein Sekundenbruchteil eines unverschlüsselten Datenstroms benötigt, wie er etwa bei einer Gesprächspause vorliegt. Mit einem schnellen PC kann dann nach ca. $2 \cdot 10^{42}$ Schritten ein Telefonat entschlüsselt werden. Dies dürfte mehrere Monate in Anspruch nehmen.³²

1999 wurde von den Kryptographen Biryukov und Shamir vom Weizmann-Institut in Israel eine mögliche Entschlüsselung des A5/1 mit einfachem PC in Echtzeit vorgestellt. Der Angreifer benötigt demnach einen Rechner mit 128 MB RAM und zwei Festplatten zu je 73 Gigabyte, die zwar nicht in der unteren Preisklasse liegen, jedoch problemlos zu beschaffen sind. Bei diesem Angriff handelt es sich um die Fortentwicklung des bereits von Golic beschriebenen Angriffs.

Schwachstelle dieser Enthüllung ist jedoch, dass ein erheblicher Aufwand zur Vorbereitung des Angriffs erforderlich ist. So sahen die beiden Wissenschaftler letztlich von einer Durchführung ab, obwohl ihnen die gesamte Recherausstattung des Weizmann-Instituts zur Verfügung stand. Die Berechnungen sind zwar möglich, jedoch mit einem erheblichen Kostenaufwand verbunden.

Außerdem benötigen die Angreifer bei der Methode von Biryukov und Shamir ebenfalls unverschlüsselte digitale Daten, und zwar in einer Länge von zwei Minuten. Wie an diese unverschlüsselte Datenmenge heranzukommen ist, führen die Wissenschaftler nicht aus.³³

5. Bewertung der Sicherheitsrisiken

a. Der IMSI-Catcher ist sicher eine interessante Möglichkeit, den Inhalt von Daten, die über die Luftschnittstelle übertragen werden, so auch Daten der SMS, abzufangen und

³² Zenner/ Weis/ Lucks, DuD 2000, S. 406.

³³ Zenner/ Weis/ Lucks, DuD 2000, S. 406.

mitzuhören. Der Aufwand, ein solches Gerät herzustellen, ist jedoch relativ hoch. Dies bedeutet einen hohen Kosten- und großen Zeitaufwand. Für Geheimdienste und Großunternehmen ist dies sicherlich kein Problem, für den einfachen Heimanwender jedoch kaum lösbar.³⁴

Das Gleiche gilt für die Entschlüsselung der Algorithmen und das Cloning der SIM-Karte.

b. Zum Abfangen der Authentication Triplets muss der Angreifer eine Richtfunkstrecke abhören. Die meiste Kommunikation ereignet sich jedoch drahtgebunden. Richtfunkstrecken findet man in den heutigen Mobilfunknetzen sehr selten³⁵ und wohl eher in Gebieten, wo die Verkabelung sich als schwierig erwies, z.B. im Gebirge. Doch selbst wenn Richtfunkstrecken abgehört werden sollten, müsste, da zwischen der Richtfunkantenne und dem mobilen Endgerät kein direkter Funkkontakt besteht, sondern hier stets das MSC zwischengeschaltet ist, zunächst herausgefunden werden, über welche Richtfunkstrecke die Daten eines Teilnehmers übertragen werden. Weiter müsste genau der richtige Zeitpunkt zum Abhören gewählt werden. Dies erfordert ein hohes Maß an Koordination und ist kaum möglich.

Die Wahrscheinlichkeit, dass Daten über Richtfunkstrecken abgefangen werden, ist als gering einzustufen. Demnach handelt es sich hierbei um einen nicht zu berücksichtigenden Schwachpunkt im Netz.

c. Ein Angriff über das Festnetz setzt einen Einbruch in die Einrichtungen des Mobilfunknetzbetreibers voraus. Dies dürfte wegen des üblichen Einbruchsschutzes für Gebäude nicht ohne weiteres möglich sein.

Vor allen Dingen muss man sich vor Augen führen, welche Art von Täter für ein Abfangen von Daten in Betracht kommt. Dies ist nicht der typische Einbrecher, sondern in erster Linie der Hacker und Tüftler. Dieser wird jedoch vor einem Einbruch eher zurückschrecken und versuchen, mit Hilfe seines Computers an Daten zu gelangen.

d. Die Veränderung der Daten, die auf der SIM-Karte durch das Mobilfunknetz initiiert gespeichert werden, also auch der Inhalt der SMS, ist nach Angaben von Siemens und Ericsson für den Inhaber der SIM-Karte nicht möglich.

e. Demnach ist ein Angriff durch Dritte mit einem hohen Aufwand verbunden und

³⁴ vgl. *Zenner/ Weis/ Lucks*, DuD 2000, S. 407.

³⁵ vgl. *Turowski/ Pousstchi*, Mobile Commerce (2004) 9.

daher unter Abwägung von Kosten, Zeitaufwand und Nutzen nicht zu befürchten. Die Vertragspartner selbst sind gar nicht in der Lage, Änderungen an der SMS vorzunehmen.

Nach bisherigen Erkenntnissen kann das GSM-Netz zumindest im Hinblick auf die Übertragung einer SMS von SIM-Karte zu SIM-Karte als sicher eingestuft werden.

Dass dies mittlerweile von der Wirtschaft auch so vertreten wird, zeigen die neuerdings eingesetzten sog. M-TANS beim Online-Verfahren, denen sogar vom TÜV Rheinland eine hohe Sicherheit zugebilligt wird.³⁶

³⁶ Pressemitteilung der Postbank vom 18.04.2006, unter www.postbank.de.

F. Vertragsschluss per SMS

Wie schon dargestellt, werden bereits heute Verträge per SMS geschlossen: Man denke an das Ticketing, die Premium-SMS und vieles mehr.

Es stellt sich nun die Frage, was für eine rechtliche Wirkung diese Verträge entfalten und ob die Regelungen des BGB den neuen Anforderungen des M-Commerce gewachsen sind. Grundvoraussetzung ist zunächst, dass Verträge über das Medium der SMS überhaupt wirksam geschlossen werden können. Es müssen die rechtlichen Voraussetzungen für einen Vertragsschluss trotz der durch die Technik des Mobilfunks gesetzten Grenzen erfüllt werden können. Ein Vertrag besteht aus mindestens zwei übereinstimmenden in Bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges zielen.³⁷

Zunächst soll dargestellt werden, dass eine elektronische Willenserklärung wirksam abgegeben werden kann. Anhand der Meinung Wiebes wird die dogmatische Begründung dafür aufgezeigt werden.

I. Die elektronische Willenserklärung

1. Zurechnung der Willenserklärung nach dem Verschuldensprinzip

Der Begriff der Willenserklärung ist im Gesetz nicht näher definiert, so dass die Definition durch Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet wurde. Danach wird unter einer Willenserklärung eine Willensäußerung verstanden, die auf eine bestimmte, vom Erklärenden gewollte Rechtsfolge abzielt.³⁸

Sie ist ein Tatbestand, der aus einem subjektiven Element, dem Willen, und einem objektiven Element, dem äußeren Verhalten, welches der Empfänger als einen bestimmten Rechtsfolgewillen interpretieren darf, besteht.³⁹

Heutzutage besteht die einhellige Meinung, dass ein solches äußeres Verhalten durchaus auch im Versenden elektronischer Daten via Btx, Telefax, E-Mail und SMS

³⁷ *Palandt-Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁵ (2006) Einf. v. § 145 Rn. 1.

³⁸ Vgl. *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*, Rechtshandbuch zum E-Commerce² (2005) 380; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸ (2004) 435; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 192.

³⁹ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs*, (Fn.37) Einf. v. § 116 Rn. 3.

zu sehen ist.⁴⁰ Schließlich kann es keinen Unterschied machen, ob eine menschliche Äußerung, die auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist, schriftlich, mündlich oder auf elektronischem Weg abgegeben wird. Es kommt nur darauf an, dass die Erklärung in ihrer äußeren Gestalt subjektive Elemente der Willenserklärung erkennen lässt⁴¹ und der Absender die freie Wahl über das Inverkehrbringen hat.⁴²

Auch die Anerkennung der sogenannten "Computererklärung" als Willenserklärung steht heute fest. Hierbei handelt es sich um eine aufgrund von Programmierung durch einen Computer erstellte und anschließend elektronisch übermittelte Erklärung. Problematisch bei dieser Art von Willenserklärung ist, dass im Zeitpunkt der Herstellung und Abgabe der Erklärung kein aktives menschliches Handeln vorliegt. Die herrschende Meinung geht trotzdem mit unterschiedlichen Begründungen vom Vorliegen einer menschlichen Willenserklärung aus.⁴³ Vereinzelt blieben die Stimmen, die mangels konkreten Einflusses durch den Erklärenden auf den Verarbeitungsvorgang des Computers das Vorliegen einer Willenserklärung ablehnten.⁴⁴ Überwiegendes Argument der herrschenden Meinung ist, dass auch bei der automatisierten Willenserklärung sich letztlich deren Abgabe auf einen menschlichen Willen zurückführen lasse.⁴⁵ Ausgegangen wird hierbei von einem

⁴⁰ Vgl. BGH, CR 2002, 213 ff.; OLG Hamm, NJW 2001, 1142; LG Münster, DB 2000, 663, 664; Köhler/ Arndt/ Fetzer, *Recht des Internet*⁵ (2006) 69; Holzbach/ Süßenberger, in: Moritz/ Dreier, *Rechtshandbuch zum E-Commerce*² (2005) 383; Borges, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr* (2003) 194; Dörner, AcP 202 (2002), S. 363, 365, Fn. 4; Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*⁸ (2002), Rn. 256; Spindler, ZIP 2001, 809, 810; Ulrici, NJW 2001, 1112 f.; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009, 1012; Fringuelli/ Wallhäuser, CR 1999, 93; Mehrings, MMR 1998, 30, 31; Heun, CR 1994, 595; Paefgen, JuS 1988, 592, 593; Canaris, JZ 1987, 994; Hönn, Jura 1984, 59 f.; Redeker, NJW 1983, 2391.

⁴¹ Vgl. statt aller: BGH, CR 2002, 213, 214; OLG Hamm, CR 2001, 117, 118; Taupitz/ Ritter, JuS 1999, 839; Heun, CR 1994, 595.

⁴² Paefgen, JuS 1988, 592, 593; Eisenhardt, JZ 1986, 875; Friedmann, *Bildschirmtext und allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, Diss. Köln (1986) S. 19.

⁴³ BGH, NJW 2002, 363; OLG Hamm, NJW 2001, 1142; Palandt⁶⁵-Heinrichs, (Fn. 37) Einf. v § 116 Rn. 1; Larenz/ Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*⁹ (2004), 394; Soergel¹³-Hefermehl, *BGB: Band 2, Allgemeiner Teil*, §§ 104-240¹³ (1999) Vor § 116, Rn. 8 ff; Staudinger¹³-Dilcher, *BGB*, §§ 90-103 (2004); 104-133; §§ 1-54, 63 *BeurkG*¹³ (2004), Vor §§ 116-144, Rn. 6; Borges, *Verträge im Internet* (2003) 195; Wiebe, *Die elektronische Willenserklärung* (2002) 331; Medicus, *Allg. Teil des BGB*⁸. (2002) 105; Baetge, in *Kaminski/ Hensler/ Koaschnik/ Papathoma* (Hrsg.), *Rechtshandbuch E-Business* (2002) 92, 101 f.; Cornelius, MMR 2002, 353, 354; Krüger/ Büttner, WM 2001, 221; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009, 1012; Taupitz/ Ritter, JuS 1999, 839, 840; Mehrings, MMR 1998, 30, 31; Hübner, *Allgemeiner Teil BGB*² (1996) Rn. 667; Fritzsche/ Malzer, *DNotZ* 1995, 3, 7; Melullis, MDR 1994, 109, 111; Kuhn, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation* (1991) 54; Brauner, *Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen* (1988) 41; Redeker, NJW 1984, 2390, 2393; Köhler, AcP 182 (1982), 126, 134.

⁴⁴ Vgl. Clemens, NJW 1985, 1998, 2001.

⁴⁵ Soergel¹³-Hefermehl (Fn. 43). Vor § 116, Rn. 8 ff; Baetge, in *Kaminski/ Hensler/ Koaschnik/ Papathoma*, *Rechtshandbuch E-Business* (2002) 92, 101 f.; Brauner, *Das Erklärungsrisiko beim*

generalisierten Willen des Anlagenbetreibers bzw. Softwarenutzers, der den Computererklärungsakt vorher durch die Programmierung in allgemeiner Form festgelegt hat und den allgemeinen Willen hat, sich die Ergebnisse des Bearbeitungsvorgangs zurechnen zu lassen. Dies reiche für die Erfüllung des subjektiven Kriteriums der Willenserklärung aus und werde auch den Grundsätzen der Privatautonomie gerecht.⁴⁶ Die objektive Erklärungshandlung erfolge durch das Computerprogramm. Bei dieser Arbeitsteilung zwischen Mensch und Computer sei der notwendige menschliche Erklärungsakt, der auf einen Rechtsbindungswillen schließen lasse, die Einbeziehung des Computersystems in die Kommunikation.⁴⁷

Der Begründungsversuch, bei dem die Zurechnung der Computerhandlung über eine analoge Anwendung des § 164 Absatz 1 BGB vorgeschlagen wird, ist mit Kuhn abzulehnen. Kuhn führt zu Recht an, dass eine vergleichbare Interessenlage, wie sie bei der Stellvertretung vorliegt, nicht gegeben sei, da der Computer keine Haftungsperson im Sinne des § 179 BGB darstelle und so nicht für fehlerhafte Erklärungen einstehen könne.⁴⁸ Auch kann der Computer nicht als Bote angesehen werden, da das System nicht eine genau vorgegebene Willenserklärung übermittelt, sondern aufgrund der Programmierung eine eigenständige Inhaltsbestimmung vornimmt.⁴⁹

2. Vom Verschuldensprinzip zu einem übergreifenden Zurechnungsmodell

Wiebe geht ebenfalls von der Wirksamkeit elektronischer Willenserklärungen aus. Für ihn ist jedoch der Begründungsversuch der herrschenden Meinung, der für das subjektive Element der Erklärung einen generellen Willen ausreichen lässt, nicht zeitgemäß. Er begründet rechtsdogmatisch die Anerkennung der elektronischen Willenserklärung damit, dass er in ihr einen neuen Typus der Willenserklärung, der den technischen Entwicklungen angemessen Rechnung trage, sieht. Dieser neue Typ der Willenserklärung sei grundsätzlich anders zu beurteilen als die herkömmliche Art

Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen (1988) 41.

⁴⁶ Mehrings, in: Hoeren/ Sieber, Handbuch Multimedia-Recht (Losebl. 1998) Kap. 13.1, Rn. 43 (Juni 2006).

⁴⁷ Mehrings, in: Hoeren/ Sieber, Handbuch Multimedia-Recht (Losebl. 1998) Kap. 13.1, Rn. 43 (Juni 2006); Staudinger-Dilcher, Vor §§ 116- 144, Rn. 6; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991) 70.

⁴⁸ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 114; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, 1991, 69 f.; Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

⁴⁹ So zutreffend Cornelius, MMR 2002, 353, 355; Redeker, NJW 1984, 2390, 2391.

der Willenserklärung. Die ursprüngliche Unterscheidung von Wille und Erklärung beim Tatbestand der Willenserklärung passe im Zeitalter der Informationstechnologie nicht mehr, da sich der konkrete Wille des Anlagenbetreibers immer weniger erkennen lasse, je weiter die Technisierung in den Erklärungsvorgang eindringe.⁵⁰ Die herrschende Meinung behelfe sich mit der Annahme eines allgemeinen Handlungswillens, eines allgemeinen Geschäftswillens und eines allgemeinen Erklärungsbewusstseins. Wiebe weist zu Recht darauf hin, dass die herrschende Meinung durch das Ausreichenlassen eines generellen Willens zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ein verändertes Konzept der Willenserklärung zugrundelege, da, psychologisch betrachtet, der Wille hierbei nur noch eine Fiktion darstelle.⁵¹ Er lehnt diese Entwicklung zu einem subjektiven Tatbestandsmerkmal, welches nur noch eine "leere Hülse" darstelle, mit der Begründung ab, dass dies nicht mehr dem Prinzip der Selbstbestimmung gerecht werde.⁵² Der generelle Einsatzwille der Software reiche für eine Zurechnung des Ergebnisses des Computereinsatzes, der Computererklärung, nicht aus. Vielmehr müsse nach dem Risikoprinzip entschieden werden, ob dem Anlagenbetreiber dieses Datenverarbeitungsergebnis zugerechnet werden könne. Wiebe wendet hierbei das dem Deliktsrecht entlehnte Risikoprinzip als Zurechnungsgrundlage an und nicht das in der Rechtsgeschäftslehre vorherrschende Verschuldensprinzip. Er verkennt dabei nicht den generellen Unterschied von Vertrag und Delikt, weist jedoch darauf hin, dass auch in der Rechtsgeschäftslehre das Risikoprinzip in §§ 122, 179 BGB verankert sei.⁵³ Dieses Prinzip sei im Übrigen auch mit dem Gedanken der Privatautonomie vereinbar, da bei dem Risikoprinzip der Haftende für die Folgen eintrete, deren Ursache er willentlich durch Setzen eines erhöhten Risikos herbeigeführt habe. Demnach sei ein Minimaltatbestand an Selbstbestimmung auch im Risikoprinzip vorhanden.⁵⁴ Überzeugend entwickelt er den Übergang vom Verschuldensprinzip zum Risikoprinzip innerhalb der geltenden Rechtsordnung. Er geht dabei von einem übergreifenden Modell der Rechtsgeschäftslehre aus.⁵⁵ Aufgrund der im Zivilrecht herrschenden Privatautonomie und der damit verbundenen Selbstbestimmung der Partner sei die

⁵⁰ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 137.

⁵¹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 139.

⁵² *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 139.

⁵³ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 164 mwN.

⁵⁴ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 156.

⁵⁵ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 146.

Rechtsgeschäftslehre auf einen Interessenausgleich zwischen den Partnern eines Rechtsgeschäfts angelegt. Dies schlage sich auch im Tatbestand der Willenserklärung nieder. Bei der Frage der Wirksamkeit einer Willenserklärung gehe es um einen Interessenausgleich zwischen Empfänger und Erklärendem.⁵⁶ Hierbei werde im Zuge der normativen Auslegung das Vertrauen des Empfängers auf den objektiven Erklärungstatbestand einer empfangsbedürftigen Willenserklärung “normativ gefiltert“ geschützt.⁵⁷ Um einer Überbewertung der Interessen des Empfängers entgegenzuwirken, sei in den ursprünglichen Tatbestand der Willenserklärung das subjektive Element des Willens als Korrektur aufgenommen worden.⁵⁸ Mit der ursprünglichen Definition der Willenserklärung sei insbesondere das personale Vertrauen in die Person des Erklärenden geschützt worden.⁵⁹ Bei der heutigen zunehmenden Technisierung der Kommunikation trete zwischen die menschliche Handlung und die Erklärungsabgabe die technische Operation, so dass ein menschliches Handeln oftmals nicht mehr erkennbar sei. Je weiter die Automatisierung in den Kommunikationsvorgang vordringe und menschliche Kommunikationshandlungen ersetze, desto weniger könne ein konkreter Wille erkannt werden, und es bestehe das Erfordernis, andere Zurechnungskriterien heranzuziehen.⁶⁰ Den höchsten Grad der heutigen Automatisierung sieht Wiebe in dem Einsatz sogenannter intelligenter Agenten, bei denen es sich um lernfähige Softwareprogramme handelt, die unter vom Anwender bestimmbarer Rahmenbedingungen letztlich eigenständig Verträge untereinander schließen können. Der Anwender hat bei dem Einsatz dieses Agenten nur einen Einsatzwillen unter Berücksichtigung der von ihm vorgegebenen Rahmenkriterien. Trifft der intelligente Agent im Internet etwa auf einen anderen intelligenten Agenten, dann kann es zu einem Vertragsschluss kommen, ohne dass die jeweiligen Anwender einen konkreten Willen selbst gebildet haben. Die nähere Bestimmung des Willens zum Vertragsschluss wird durch die Agenten im Rahmen ihrer Programmierung vorgenommen.⁶¹ Dieses Bild hat Wiebe vor Augen, wenn er betont, dass bei dieser Art

⁵⁶ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 139.

⁵⁷ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 144.

⁵⁸ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 144 f.

⁵⁹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 149.

⁶⁰ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 215.

⁶¹ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 130 f.

von Technikeinsatz kein konkreter Wille des Einsetzenden mehr erkennbar sei.⁶² Der Erklärungsvorgang ist beim Einsatz intelligenter Agenten zwischen Mensch und Maschine derart aufgeteilt, dass die Maschine letztlich den größten Part der Kommunikation übernehme und der Mensch nur noch die “technisch-organisatorischen Rahmenbedingungen” setze.⁶³ Hierdurch weise die elektronische Kommunikation eine neue Risikostruktur auf, die auch beim Tatbestand der Willenserklärung zu berücksichtigen sei.⁶⁴ Seine Struktur müsse an die neuen Rahmenbedingungen angepasst werden. Das Verschuldensprinzip passe als Zurechnungskriterium bei fortschreitender Technisierung des Kommunikationsvorganges nicht mehr in die heutige Zeit. Wiebe beschreibt den Übergang von einem personalen Vertrauen hin zu einem Systemvertrauen in die Technik. Die Technisierung führe zu einem Verlust der Freiheit individuellen Handelns und Transparenz der Kommunikation.⁶⁵ Bei derartiger elektronischer Kommunikation sei der Empfänger gezwungen, wenn ein elektronischer Geschäftsverkehr möglich sein solle, auf das Funktionieren der Technik zu vertrauen. Dies führe letztlich zu einer Kombination von dem Vertrauen in die Person des Partners, dass dieser den Vertrag erfüllen werde, und dem Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der Technik.⁶⁶ Für Wiebe bedeutet dies im Zusammenhang mit der Zurechnung von Willenserklärungen, dass das Vertrauen bei der Interessenbewertung der Partner, auch im Hinblick auf die Verkehrssicherheit, in den Vordergrund treten müsse. Dabei zieht er die Konsequenz, dass eine Entwicklung vom bislang geltenden Verschuldensprinzip hin zum Risikoprinzip vorgenommen werden müsse.⁶⁷ Beide Prinzipien dienten der Schadensminimierung. Jedoch könne das Verschuldensprinzip dort nicht mehr seine Präventivfunktion, welche an die individuelle Lernfähigkeit anknüpfe, übernehmen, wo Gefährdungen durch den Technikeinsatz unvermeidbar seien. Das Risikoprinzip ermögliche es, die Schäden, die aus rechtlich erlaubtem Verhalten resultierten, privatrechtlich zu verteilen.⁶⁸ Je weiter die Technisierung in den sozialen Lebensbereich vordringe, desto mehr würde

⁶² *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 136 f.

⁶³ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 137.

⁶⁴ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 139.

⁶⁵ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 109.

⁶⁶ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 154.

⁶⁷ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 197.

⁶⁸ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 154.

ein Zwang zur Hinnahme einer Gefahr entstehen. Dies verdeutliche noch mehr, wie problematisch es sei, lediglich an den generellen Willen zur Teilnahme am elektronischen Geschäftsverkehr anzuknüpfen, welches die Konsequenz der herrschenden Meinung wäre. Gleichzeitig werde jedoch ersichtlich, dass weiterhin der Wille, wenn auch als nur sehr schwaches Element, bei dem Tatbestand der Willenserklärung eine Rolle spiele und damit auch ein Zusammenhang zum Selbstbestimmungsprinzip gegeben sei.⁶⁹ Um dem Gerechtigkeitsempfinden genüge zu tun, sei es erforderlich, das Risikoprinzip, welches “die Haftung für die Automatisierung intellektueller Funktionen auch auf unerkennbare Gefahren” erweitere,⁷⁰ neben dem Selbstbestimmungsprinzip, dem Prinzip der Selbstverantwortung und den Prinzipien des Vertrauens- und Verkehrsschutzes in das Konzept der Willenserklärung einzubinden. Es habe eine neue Gewichtung dieser Wertungsprinzipien im Hinblick auf die elektronische Kommunikation zu erfolgen.⁷¹ Je stärker der Grad der Automatisierung sei, desto mehr müsse das Risikoprinzip in den Vordergrund und das Willensprinzip in den Hintergrund treten. Wiebe unterscheidet bei der elektronischen Willenserklärung zwischen computergestützter Willenserklärung⁷² und automatisierter Willenserklärung⁷³. Bei der untergeordnet computergestützten Willenserklärung will Wiebe als Zurechnungskriterium weiterhin auf den Willen des Absenders abstellen, da hierbei noch ein konkreter Wille bei Abgabe der Erklärung erkennbar sei. Je mehr sich der Empfänger auf den äußeren Anschein der Erklärung verlassen müsse, desto mehr sei auf das Risikoprinzip im Rahmen der Zurechnung abzustellen.⁷⁴ Bei der automatisierten Willenserklärung hingegen sei auf den Willen zum Ingangsetzen der Anlage und weitere Zurechnungskriterien abzustellen. Hierbei solle auf das Verschuldensprinzip abgestellt werden, wenn die Computerunterstützung derart untergeordnet sei, dass ein konkreter Wille des Absenders noch erkennbar sei. Für die übrigen Fälle gelte das

⁶⁹ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 156.

⁷⁰ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 198.

⁷¹ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 198 f.

⁷² Hierbei seien zwei Untergruppen zu bilden: die computergestützt erstellte und die computergestützt übertragene Willenserklärung, Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 203.

⁷³ Die Willenserklärung wird vollautomatisch erstellt und als Untergruppen werden die einseitig automatisierte Mensch-Maschine-Kommunikation und die zweiseitig automatisierte Maschine-Maschine-Kommunikation angeführt, Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 203.

⁷⁴ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 215.

Risikoprinzip als Zurechnungsmaßstab.⁷⁵ Nach Wiebe sei auch sogar der konkrete Handlungswille verzichtbar, wenn sich die Zurechnung auf andere Zurechnungsgesichtspunkte stützen lasse.⁷⁶ Dabei stehe die abstrakte Beherrschbarkeit und Vorhersehbarkeit der Risiken im Vordergrund. Nur bei Unbeherrschbarkeit und gleichzeitiger Vorhersehbarkeit solle das Absorptionsprinzip gelten.⁷⁷ Bei Unvorhersehbarkeit der Folgen sowie gleichen Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten der Parteien solle jede Partei das Risiko tragen, welches ihr Partner für sie in ihrem Interesse eingegangen sei.⁷⁸ Letztlich schlägt Wiebe ein übergreifendes Zurechnungsmodell mit verschiedenartiger Gewichtung des jeweils wirksamen Wertungsgesichtspunktes vor und geht weg von einer strengen Zweispurigkeit von Rechtsgeschäftslehre und Vertrauenshaftung. In Wiebes Augen seien er und die herrschende Meinung gar nicht so weit auseinander, da auch die herrschende Meinung durch das Zulassen eines generellen Willens sich auf eine Zurechnungslösung hinbewege.⁷⁹

3. Fazit

Sowohl nach der herrschenden Meinung als auch nach der Meinung Wiebes ist die wirksame Abgabe einer Willenserklärung per SMS als elektronische Willenserklärung möglich. Dabei ist es gleichgültig, ob sie direkt in ein mobiles Endgerät durch einen Menschen eingegeben wird oder von einem Computer erzeugt und ohne weiteres menschliches Zutun versandt wird. Dabei überzeugt grundsätzlich die rechtsdogmatische Begründung Wiebes.

⁷⁵ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 214 ff.

⁷⁶ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 205.

⁷⁷ Nach dem Absorptionsprinzip trägt die Partei das Risiko., die mit dem geringstem Aufwand die schädlichen Folgen etwa durch Versicherung oder Einkalkulieren der Folgen auffangen kann, Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 219.

⁷⁸ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 219.

⁷⁹ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 208.

II. Wirksamwerden einer Willenserklärung

Im Folgenden soll nun untersucht werden unter welchen Voraussetzungen die elektronische Willenserklärung im Gewande der SMS wirksam wird, wobei auf die Erwägungen Wiebes zur Risikoverteilung zwischen den am Kommunikationsvorgang beteiligten Parteien zurückzukommen sein wird.

Heute besteht nicht mehr die Frage, ob eine elektronische Willenserklärung wirksam werden kann, sondern unter welchen Voraussetzungen sie wirksam wird.

1. Abgabe

Für einen Vertragsschluss sind mindestens zwei wirksame Willenserklärungen Voraussetzung, die in Bezug aufeinander abgegeben worden sind.⁸⁰

Abgegeben ist eine Willenserklärung nach herkömmlicher Definition dann, wenn sie mit Willen des Erklärenden endgültig in den Rechtsverkehr gelangt ist.⁸¹ Bei der E-Mail wird hier allgemein die Erteilung eines endgültigen Sendebefehls als Abgabe angesehen.⁸² Entscheidend ist hierbei, dass die Willenserklärung aus dem Machtbereich des Absenders gelangt, dieser also jeglichen Zugriff auf sie verliert. Dies ist bereits dann der Fall, wenn die Nachricht an den Provider des Erklärenden geschickt wird, da mit diesem Akt der Absender jeglichen Zugriff auf sie verliert.⁸³ Nichts anderes gilt bei der SMS. Bei dieser wird üblicherweise zunächst der Text in das mobile Endgerät über die Tastatur eingegeben. Anschließend wird zwar häufig die Taste "Senden" gedrückt, jedoch ist hierin noch nicht die Abgabe im rechtlichen Sinne zu sehen, da noch eine Zieltelefonnummer über die Tastatur eingegeben werden muss und anschließend die SMS mit dem Befehl "Ok" erst endgültig aus dem Machtbereich des Absenders gelangt.

⁸⁰ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), Einf. v. § 145 Rn. 1.

⁸¹ Vgl. statt aller: *Erman-Brox, Westermann* (Hrsg.) *Ermann, Bürgerliches Gesetzbuch*¹¹ (2004) § 130 Rn. 4; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 130 Rn. 4; *Medicus*, *Allgemeiner Teil des BGB*⁸ (2002) Rn. 265.

⁸² *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*² *Rechts-Handbuch zum E-Commerce* (2005) 412; *Vehslage*, *DB* 2000, 1801, 1803; *Fritzsche/ Malzer*, *DNotZ* 1995, 3, 11; *Kuhn*, *Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation* (1991) 86.

⁸³ Vgl. *Borges*, *Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr* (2003) 221.

a. Zurechnung der Erklärung bei fahrlässiger Abgabe

Geschieht dies versehentlich, also ohne Wissen und Willen des Erklärenden, kann nicht von einer willentlichen Abgabe gesprochen werden. Der BGH⁸⁴ geht trotzdem von einer Zurechnung der Erklärung an den Absender aus, wenn dieser zumindest fahrlässig den Anschein der Abgabe verursacht hat. Er begründet dies damit, dass durch die Zurechnung von Erklärungen, bei denen das Erklärungsbewusstsein fehle, nicht nur der Schutz der Selbstbestimmung zu berücksichtigen sei, sondern auch das Vertrauen des Empfängers und die Verkehrssicherheit.⁸⁵ Dabei bedürfe es eines weiteren Zurechnungsgrundes, den der BGH in der Erklärungsfahrlässigkeit sieht. Dieses Kriterium leitet der BGH aus dem Wertungsprinzip der Selbstverantwortung, welches die Kehrseite der Selbstbestimmung darstellt, her.⁸⁶ Dieses beinhaltet das Entstehen für die eigenen Versprechen, die zurechenbar abgegeben worden sind, da eine Sorgfaltspflichtverletzung oder Fehler aus der eigenen Sphäre zur Abgabe geführt haben.⁸⁷ Um dem Selbstbestimmungsrecht des Erklärenden genüge zu tun, stellt der BGH dem Erklärenden das Anfechtungsrecht analog § 119 Absatz 1 BGB zur Seite.⁸⁸ Dieser muss jedoch bei einer Anfechtung dem Empfänger dessen Vertrauensschaden gemäß § 122 BGB ersetzen.⁸⁹ Paradebeispiel ist hierbei der Brief, der von dem Personal ohne Zutun des Erklärenden zur Post gebracht wird, in der irrtümlichen Annahme, dass die Absendung durch den Erklärenden vergessen worden war. Der Erklärende hingegen hatte dies jedoch absichtlich unterlassen. Der vom BGH zusätzlich geforderte Grund für eine Zurechnung solcher Erklärungen ist die versehentliche Absendung aufgrund von Mängeln im Herrschafts- und Organisationsbereich des Erklärenden.⁹⁰ Diese Meinung des BGH, der für die Willenserklärung demnach ein Erklärungsbewusstsein nicht für erforderlich hält, ist mittlerweile herrschende Meinung geworden.⁹¹

⁸⁴ BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177; NJW 2002, 363, 3629; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 445.

⁸⁵ BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177

⁸⁶ BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177

⁸⁷ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 81.

⁸⁸ BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177

⁸⁹ BGHZ 91, 324, 330; 109, 171, 177

⁹⁰ Vgl. *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 469.

⁹¹ BGHZ 109, 171, 177; BGH, NJW 1995, 953; BAGE 47, 130, 133; 49, 290, 296; 59, 73, 85; BAG, NZA 1995, 419, 420; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs*, (Fn.37) Einf v § 116 Rn. 17; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004)437.

b. Fahrlässige Abgabe per SMS

Übertragen auf die SMS könnte ein derartiger Fall gegeben sein, wenn der Absender die Willenserklärung zunächst als Entwurf auf dem mobilen Endgerät speichern wollte und stattdessen versehentlich den Sendebefehl erteilt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht auch eine Schadensersatzpflicht gem. §§ 280, 311 II BGB.⁹² Letztlich steht hinter dem Kriterium der Erklärungsfahrlässigkeit der Gedanke, dass der Empfänger immer dann schutzwürdiger als der Erklärende ist, wenn dem Erklärenden eine finale Steuerungsmöglichkeit und die Vermeidung der Erklärungshandlung möglich war.⁹³

Ebenfalls zur Zurechnung der elektronisch übermittelten SMS kommt man bei Anwendung der Meinung Wiebes. Wie bereits dargestellt, vertritt er die Auffassung, dass die elektronische Willenserklärung ein eigener Typus von Willenserklärung sei und dieser im Rahmen der Gesetze eigenen Zurechnungskriterien folge. Um den Entwicklungen der Informationstechnologie und den damit verbundenen Änderungen in der Kommunikationsbeziehung der Partner im elektronischen Rechtsverkehr gerecht zu werden, entwickelt Wiebe ein nach Automatisierungsgrad abgestuftes Zurechnungsmodell. Aus Gründen der Privatautonomie sei es geboten, bei der Möglichkeit des Erkennens des konkreten Willens des Erklärenden, auf diesen abzustellen. Sei der konkrete Wille grundsätzlich erkennbar und nur im Einzelfall fehlinterpretiert worden durch den Empfänger, sei auf das Verschuldensprinzip als Zurechnungsmodell zurückzugreifen. In den übrigen Fällen der fehlenden Erkennungsmöglichkeit eines konkreten Willens des Erklärenden aufgrund des hohen Grades des Technikeinsatzes sei eine Zurechnung nach dem Risikoprinzip vorzunehmen.⁹⁴ Diese Ansicht überzeugt, da sie neben der schlüssigen Herleitung und Eingliederung in die bestehende Rechtsordnung⁹⁵ die Möglichkeit bietet, den Technikeinsatz, der der Kommunikation besondere Eigenschaften verleiht, die sich auf die Sozialbeziehungen der kommunizierenden Partner auswirken, rechtlich zu berücksichtigen.⁹⁶ Hierbei ist mit Wiebe die Technik als Organisationsmittel anzusehen. Sie ist nicht als eigenständiges Rechtssubjekt zu verstehen, welches eine

⁹² Vgl. OLG Dresden, WM 1999, 949; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) Rn. 607.

⁹³ *Gudian*, AcP 169 (1969), 232, 234.

⁹⁴ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 214 ff, 148.

⁹⁵ S.o. S. 28.

⁹⁶ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 114.

arbeitsteilige Organisation zwischen Mensch und Maschine ermöglicht und dadurch Zurechnungskriterien erforderlich werden lässt, die die technische Operation dem menschlichen Anteil des Systems zurechenbar macht.⁹⁷

Wendet man das abgestufte Modell von Wiebe bei der versehentlichen Abgabe des SMS-Entwurfs an, ist zunächst zu klären, ob aus Sicht des Empfängers der konkrete Abgabewille des Erklärenden erkennbar ist. Bei dem Empfänger erscheint bei Eingang einer SMS der Text der SMS und eventuell eine Namenswiedergabe sowie im netzseitigen Anhang die Telefonnummer des Absenders. Aus diesen netzseitig gegebenen Angaben in Verbindung mit dem Inhalt der SMS schließt der Empfänger auf die Identität des Absenders und dessen Abgabewillen. Bezüglich der Feststellung der Identität des Absenders und dessen Abgabewillens kann also nicht mehr nur von einem untergeordneten Technikeinsatz gesprochen werden. Da jedoch der Absender im vorgegebenen Beispielfall durch eine eigenhändige Handlung, nämlich der versehentlichen Abgabe des Sendebefehls, selbst zur Abgabe der Willenserklärung beigetragen hat und eine Zurechnung durchaus wie mit der herrschenden Meinung über das Verschuldensprinzip erfolgen kann, ist ein Rückgriff auf das Risikoprinzip nicht erforderlich, so dass beide Ansichten hier zu demselben Ergebnis, nämlich der Zurechnung der Willenserklärung gelangen.

c. Zurechnung einer Erklärung per SMS bei Abgabe durch unbefugten Dritten

Wie ist jedoch zu entscheiden, wenn eine Willenserklärung nicht versehentlich von demjenigen, der die SMS entworfen hat, abgeschickt wird, sondern von einem unberechtigten Dritten, der sich in den Besitz der Mobilfunkstation gebracht hat?

Nach der herrschenden Meinung kann hier nach dem Verschuldensprinzip keine Zurechnung erfolgen. Ein Verschulden setzt vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Schädigers voraus, § 276 Absatz 1 Satz 1 BGB. Vorsatz liegt dann vor, wenn der Schädiger mit Wissen und Wollen bezogen auf den Erfolg gehandelt hat.⁹⁸ Dies kann jedoch bei einem rechtswidrigen Dazwischentreten des Diebes im vorliegenden Fall nicht angenommen werden. Fahrlässiges Verhalten ist dann gegeben, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderlicher Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Dabei muss

⁹⁷ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 115.

⁹⁸ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 276 Rn. 10; *Soergel*¹³-*Wolf* (Fn.43), § 276, Rn.41.

der pflichtwidrige Erfolg vorhersehbar und vermeidbar sein.⁹⁹ Der Abgabe einer SMS über ein mobiles Endgerät geht stets die Inbetriebnahme der Mobilfunkstation voraus. Dies erfordert das Einschalten des mobilen Endgerätes und die Eingabe einer PIN, die nur dem Berechtigten vom Mobilfunkanbieter bekannt gegeben wird. Demnach kann ein Dieb grundsätzlich nur eine SMS mittels einer fremden Mobilfunkstation abgeben, wenn sie beim Diebstahl eingeschaltet war oder ihm die PIN bekannt ist. Für den Fall, dass die PIN durch ein Auslesegerät vom Dieb ermittelt wurde, kann dem Berechtigten keinerlei Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden. Grund dafür ist, dass ihm keinerlei technische Mittel zur Verfügung stehen, ein Auslesen zu vermeiden. Dann könnte ihn nur ein Fahrlässigkeitsvorwurf treffen, wenn er den Diebstahl durch vorwerfbare Nachlässigkeit ermöglicht hat. Jedoch könnte ein Fahrlässigkeitsvorwurf dann gegeben sein, wenn der Berechtigte dem Dieb entweder fahrlässig oder sogar vorsätzlich Zugang zur PIN oder zur eingeschalteten Mobilfunkstation gegeben hat. Sieht man im Eingeschaltetlassen der Mobilfunkstation ein sozialadäquates Verhalten, welches Verschulden ausschließt,¹⁰⁰ dann könnte in Ergänzung das Risikoprinzip zu einer Zurechnung führen. Nach dem Risikoprinzip, wie Wiebe es zugrunde legt, ist eine Zurechnung anzunehmen, wenn der Erklärende ein erhöhtes Risiko geschaffen hat und für den Erklärenden eine abstrakte Beherrschbarkeit der Gefahr gegeben ist.¹⁰¹ Letztlich kommt es bei all diesen gebildeten Unterfällen des Absendens eines SMS-Entwurfs durch einen Unberechtigten darauf an, ob hierdurch ein vertrauensbegründender Erklärungstatbestand geschaffen wurde.¹⁰² Es spitzt sich auf die Frage zu, ob der Empfänger, der eine SMS empfängt, darauf vertrauen kann, dass der Absender eine im M-Commerce rechtsverbindliche Erklärung abgeben wollte. Bejahte man dies, dann würde allein an den Besitz einer Mobilfunkstation bereits die prinzipielle Bereitschaft zur Teilnahme am M-Commerce geknüpft.¹⁰³ Dieser Gedanke ist entschieden zu verwerfen. Wer sich heutzutage eine Mobilfunkstation anschafft, macht dies, um allzeit und überall erreichbar zu sein, insbesondere telefonisch. Er besitzt das mobile Endgerät gerade nicht in erster Linie, um per SMS am

⁹⁹ BGHZ 39, 285; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 276 Rn. 12; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Grundmann, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-433⁴ (2003) § 276, Rn. 53.

¹⁰⁰ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 276 Rn. 21.

¹⁰¹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 218.

¹⁰² Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 209.

¹⁰³ Dazu eingehend S.49, S.51 f.

M-Commerce teilzunehmen. Hierauf darf der Empfänger heute auch noch nicht redlicherweise vertrauen. Konsequenterweise kann dem Berechtigten die SMS weder nach dem Verschuldens- noch nach dem Risikoprinzip zugerechnet werden. Der Berechtigte hat kein erhöhtes Risiko durch den bloßen Besitz der Mobilfunkstation geschaffen.

Bei einer Absendung eines SMS-Entwurfs durch einen Dieb erfolgt keine Zurechnung an den Berechtigten, da nach dem oben Gesagten kein ausreichender Vertrauenstatbestand für den Empfänger besteht, der eine Zurechnung an den Berechtigten rechtfertigt.

2. Zugang

Neben der Abgabe ist für das Wirksamwerden einer Willenserklärung gemäß § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB der Zugang erforderlich. Jedoch ist § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen anwendbar. Nach herkömmlicher Ansicht greift diese Vorschrift bei verkörperten Willenserklärungen unter Abwesenden und bei verkörperten Willenserklärungen unter Anwesenden analog ein.¹⁰⁴ Nach neuerer Auffassung wird in Bezug auf elektronische Willenserklärungen auf das Merkmal der Speicherung abgestellt.¹⁰⁵

Die Regelung basiert auf der sogenannten Empfangstheorie: Danach wird eine Willenserklärung dann wirksam, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass davon ausgegangen werden kann, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber hatte bei der Kodifikation der Zugangsregelung die Entscheidung zwischen vier Theorien zu fällen. Diese unterschieden sich im Wesentlichen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Willenserklärung: Die Äußerungstheorie stellte auf den Zeitpunkt, in dem die Willenserklärung ihre äußere Gestalt annimmt, ab. Nach der Übermittlungstheorie kam es auf den Zeitpunkt der Absendung an. Bei der Empfangstheorie war der Zeitpunkt des Ankommens entscheidend und nach der Vernehmungstheorie wurde die

¹⁰⁴ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 397.

¹⁰⁵ *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*² Rechts-Handbuch zum E-Commerce (2005) 419; *Medicus*⁸, Allgemeiner Teil (2002) Rn. 274; Münchener Kommentar(-Einsele), Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz⁴ (2001) § 130, Rn. 2, Fn. 10; *John*, AcP 184 (1984), 385 ff..

¹⁰⁶ BGH, JW 1980, 990; BGHZ 67, 271, 275; 137, 205, 208; 1983, 929; BAG, NJW 1984, 1651; 1993, 1093; *Nowak*, MDR 2001, 841; *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5; *Staudinger*¹³-*Dilcher* (Fn. 43) § 130 Rn. 21; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 105), § 139 Rn. 17 ff.; *Ultsch*, NJW

Willenserklärung wirksam, wenn der Empfänger von der Erklärung Kenntnis nahm.¹⁰⁷ Für Willenserklärungen unter Abwesenden hielt der Gesetzgeber die Empfangstheorie für diejenige, die die Schwächen der übrigen Theorien auszugleichen vermochte: Gegen die Äußerungs- und Übermittlungstheorie sprach das Interesse des Empfängers, welches auf die Kenntnisnahme der Willenserklärung abzielte. Dies ergab sich auch aus der Verkehrsanschauung und aus Gerechtigkeitserwägungen. Gegen die Vernehmungstheorie sprach das Interesse des Erklärenden, dass das Wirksamwerden der Willenserklärung nicht in das Belieben des Empfängers gestellt werden durfte. Letztlich war auch das Interesse an einer möglichst schnellen Wirksamkeit der Willenserklärung mitentscheidend.¹⁰⁸ Nach dem Gesetzgeber war die Empfangstheorie in Bezug auf Willenserklärungen unter Abwesenden diejenige, die eine interessengerechte Risikoverteilung zwischen dem Erklärenden und Empfänger schuf und im Rechtsverkehr praktikabel anwendbar war.¹⁰⁹ Der Empfänger sollte also die Erklärung zur Kenntnis nehmen können, jedoch nicht den Zeitpunkt des Wirksamwerdens bestimmen. Letzteres wäre der Fall gewesen bei Anwendung der Vernehmungstheorie, da es hierbei auf den Zeitpunkt der Wahrnehmung ankommen würde und der Empfänger dies beispielsweise durch Unterlassen des Lesens verzögern könnte.¹¹⁰ Der Interessenausgleich wurde also in der Zuweisung von Gefahrenbereichen gesucht.¹¹¹

Auch Rechtsprechung und Literatur halten die Empfangstheorie für eine sachgerechte Lösung: So trägt der Erklärende das Risiko der Erklärungserstellung und die Risiken, die mit dem Transport der Willenserklärung zusammenhängen.¹¹² Für die Risiken, die im Einflussbereich des Empfängers liegen, hat dieser einzustehen.

Für unverkörperte Willenserklärungen unter Anwesenden besteht keine gesetzliche Regelung. Der Gesetzgeber hielt dies damals nicht für erforderlich. Für ihn ergab sich die Wirksamkeit aus der Natur der Sache, da Abgabe und Vernehmen quasi zeitgleich

1997, 3007; *Ebnet*, NJW 1992, 285, 290.

¹⁰⁷ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 2; *Staudinger*¹³-*Coing* (Fn. 43), § 130 Rn., 2.

¹⁰⁸ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 397.

¹⁰⁹ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 243; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 93; Motive I § 74 S. 157.

¹¹⁰ *Staudinger*¹³-*Dilcher* (Fn. 43), § 130 Rn. 2; *Brinkmann*, Der Zugang der Willenserklärung (1984) 34; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 105), § 130, Rn. 16; Motive I § 74, S. 157.

¹¹¹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 398; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 93 f.

¹¹² *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 400.

erfolgen.¹¹³ Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers stellte sich heraus, dass auch bei der Willenserklärung unter Anwesenden Störungen auftreten können, die dann eine Risikoverteilung erforderlich machen. In diesen Fällen wird heute überwiegend die Vernehmungstheorie bzw. die eingeschränkte Vernehmungstheorie herangezogen: Bei der Vernehmungstheorie kommt es für die Wirksamkeit auf die akustisch richtige Wahrnehmung durch den Empfänger an.¹¹⁴ Nach der sogenannten eingeschränkten Vernehmungstheorie ist es entscheidend, dass der Absender davon ausgehen konnte, dass der Empfänger die Erklärung akustisch verstanden hat.¹¹⁵

Bei beiden Theorien besteht jedoch darüber Einigkeit, dass der Zeitpunkt der Kenntnisnahme der späteste Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Willenserklärung ist.¹¹⁶

Hinter der Anwendung der Vernehmungstheorie auf Willenserklärungen unter Anwesenden steht der Gedanke, dass der Empfänger davor geschützt werden soll, dass eine flüchtige Erklärung ihm gegenüber wirksam wird, ohne dass er sie zur Kenntnis genommen hat oder die Kenntnisnahme nachholen kann.¹¹⁷

Bei Niederlegung des BGB stellte sich der Gesetzgeber unter Willenserklärungen unter Abwesenden die postalisch übermittelten vor. Hierbei war bei der Risikoverteilung aufgrund des Transportes durch die Post insbesondere das Verzögerungsrisiko zu bedenken.¹¹⁸ Bei der elektronischen Willenserklärung stehen heute andere Risiken im Vordergrund: das Verlustrisiko, das Abhör- und Manipulationsrisiko sowie das Risiko der Veränderung, das Risiko der technischen Funktionsfähigkeit der Sende- und Empfangseinrichtungen und das Verständnisrisiko aufgrund eventueller Benutzung nicht kompatibler Computersysteme.¹¹⁹

¹¹³ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 398.

¹¹⁴ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 130 Rn. 14; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 478; *Staudinger*¹³-*Dilcher* (Fn.43), § 130 Rn. 14; *MüKo*⁴-*Förschler* (Fn.105), § 130 Rn. 20; *Soergel*¹³-*Hefermehl* (Fn.43), § 130 Rn. 21; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches² (1996) Rn. 735; *Flume*, Allgemeiner Teil des BGB, Zweiter Band³ (1979) 240.

¹¹⁵ BGH, WM 1989, 652; BAG, ZIP 1982, 1467; BayOLG, NJW-RR 1996, 524; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 14; *Soergel*¹³-*Hefermehl* (Fn.43), § 130 Rn. 21.

¹¹⁶ *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) Rn. 276.

¹¹⁷ *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 92.

¹¹⁸ *Dörner*, AcP 202(2002), 363, 69; *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 400.

¹¹⁹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 400; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 76.

a. Anwendbarkeit des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB bei Übertragung per SMS

Bei der Beurteilung des Wirksamens elektronischer Willenserklärungen kommt es nach herkömmlicher Auffassung darauf an, ob es sich hierbei um verkörperte oder nicht verkörperte und solche unter Anwesenden oder Abwesenden handelt.

aa. Willenserklärung unter An- oder Abwesenden

Versucht man eine Einordnung der elektronischen Willenserklärung, stellt man schnell fest, dass eine eindeutige Zuordnung zu den oben gegebenen Kriterien nicht ohne weiteres möglich ist. Unter dem Aspekt der räumlichen Distanz müsste grundsätzlich von einer Erklärung unter Abwesenden ausgegangen werden. Auf der anderen Seite scheint der Gesetzgeber hierbei durch § 147 Absatz 1 Satz 2 BGB einen anderen Weg vorzuschreiben: In dieser Regelung hat der Gesetzgeber die Kommunikation mittels Telefon oder "einer sonstigen technischen Einrichtung von Person zu Person" derjenigen unter Anwesenden gleichgestellt. Nach der Gesetzesbegründung sollen hierunter die Verhandlungen fallen, bei denen die Partner unmittelbar aufeinander reagieren können und die Möglichkeit zu Nachfragen haben. Als Beispiele wurden Videokonferenzen oder Chat genannt.¹²⁰ Demnach kommt es dem Gesetzgeber nicht mehr auf die physische Anwesenheit der Kommunikationspartner an, sondern vielmehr auf die Dialogmöglichkeit.¹²¹ Ist eine solche gegeben, besteht eine vergleichbare Situation wie bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit unter denselben Kommunikationsbedingungen.¹²² Dies könnte auch Auswirkungen auf die Beurteilung des Zugangs haben, selbst wenn mit einem systematischen Argument die direkte Anwendbarkeit des § 147 Absatz 1 Satz 2 BGB abzulehnen ist: Die Vorschrift stellt eine Sonderregel bezüglich der Annahmefrist dar und gerade keine Zugangsregel.¹²³

Aufgrund der schnellen Übertragung der SMS oder der E-Mail könnte argumentiert werden, dass eine einem Dialog vergleichbare Situation durchaus vorstellbar sei.

Der Sinn des § 147 Absatz 1 Satz 2 BGB liegt darin, die räumliche Distanz zweier

¹²⁰ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, 21.

¹²¹ Nowak, MDR 2001, 841, 842; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009, 1012.

¹²² Holzbach/Süßenberger, in: Moritz/ Dreier², Rechts-Handbuch zum E-Commerce (2005) 411.

¹²³ Holzbach/Süßenberger, in: Moritz/ Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 410;

Personen, die über technische Einrichtungen in Echtzeit miteinander kommunizieren, zu überwinden und diese Kommunikation derjenigen unter Anwesenden gleichzustellen. Hinter dieser Vorschrift steht der Gedanke, dass all diejenigen Verhandlungen gleich behandelt werden sollen, bei denen die Teilnehmer miteinander im Dialog stehen und die Möglichkeit haben, sofort auf Äußerungen der anderen Person zu reagieren und gegebenenfalls Nachfragen zu stellen. Dies ist bei Telefonaten, Videokonferenzen oder im Chat im Internet der Fall.¹²⁴ Bei der Versendung einer SMS oder E-Mail stehen Absender und Empfänger jedoch nicht in unmittelbarem Kontakt zueinander, so dass die Dialogmöglichkeit fehlt. Auch wenn die Übertragungszeit einer SMS/ E-Mail sich der Echtzeit eines Gesprächs annähert,¹²⁵ ist es nicht wie bei Telefonaten, Chats oder Videokonferenzen gewährleistet, dass der Kommunikationspartner sein mobiles Endgerät oder seinen Computer auch eingeschaltet hat und zu einem Gedankenaustausch per SMS/ E-Mail fähig ist.¹²⁶ Bei der E-Mail wird dies besonders deutlich durch die Übertragungstechnik, die eine Zwischenspeicherung des Providers und einen Abruf des Empfängers bei diesem erfordert.¹²⁷ Auch die Verbindung erfolgt über das sogenannte Routingverfahren und ist meist zeitverzögert, so dass von einer direkten Nachfragemöglichkeit bezüglich des materiellen Inhalts nicht ausgegangen werden kann.¹²⁸ So ist es heute herrschende Meinung, dass es sich bei E-Mail-Kommunikation um eine unter Abwesenden handelt.¹²⁹

Bei der Übertragung einer SMS ist ein Abrufen beim Provider aufgrund der automatischen netzseitigen Zusendung der SMS nicht notwendig. Trotzdem ist die

Borges, Verträge im Internet (2003) 249; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1803.

¹²⁴ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, 21; *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 374; *Nowak*, MDR 2001, 841, 842; *Heun*, CR 1994, 595, 597; *John*, AcP 184 (1984), 385, 390.

¹²⁵ *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 82 f.

¹²⁶ Zur E-Mail ebenso: *Bach*, K&R 2005, 308, 309; *Roth/ Groß*, K&R 2002, 129, 130; *Dietrich*, K&R 2002, 138, 139; *Herwig*, MMR 2001, 145; *Mehrings*, MMR 1998, 30, 31; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165, 166; *Redeker*, NJW 1984, 2390, 2391.

¹²⁷ *Roth/ Groß*, K & R 2002, 129, 130.

¹²⁸ *Roth/ Groß*, K&R 2002, 120, 130; *Dietrich*, K&R 2002, 138, 139; *Mehrings*, MMR 1998, 30, 31; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165, 166; *Redeker*, NJW 1984, 2390, 2391.

¹²⁹ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 14; *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*² Rechts-Handbuch zum E-Commerce (2005), 421; *Bach*, K& R 2005, 308, 309; *Thot/ Gimmy*, in: *Kröger/ Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 8; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 105), § 130 Rn. 11; *Roth/ Groß*, K & R 2002, 129, 130; *Dietrich*, K & R 2002, 138, 139; *Herwig*, MMR 2001, 145; *Nowak*, MDR 2001, 841, 842; *Scherer/ Butt*, DB 2000, 1009, 1012; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1804; *Meub*, Der Betrieb 2002, 359; *Soergel*¹³-*Hefermehl* (Fn.43), § 130 Rn. 3; *Mehrings*, MMR 1998, 30, 31; *Ernst*,

Kommunikationssituation aus oben angedeuteten Gründen nicht anders zu beurteilen als bei der E-Mail. Es kommt gerade nicht zu einem direkten Kontakt mit dem Erklärenden, sondern der Empfänger muss sein Endgerät eingeschaltet haben, bemerken, dass ihn eine SMS erreicht hat, und in einem weiteren Schritt das Kurzmitteilungsprogramm aufrufen. Erst dann kann er die Mitteilung zur Kenntnis nehmen. Diese Zwischenschritte verhindern, anders als etwa bei einem Telefonat, die sofortige Reaktion auf die Erklärung des Absenders. Eine gleichzeitige Kommunikationsfähigkeit ist nicht gegeben.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass bei der Einwegkommunikation bei SMS oder E-Mail eine Kommunikation unter Abwesenden anzunehmen ist.

bb. Verkörpert oder unverkörpert?

Die nächste Frage, die sich stellt, ist die, ob es sich hierbei um verkörperte oder nicht verkörperte Willenserklärungen handelt. Gegen eine Verkörperung könnte sprechen, dass bei elektronischen Willenserklärungen zur Übertragung unverkörperte elektromagnetische Impulse verwendet werden.¹³⁰ Auf der anderen Seite merkt John zu Recht an, dass zwar keine Verkörperung in einem Brief gegeben ist, jedoch die elektromagnetischen Impulse verkörpert sein müssen, da eine direkte Wahrnehmbarkeit durch den Menschen nicht möglich ist.¹³¹ Es kann also nicht auf das Format in der Übermittlungsphase ankommen, sondern vielmehr auf das beim Empfänger.¹³²

Der Sinn und Zweck des Merkmals der Verkörperung als Wirksamkeitsvoraussetzung bei einer Willenserklärung liegt darin, dass die Erklärung verfügbar ist und so eine Kenntnisnahme nachholbar ist.¹³³ Dies ist jedoch nicht nur bei dem herkömmlichen Verständnis der Verkörperung auf einem Papier der Fall, sondern auch dann, wenn durch digitale Speicherung eine Reproduktion durch den Empfänger möglich ist. Die Erklärung ist dann nicht mehr flüchtig, sie ist auf einem Speichermedium

NJW-CoR 1997, 165, 166; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3, 11.

¹³⁰ *Köhler/Arndt/Fetzer*⁵, *Recht des Internet* (2006), S. 76.

¹³¹ *John*, AcP 184 (1984), 385, 395.

¹³² *Wiebe*, *Die elektronische Willenserklärung* (2002) 399.

¹³³ *Wiebe*, *Die elektronische Willenserklärung* (2002) 399.

perpetuiert.¹³⁴ Beim Telefax wird für die Wirksamkeit darauf abgestellt, dass ein Ausdruck vorgenommen wird.¹³⁵ Eine Ausdrucksmöglichkeit ist prinzipiell bei einer SMS mangels Anschlussmöglichkeit an einen Drucker nicht gegeben. Dies ist jedoch für das Merkmal der Verkörperung auch nicht ausschlaggebend. Es kommt vielmehr darauf an, dass bei der digitalen Übertragung die Daten visuell wahrnehmbar gemacht werden können und dies durch den Empfänger mehrmals geschehen kann. Das Telefax ist, wenn es auf dem Faxgerät gespeichert ist, ohne Ausdruck nicht wahrnehmbar. Der Papierausdruck ist bei der Übertragung notwendig, da das Empfangsgerät selbst nicht die Wahrnehmungsmöglichkeit bietet. Bei der SMS wird die Erklärung netzseitig übertragen und dann auf der SIM-Karte des Empfängers bis zur Kenntnisnahme durch diesen vorerst gespeichert. Der Empfänger kann dann mittels des Endgerätes, wie bei einer E-Mail, die Mitteilung lesen und sie endgültig auf der SIM-Karte speichern. Eines Ausdruckes bedarf es zur Kenntnisnahme also nicht. Die SMS ist vielmehr wie die E-Mail in einer Datei verkörpert.¹³⁶

Dieses Ergebnis wird auch durch die Existenz des § 126 b BGB, der die Textform regelt, gestützt.¹³⁷ Die Textform ist ein neuer Formtyp, der weniger strenge Anforderungen als die Schriftform an Erklärungen stellt und für bestimmte Fälle als Ersatz der Schriftform konstruiert worden ist.¹³⁸ U.a. ist es ausreichend, wenn die Erklärung „auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben“ wird. Der Gesetzgeber hat gerade nicht die Perpetuierung auf einem Blatt Papier festgeschrieben. Dies lässt erkennen, dass der Gesetzgeber heute auch die Speicherung von elektronischen Daten für eine Verkörperung ausreichen lässt. Bei der SMS handelt es sich folglich um eine verkörperte Willenserklärung unter Abwesenden. § 130 I Satz 1 BGB ist unmittelbar anwendbar.

¹³⁴ Vgl. Köhler/Arndt/Fetzer, *Recht des Internet*⁵ (2006) S. 76; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1804; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165, 166; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3, 10.

¹³⁵ BGH, NJW 1995, 665, 666; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 7; *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*⁵ (2006) 76; *MüKo*⁴-*Fössler* (Fn.105), § 130 Rn. 13/20; *Erman*¹¹-*Brox* (Fn. 81), § 130 Rn. 4; *Soergel*¹³-*Hefermehl* (Fn. 43), § 130 Rmn. 13; *Schmittmann*, DB 1993, 2527; *Ebnet*, NJW 1992, 2985; *Krampe*, JuS 1992, 852; *Buckenberger*, DB 1980, 289; *Siebel*, DB 1955, 716; *Greulich*, BB 1954, 491; 492.

¹³⁶ So zur E-Mail: *Dietrich*, K & R 2002, 138, 139; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 105), § 130 Rn. 2; *Herwig*, MMR 2001, 145, 146; *Ernst*, NJW.-CoR 1997, 165, 166; *Ultsch*, NJW 1997, 3007.

¹³⁷ Vgl. zur Anwendbarkeit des § 126 b BGB auf die SMS ausführlich u. S. 79 ff.

¹³⁸ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 126b, Rn. 1.

b. Voraussetzungen des Zugangs nach herkömmlicher Auffassung

Eine Willenserklärung geht zu, wenn sie auf die Weise in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter Zugrundelegung normaler Verhältnisse von ihr Kenntnis erlangen kann.¹³⁹

aa. Machtbereich

Nach dem Reichsgericht gelangt eine Erklärung dann in den Machtbereich des Empfängers, wenn dieser in verkehrsüblicher Weise die tatsächliche Verfügungsgewalt über sie erlangt.¹⁴⁰ In neuerer Zeit wird anders formuliert, inhaltlich bestehen jedoch keine Unterschiede: Es wird von einem Gelangen in eine typischerweise für den Empfang bereitgehaltene Einrichtung ausgegangen.¹⁴¹ Dies ist auch dann der Fall, wenn ein von dem Empfänger zur Entgegennahme bestimmter Dritter die Erklärung erhält.¹⁴² Sinn und Zweck der Voraussetzung des Machtbereichs liegt darin, dass der Empfänger ohne Einflüsse Dritter, die er nicht zur Empfangnahme bestimmt hat, die Erklärung zur Kenntnis nehmen können soll.¹⁴³

Letztlich steht auch hinter diesem Merkmal der Gedanke einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Empfänger und Absender: Nach dem Wortlaut des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB, der von "zugeht" spricht, soll der Erklärende das Übermittlungsrisiko tragen bis die Willenserklärung in die ausschließliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist.¹⁴⁴ Der Machtbereich ist also der Bereich, für den der Empfänger verantwortlich ist.¹⁴⁵

Bei einem Brief konnte auf einen räumlichen Machtbereich, den Briefkasten des Empfängers, abgestellt werden.¹⁴⁶ Bei der elektronischen Willenserklärung ist dies

¹³⁹ BGHZ 67, 271, 275; 137, 205, 208; NJW-RR 1989, 757, 758; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn.105), § 130 Rn. 17 ff.; *Staudinger*¹³-*Dilcher* (Fn.43), § 130 Rn. 21; *Dietrich*, K & R 2002, 138, 140; *Nowak*, MDR 2001, 841; *Ultsch*, NJW 1997, 3007.

¹⁴⁰ RGZ 50, 191, 194.

¹⁴¹ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn.105), § 130, Rn. 17; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 231; *Dietrich*, K & R 2002, 138, 140; *Ultsch*, DZWir, 1997, 466, 468; *Dilcher*, AcP 154 (1954) 120 ff.

¹⁴² RGZ 50, 191, 194; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 9; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 231; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) Rn. 274; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches² (1996) Rn. 733; *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen (1984) 108 ff.

¹⁴³ *Dietrich*, K & R 2002, 138, 140.

¹⁴⁴ *Dietrich*, K & R 2002, 138, 140.

¹⁴⁵ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5; *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140.

¹⁴⁶ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5, 6.

anders. Gerade bei der E-Mail ist es höchst umstritten, wo in der Übertragungskette der Verantwortungsbereich des Empfängers anfängt und der des Absenders aufhört: In Betracht kommt zum einen die Speicherung auf dem Rechner des Empfängers¹⁴⁷ zum anderen die Speicherung im Empfängerbriefkasten beim Provider¹⁴⁸.

(1) Der Rechner als Machtbereich des Empfängers

Für die erste Ansicht wird angeführt, dass erst im Zeitpunkt der Speicherung der E-Mail auf dem Rechner des Empfängers diese räumlich gesehen in den Machtbereich des Empfängers gelange. Solange die E-Mail noch beim Provider in der Mailbox des Empfängers gespeichert sei, habe der Empfänger keine Verfügungsgewalt über die Nachricht.¹⁴⁹ Um die Meinung zu stützen, wird der Vergleich mit der Niederlegung eines Briefes bei der Post angeführt. In diesem Beispiel werde lediglich ein Benachrichtigungszettel in dem Briefkasten des Empfängers hinterlegt und der Brief einige Zeit für den Empfänger zur Abholung im zuständigen Postamt hinterlegt. Der Empfänger erlange erst mit Abholung die Verfügungsgewalt über die in dem Brief verkörperte Erklärung. Dies sei heute allgemein anerkannt.¹⁵⁰ Bei der E-Mail werde die Erklärung bei dem Provider hinterlegt, ohne dass dem Empfänger eine Anzeige hierüber erreiche, er also davon Kenntnis erlange. Daher wird in einem Erst-Recht-Schluss davon ausgegangen, dass die Erklärung erst mit Abrufen durch den Empfänger in den Machtbereich desselben gelange.¹⁵¹ Der Provider könne nicht als Empfangsbote des Empfängers angesehen werden, da er nicht zu diesem von dem Empfänger bestimmt worden sei. In der Einrichtung einer Mailbox bei dem jeweiligen Provider könne keine derartige Bestimmung gesehen werden, da dies lediglich eine technisch notwendige Voraussetzung für den E-Mail-Verkehr sei.¹⁵² Schließlich setze die Definition des Machtbereichs die Verfügungsgewalt des Empfängers über die Nachricht voraus. Diese sei jedoch solange nicht gegeben, solange die Nachricht beim Provider gespeichert sei, da dieser den Empfänger jederzeit vom Zugriff auf die

¹⁴⁷ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140; *Herwig*, MMR 2001, 145, 146.

¹⁴⁸ *Palandt*⁶⁵-*Heinrich* (Fn. 37), § 130 Rn. 7; *Härting*, K&R 2001, 310, 313; *Gaertner/ Gierschmann*, DB 2000, 1601, 1602; *Waldenberger*, K&R 1999, 345, 348; *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁴⁹ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140; *Herwig*, MMR 2001, 145, 146.

¹⁵⁰ RGZ 144, 289, 292 f.; BGHZ 67, 275; VGH Kassel, NJW 1968, 1979, 1980; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130n Rn. 7; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn.105), § 130 Rn. 21; *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140.

¹⁵¹ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140.

¹⁵² *Dietrich*, K&R 2002, 138, 141.

Erklärung ausschließen könne.¹⁵³ Gerade bei Mobilfunk Providern, merkt Dietrich an, sei es nicht selten, dass diese wegen Bagatellforderungen den Zugang zum Account als Folge der Ausübung ihres Zurückbehaltungsrechtes sperrten. Für ihn sei das Insolvenz- und Zurückhaltungsrisiko des Providers für den Empfänger zu groß.¹⁵⁴ Auf welcher Basis er diese Erfahrungen gemacht hat, erklärt er jedoch nicht. Im Übrigen sei eine wertende Betrachtung über die Verteilung des Verlust- und Verzögerungsrisikos auf dem Transportweg im Rahmen des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht möglich. Dieser weise die Risiken eindeutig dem Erklärenden zu.¹⁵⁵ Da es grundsätzlich keine Mitwirkungspflicht an der Zustellung gebe,¹⁵⁶ könne es auch nicht darum gehen, wer das Risiko des Untergangs beim Provider eher beherrschen könne.¹⁵⁷

Für die SMS würde diese Ansicht Folgendes bedeuten: Führt man sich den Übertragungsvorgang der Kurzmitteilung vor Augen, so müsste korrespondierend zum Computer des Empfängers die Mobilfunkstation als Machtbereich in der Übertragungskette angesehen werden. Bei der E-Mail muss der Empfänger seinen Computer einschalten, sich in das Internet einloggen, den Provider anwählen und seine Mailbox abrufen. Mit dem Abruf der E-Mails gelangen diese endgültig auf dessen Computer. Erst dann hat der Empfänger nach der vorliegenden Ansicht ungestörten Zugang zu der Nachricht. Beim Verschicken einer SMS gelangt diese vom Handy des Absenders zu dem SMSC seines Diensteanbieters. Dann gelangt sie über Festnetzleitungen zum SMSC des Diensteanbieters des Empfängers und wird dort zwischengespeichert. Von hier wird sie zu dessen SIM-Karte, sobald eine Verbindung zu der Mobilfunkstation aufgenommen werden kann, geschickt und dort gespeichert. Nur wenn der Empfänger seine Mobilfunkstation eingeschaltet, seine PIN eingegeben und die Mobilfunkstation sich beim Mobilfunknetz erfolgreich angemeldet hat, kann eine Übertragung von dem SMSC an die Mobilfunkstation des Empfängers erfolgen. Erst mit diesem letzten Schritt kann der Empfänger ohne störenden Einfluss Dritter die SMS wahrnehmen. Solange sich nämlich die SMS bei dem Diensteanbieter des Empfängers befindet, hat der Empfänger noch keine alleinige tatsächliche Zugriffsmöglichkeit. Er ist auf die Mitarbeit des Diensteanbieters angewiesen, um

¹⁵³ So schon zu Btx: *Paefgen*, JuS 1988, 592, 594; zur E-Mail: *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140.

¹⁵⁴ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140, Fn. 24.

¹⁵⁵ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 140.

¹⁵⁶ Vgl. BGHZ 67, 271, 278.

Kenntnis von der SMS zu erlangen. Weigert sich dieser, die SMS zu übertragen, besteht für den Empfänger keine tatsächliche Möglichkeit, von dem Inhalt der Nachricht Kenntnis zu erlangen.

(2) Der elektronische Briefkasten als Machtbereich des Empfängers

Die herrschende Meinung zählt hingegen den elektronischen Briefkasten zu dem Machtbereich des Empfängers,¹⁵⁸ allerdings nur dann, wenn der Empfänger diese Mailbox für den Empfang geschäftlicher E-Mails gewidmet hat.¹⁵⁹ Hierbei wird berücksichtigt, dass die E-Mail eher als privates Kommunikationsmittel eingesetzt wird. Der alleinige Anschluss an ein Netz wird nicht als ausreichend angesehen.¹⁶⁰ Hierbei wird meist zwischen Geschäftsleuten und Privaten unterschieden. Bei Geschäftsleuten wird eine Widmung schon dann angenommen, wenn diese ihre E-Mail-Adresse bekannt geben, etwa auf Visitenkarten.¹⁶¹ Bei Privaten wird teilweise ein ausdrückliches Zulassen des Geschäftsverkehrs gegenüber dem konkreten Geschäftspartner verlangt.¹⁶²

Dieser Widmungsakt ist auch gleichzeitig ein Argument für die Annahme, dass die Mailbox zum Machtbereich des Empfängers zu zählen ist. Bei der informationstechnischen Übermittlung von Erklärungen lässt sich eine Festlegung des Machtbereichs des Empfängers nach räumlichen Kriterien nicht mehr angemessen bewältigen. Es kommt vielmehr auf den Zeitpunkt der dauerhaften Verfügbarkeit

¹⁵⁷ *Dietrich*, K&R 2002, 138, 141.

¹⁵⁸ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn.7a; *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 453; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 249; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 251; *Baetge*, in: *Kaminski/ Henseler/ Kolaschnik/ Papatoma*, Rechtshandbuch E-Business (2002) 196; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn.101), § 130 Rn. 2; *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 372; *Härtig*, K&R 2001, 310,313; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1804; *Gaertner/ Gierschmann*, DB 2000, 1601, 1602; *Fringuelli/ Wallhäuser*, CR 1999, 97; *Ultsch*, DZWIR 1997, 466, 468; ders. NJW 1997, 3007; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 166; ders. BB 1997, 1057; *Fritzemeyer/ Heun*, CR 1992, 129, 139.

¹⁵⁹ *Terlau/ Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 453; *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 401; *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 368; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1804; *Ultsch*, NJW 1997, 3007.

¹⁶⁰ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 401.

¹⁶¹ *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 453; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 251; *Baetge*, in: *Kaminski/ Henseler/ Kolaschnik/ Papatoma*, Rechtshandbuch E-Business (2002) 196; *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 368; *Vehslage*, DB 2000, 1801, 1804; *Ultsch*, DZWIR 1997, 466, 468; ders. NJW 1997, 3007.

¹⁶² *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 368; a.A. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 408; *Mehring*, in *Hoeren/ Sieber*, Kap. 13.1. Rn. 76: Sie halten eine Unterscheidung zwischen privater und geschäftlicher E-Mail im Interesse des Verkehrsschutzes für nicht durchführbar. Wer seine E-Mail-Adresse öffentlich bekannt gebe, müsse auch mit dem Eingang geschäftlicher E-Mails rechnen.

durch den Empfänger an.¹⁶³ Der Empfänger soll in die Lage versetzt werden, die Nachricht mehrmals aufzurufen und wahrzunehmen.¹⁶⁴ Der elektronische Briefkasten befindet sich im räumlichen Herrschaftsbereich des Providers. Diesem ist es natürlich, wie die Gegenmeinung richtig anmerkt, jederzeit möglich, den Zugang zu verwehren. Trotzdem ist es aufgrund einer Risikobereichszuweisung sachgerecht, den elektronischen Briefkasten dem Machtbereich des Empfängers zuzurechnen. Gerade wenn man sich den Sinn und Zweck des Definitionsmerkmals "Machtbereich" in Erinnerung ruft: Hiermit soll eine angemessene Risikoverteilung zwischen Empfänger und Erklärendem im Kommunikationsvorgang vorgenommen werden.¹⁶⁵ Der Empfänger allein hat Einfluss auf die Wahl seines Providers. Nur ihm und nicht dem Erklärenden ist es möglich, den Provider im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses zu einer störungsfreien und zuverlässigen Übertragung der elektronischen Nachrichten zu bestimmen.¹⁶⁶ Für die Zurechnung des E-Mail-Accounts zum Empfänger spricht auch, dass es ausschließlich in den Risikobereich des Empfängers fällt, ob er die Nachricht vom Provider abrufen oder nicht.¹⁶⁷ Außerdem ist der Vergleich zwischen dem Zugang eines Briefes, der bei einem Postamt hinterlegt wird, und dem Zugang einer E-Mail, die im elektronischen Postfach beim Provider zum Abruf für den Empfänger gespeichert wird, von der Gegenmeinung nicht glücklich gewählt. Im ersten Fall wird die Willenserklärung gerade nicht in dem Machtbereich des Empfängers, also dem Briefkasten, hinterlegt. Dort wird nur ein Benachrichtigungszettel hinterlassen. Im Falle der E-Mail wird diese jedoch gänzlich in dem elektronischen Briefkasten des Empfängers gespeichert. Demnach liegt ein Vergleich mit einem Postfach bei der Post näher. Dort wird der Zugang mit Einlegen des Briefes in das Postfach angenommen.¹⁶⁸ Eine Stütze findet die herrschende Meinung auch in § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB, der Art. 11 EC-RL umsetzt. Art. 11 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich EC-RL spricht davon, dass eine Bestellung und eine Empfangsbestätigung im elektronischen Rechtsverkehr dann bei dem Empfänger eingehen, wenn dieser sie abrufen kann. Hierin kann durchaus eine

¹⁶³ Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation (1991) 46.

¹⁶⁴ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) Rz. 274; Kaiser/ Voigt, K&R 1999, 445, 447.

¹⁶⁵ Dietrich, K & R 2002, 138, 140.

¹⁶⁶ Holzbach/ Süßenberger, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 422; zu Btx: OLG Köln, NJW 1990, 1608, 1609.

¹⁶⁷ Palandt⁶⁵-Heinrich (Fn.37), § 130 Rn. 7; Härting, K&R 2001, 310, 313; Gaertner/ Gierschmann, DB 2000, 1601, 1602; Waldenberger, K&R 1999, 345, 348; Ultsch, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁶⁸ MüKo⁴-Förschler(Fn.105), § 130 Rn. 13 mwN.

Zuweisung der Mailbox zum Empfangsbereich gesehen werden, da auf die Abrufbarkeit und nicht auf den Abruf abgestellt wird.¹⁶⁹ Im übrigen ändert die Ansicht der herrschenden Meinung nichts an der Verteilung des Transportrisikos: Der Absender trägt weiterhin das Risiko der Übertragung, jedoch nur bis zum Eingang in die vom Empfänger vorgesehene Empfangsvorrichtung, dem elektronischen Briefkasten. Einen Verlust vor Erreichen dieser Vorrichtung geht nach herrschender Meinung weiterhin zu Lasten des Erklärenden.¹⁷⁰

Für die SMS bedeutet die herrschende Meinung, dass diese bereits dann in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, wenn sie im SMSC des Empfängers zwischengespeichert worden ist. Zwar handelt es sich bei der Übertragung der SMS anders als bei der E-Mail nicht um eine Abrufspeicherung, sondern um eine Direktübermittlung, trotzdem können die soeben dargestellten Überlegungen zur E-Mail herangezogen werden.¹⁷¹ Hierbei sind insbesondere die Argumente besonders treffend, die besagen, dass der Empfänger sich den bedienenden Dienstleister ausgesucht hat und nur er allein über vertragliche Ansprüche auf die Übertragung der SMS auf seine Mobilfunkstation einwirken kann.

Folgt man bei der SMS der herrschenden Meinung, ist besonders auf die Widmung des SMSC als Empfangseinrichtung zu achten. Während zumindest bei Geschäftsleuten eine vergleichbare Widmung der Mailbox bereits in der öffentlichen Bekanntgabe der E-Mail-Adresse auf Visitenkarten oder ähnlichem gesehen wird, kann dies bei der SMS nicht so einfach angenommen werden. Grund dafür ist, dass der Empfänger Kurzmitteilungen nur unter derselben Telefonnummer empfangen kann, unter der er auch telefonisch erreichbar ist. Da, wie bereits bei der Abgabe beschrieben,¹⁷² es heutzutage noch nicht üblich ist, geschäftliche Kontakte per SMS zu pflegen, ist eine explizite Widmung gegenüber dem Geschäftsverkehr oder dem konkreten Geschäftspartner zu verlangen. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass auf einer Visitenkarte eines Geschäftsmannes etwa der Zusatz "gerne auch per SMS" hinter die Mobilfunknummer gedruckt wird oder etwa durch öffentliche Werbung damit, dass geschäftliche Kontakte per SMS möglich sind. Diese Einschränkung gilt erst recht für den privaten Empfänger. Dieser kann nur mit seinem direkten Geschäftspartner

¹⁶⁹ So auch *Schneider*, K&R 2001, 344, 341, Fn. 41.

¹⁷⁰ Vgl. *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 369; *Nowak*, MDR 2001, 841, 842; *Ultsch*, NJW 1997, 3007.

¹⁷¹ So zur Direktübermittlung bei E-Mails: *Holzenbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 425.

vereinbaren, dass geschäftliche Kontakte über SMS möglich sein sollen. Hierbei ist zu fordern, dass dies wegen der Unüblichkeit für jedes einzelne Rechtsgeschäft erneut vereinbart werden muss. Der private Empfänger kann die Widmung dem konkreten Geschäftspartner gegenüber ausdrücklich vornehmen oder konkludent, indem er mit dem Geschäftspartner per SMS geschäftlichen Kontakt aufnimmt, beziehungsweise auf eine geschäftliche SMS in gleicher Form antwortet. In diesem Verhalten liegt dann ein eindeutiges Signal für ein Zulassen des geschäftlichen Kontakts per SMS mit der Konsequenz, dass das SMSC als Empfangseinrichtung gewidmet wird.

Dies bedeutet letztlich, dass mit Speicherung bei dem SMSC des Diensteanbieters des Empfängers eine Verfügungsgewalt über die SMS des Empfängers anzunehmen ist. Bei Berücksichtigung des weiteren normativen Merkmals der Kenntnisnahmemöglichkeit heißt das, dass erst im Zeitpunkt der Speicherung im SMSC der früheste Zeitpunkt des Zugangs liegen kann. Ob es sich hierbei um eine angemessene Risikoverteilung zwischen Absender und Empfänger handelt, wird später noch zu untersuchen sein. Zunächst soll jedoch versucht werden, den Zeitpunkt der möglichen Kenntnisnahme zu bestimmen.

bb. Möglichkeit der Kenntnisnahme

Ist nun geklärt, wo der Machtbereich des Empfängers beginnt, muss im Folgenden bestimmt werden, wann von einer Kenntnisnahme des Empfängers ausgegangen werden kann. Der Begriff des Zugangs setzt nach der Empfangstheorie, die dem § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB zugrunde liegt, nicht voraus, dass der Empfänger tatsächlich Kenntnis von der Willenserklärung erlangt, sondern dass ihm eine Kenntnisnahme möglich ist. Damit soll verhindert werden, dass der Zugangszeitpunkt allein von dem Empfänger abhängt.¹⁷³

Der Zugangszeitpunkt wird danach bestimmt, wann nach der Verkehrsanschauung mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist.¹⁷⁴

Bei gewöhnlichen Briefen wird der Zeitpunkt zugrunde gelegt, in dem mit einer

¹⁷² S.o., S.39.

¹⁷³ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130, Rn. 5; *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 371; *John*, AcP 184 (1984), 384, 395.

¹⁷⁴ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 130, Rn. 5; *Thot/ Gimmy*, in *Kröger/ Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 9; *MüKo*⁴-*Förschler* (Fn. 105), § 130, Rn. 10, m.w.N.; *Nowak*, MDR 2001, 841, 842; *Kaiser/ Voigt*, K&R 1999, 445, 447; *Ernst*, NJW-CoR 3/ 97, 165, 166; *Heun*, CR 1994, 595, 598 f..

Briefkastenleerung durch den Empfänger zu rechnen ist.¹⁷⁵ Dieser richtet sich danach, wann normalerweise die Post am Ort des Empfängers ausgetragen wird und der Empfänger diese an sich nimmt.¹⁷⁶ Hierbei wird aus Gründen der Rechtssicherheit auf einen generalisierten Empfänger abgestellt und nicht auf den individuellen.¹⁷⁷

Es kommt nicht auf die Einwurfzeit des Briefes an, sondern auf die verkehrsübliche Leerung des Briefkastens. Während bei dem Briefverkehr bereits auf eine gewisse Verkehrsübung zurückgegriffen werden kann, auch wenn selbst in diesem Bereich die übliche Uhrzeit der Leerung des Briefkastens umstritten ist,¹⁷⁸ kann im elektronischen Geschäftsverkehr mangels langjähriger Übung noch nicht von einer Verkehrsüblichkeit gesprochen werden. Besonders erschwerend kommt hinzu, dass der elektronische Rechtsverkehr eine theoretische Kenntnisnahmemöglichkeit unmittelbar nach der Übertragung bietet, was bei der postalischen Versendung von Briefen nicht gegeben ist. Trotz der schnellen Übertragungsgeschwindigkeit von elektronischen Willenserklärungen wird von der herrschenden Meinung auch hier versucht, auf die Üblichkeit abzustellen.¹⁷⁹ Es kommt dann darauf an, wann nach den von dem Empfänger im allgemeinen getroffenen Vorkehrungen und der Verkehrssitte mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹⁸⁰ Da sich im elektronischen Geschäftsverkehr jedoch noch keine Verkehrsüblichkeit bezüglich der Abrufgewohnheiten eingestellt hat, werden recht unterschiedliche Meinungen zum Zugangszeitpunkt innerhalb der herrschenden Meinung vertreten.¹⁸¹ Auch ist es gerade nicht möglich, sich - wie bei der Briefpost - an den Austragungszeiten der Post zu orientieren.¹⁸² Bei der Bestimmung des Zeitpunktes wird prinzipiell zwischen der Nutzung im geschäftlichen und im privaten Bereich unterschieden.

¹⁷⁵ BGH, MDR 1980, 573; Nowak, MDR, 2001, 841.

¹⁷⁶ Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 130 Rn. 6; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 475; Staudinger¹³-Dilcher (Fn. 43), § 130 Rn. 30.

¹⁷⁷ Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 130 Rn. 7; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 475.

¹⁷⁸ Vgl. zum Meinungsstand: Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 130 Rn. 6.

¹⁷⁹ Mankowski, Beseitigungsrechte (2003) 92, insbesondere für Privatpersonen; Nowak, MDR 2001, 841, 842.

¹⁸⁰ RGZ 99, 20, 23; 142, 402, 407; 144, 289, 292; BAG, JZ 1989, 295; Palandt⁶⁵-Heinrichs(Fn.37), § 130, Rn. 5 f.; MüKo⁴-Förschler (Fn.105), § 130 Rn. 10; Staudinger¹³-Dilcher (Fn.43), § 130 Rn. 21, 25, 59; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) 107; Fritzsche/Malzer, DNotZ 3, 12.

¹⁸¹ Vgl. auch Schneider, K&R 2001, 344, 347.

¹⁸² Taupitz/ Kritter, JuS 1999, 839, 842.

(1) Geschäftsleute

Eine Meinung stellt auf die hergebrachten Erfahrungen beim Briefverkehr ab und besagt, dass der Absender eine Kenntnisnahme der Nachricht dann annehmen darf, wenn sie während der Geschäftszeiten eingehe.¹⁸³ Eine Willenserklärung die nach den Geschäftszeiten die Empfangsvorrichtung erreiche, gelte als am nächsten Tag zu den Geschäftszeiten zugegangen.¹⁸⁴ Der Empfänger, der einen elektronischen Briefkasten/ ein Faxgerät und die Adresse dem Geschäftsverkehr eröffne, müsse dafür Sorge tragen, dass ihn geschäftliche Nachrichten, wie vom Absender erwartet, alsbald erreichen.¹⁸⁵ Der genaue Zeitpunkt des Zugangs hänge unter anderem davon ab, wie oft der elektronische Briefkasten geleert, das Faxgerät auf Nachrichten überprüft werden müsse: Nach einer Ansicht müsse dies mehrmals am Tag geschehen,¹⁸⁶ nach der Gegenansicht ein-¹⁸⁷ bis zweimal täglich, etwa zu Beginn und zum Ende der Geschäftszeiten.¹⁸⁸

Eine weitere Auffassung geht davon aus, dass während der Geschäftszeiten die elektronische Nachricht sofort zugehe.¹⁸⁹ Hierfür wird angeführt, dass derjenige, der eine Empfangseinrichtung für elektronische Erklärungen im Geschäftsverkehr einsetze, dies gegen sich gelten lassen müsse. Schließlich bestehe nach den normalen Verhältnissen eine sofortige Kenntnisnahmemöglichkeit.¹⁹⁰

Es wird auch vertreten, dass sogar bei Eingang in die Empfangsvorrichtung außerhalb der Geschäftszeiten mit sofortiger Kenntnisnahme zu rechnen sei. Der Geschäftsmann, der sein Faxgerät außerhalb der Geschäftszeiten eingeschaltet lasse, akzeptiere den Eingang zu jedem Zeitpunkt.¹⁹¹ Hiergegen wird eingewandt, dass das Bereithalten eines Faxgerätes auch zur Nachtzeit dem Absender die Möglichkeit geben solle, die

¹⁸³ BGH, VersR 1994, 586; Nowak, MDR 2001, 841, 842; *Mehring*s, MMR 1998, 30, 33; *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁸⁴ OLG Rostock, NJW-RR 1998, 526; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 130 Rn. 7; *Staudinger*¹³-*Dilcher* (Fn. 43), § 130 Rn. 41; *Erman*¹¹-*Brox* (Fn.81), § 130, Rn. 9; *Nowak*, MDR 2001, 841, 842; *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93, 99; *Mehring*s, MMR 1998, 30, 33; *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁸⁵ *Scherer/Butt*, DB 2000, 1009, 1013; *Kaiser/Vogt*, K&R 1999, 445, 447; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165, 166; *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997, 1821, 1822; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3, 12; *Ebnet*, NJW 1992, 2985, 2990.

¹⁸⁶ Vgl. *Nowak*, MDR 2001, 841, 842.

¹⁸⁷ *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁸⁸ *Thot/Gimmy*, in: *Kröger/Gimmy*, Handbuch zum Internet-Recht² (2002) 9; *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 369; *Heun*, CR 1994, 595, 599.

¹⁸⁹ BGHZ 67, 271, 275; AG Frankfurt, NJW-RR 1993, 1332; *Scherer*, DB 2000, 1009, 1013; *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445, 447; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839, 842; *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997, 1821, 1822; *Daumke*, ZIP 1995, 725; *Ebnet*, NJW 1992, 2990.

¹⁹⁰ *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445, 447; *Daumke*, ZIP 1995, 725; *Ebnet*, NJW 1992, 2990.

günstigen Nachttarife für die Übermittlung zu nutzen. Ein Akzeptieren des Eingangs zu jedem Zeitpunkt mit der damit verbundenen sofortigen Wirksamkeit könne nicht angenommen werden.¹⁹²

Die Pflicht zur Leerung des elektronischen Briefkastens mehrmals am Tag könne damit begründet werden, dass der elektronische Rechtsverkehr gerade den Sinn habe, einen schnellen Informationsaustausch zu gewährleisten. Außerdem könne ein Rechner so eingestellt werden, dass die Ankunft einer E-Mail mit einem Signalton verbunden werde.¹⁹³

Gegen die Pflicht zur ständigen Leerung, immer dann wenn ein Signalton erklingt, wird das Argument der Unzumutbarkeit angeführt. Ein Geschäftsmann nutze seinen Computer auch zu anderen Zwecken als nur zum Empfang von E-Mails. Es könne von ihm nicht erwartet werden, dass er ständig seine Arbeitsabläufe unterbreche, nur um von einer E-Mail Kenntnis zu erlangen.¹⁹⁴ Demnach sei bei der Übertragung von Willenserklärungen per E-Mail im Geschäftsverkehr davon auszugehen, dass die E-Mail bei zweimaliger Leerung des elektronischen Briefkastens zwar grundsätzlich am selben Tag eingehe, wenn sie nicht kurz vor Geschäftsschluss gespeichert werde, jedoch nicht in dem Moment, in dem sie im Postfach gespeichert werde.¹⁹⁵ Diejenigen, die nur eine einmalige Leerung wie bei der Briefpost annehmen, gehen davon aus, dass die E-Mail grundsätzlich am nächsten Tag zugehe.¹⁹⁶ Dies gelte jedoch dann nicht, wenn sie vor dem Zeitpunkt der Überprüfung den Empfänger erreiche: dann gehe sie noch am selben Tag zu.¹⁹⁷

(2) Privatpersonen

Bei Privatpersonen wird teilweise angenommen, dass eine ständige Kontrolle nicht zumutbar sei, so dass prinzipiell von einem Zugang am nächsten Tag ausgegangen wird.¹⁹⁸

Nach einer anderen Ansicht wird bei einem Fax von einer sofortigen Kenntnisnahme

¹⁹¹ *Ebnet*, JZ 1996, 507, 512.

¹⁹² *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997, 1821, 1822.

¹⁹³ Vgl. *Nowak*, MDR 2001, 841, 842.

¹⁹⁴ *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 369.

¹⁹⁵ *Dörner*, AcP 202 (2002) 363, 369.

¹⁹⁶ *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008.

¹⁹⁷ Vgl. zur Parallellproblematik bei der E-Mail: *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.33), § 130, Rn. 5 m.w.N.

¹⁹⁸ *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445, 447; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839, 842; *Ernst*, BB 1997, 165, 166;

ausgegangen, wenn der Ausdruck beendet sei, da dann eine Wahrnehmung durch die Privatperson möglich sei.¹⁹⁹

Wie bereits oben angedeutet, werden höchst unterschiedliche Meinungen zum möglichen Zugangszeitpunkt vertreten. Oft unterscheiden sie sich nur in Nuancen. Letztlich wird versucht, ein verkehrsbliches Verhalten des Empfängers festzulegen, welches zur Zeit noch nicht besteht, aber als richtig von dem jeweiligen Vertreter einer Meinung angesehen wird.

(3) Bedeutung für den Zugangszeitpunkt der SMS

Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Überlegungen zum Telefax und zur E-Mail unter Berücksichtigung der Besonderheiten der SMS-Übertragung für eine mögliche Bestimmung des Zugangszeitpunktes der SMS herangezogen werden.

Auszugehen ist hierbei zunächst davon, dass der frühestmögliche Zeitpunkt der Kenntnisnahme im Einklang mit der herrschenden Meinung, die Speicherung im SMSC des Empfängers sein kann.

Eine SMS kann vom SMSC des Empfängers erst übertragen werden, wenn die Mobilfunkstation im Mobilfunknetz angemeldet ist, sie also eingeschaltet und empfangsbereit ist. Nach der Übertragung durch das SMSC ertönt mit Eingang der SMS auf der Mobilfunkstation, wenn diese Funktion nicht am mobilen Endgerät ausgestellt wurde, ein Signal. Es erscheint eine Schriftmitteilung auf dem Display, dass eine Kurzmitteilung erhalten wurde.

Es stellen sich also drei Fragen: Wann muss ein Empfänger seine Mobilfunkstation empfangsbereit halten? Wie oft muss er das Gerät auf den Empfang einer Kurzmitteilung hin überprüfen? Muss hierbei zwischen Geschäftsleuten und privaten Nutzern unterschieden werden?

Die letzte Frage ist zu verneinen: Da sowohl der Geschäftsmann als auch der Privatmann sein mobiles Endgerät prinzipiell ständig bei sich führen kann, ist eine Unterscheidung zwischen diesen nicht zu rechtfertigen. Beim Zugang von Fax und E-Mail war eine solche Unterscheidung sinnvoll, da sich bei Geschäftsleuten das erforderliche Faxgerät oder der Computer im Büro befindet, bei Privatpersonen zu Hause.

ders., NJW- CoR 1997, 165, 166.

Zu den beiden anderen Fragen sind folgende Überlegungen zu berücksichtigen: Ein mobiles Endgerät hat den Vorteil, dass dessen Nutzer quasi stets erreichbar sein kann. Dies macht gerade den Unterschied zu einem ortsfesten Computer aus. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass der Empfang aufgrund der technischen Gegebenheiten nicht an jedem Ort möglich ist. Auch ist daran zu denken, dass die Mobilfunkstation nicht überall eingeschaltet sein darf, man denke an Krankenhäuser, Tankstellenbereiche, Flugzeuge oder Orte, wo eine Lärmstörung durch Nutzung des Gerätes verhindert werden soll: Bibliotheken, Kinos, Theater. Aus diesen Gründen kann nicht von einer Pflicht des ständigen Angemeldetseins im Mobilfunknetz ausgegangen werden. Demnach könnte die erste Frage in der zweiten aufgehen. Die Überprüfung des Gerätes auf Kurzmitteilungen setzt nämlich ein Einschalten voraus.

Die zum Telefax und zur E-Mail angestellten Überlegungen gehen vom sofortigen Zugang bei Eingang in der Empfangsvorrichtung, über unterschiedliche Zeitpunkte am Tag, bis zur Annahme des Zugangs am Folgetag aus. Letztlich vermag keine der Ansichten zu überzeugen: Die Meinungen, die eine mehrmalige Überprüfung des Empfangsgerätes auf den Eingang von elektronischen Nachrichten fordern, wirken ohne eine gesetzliche Grundlage, die bestimmte Zeitpunkte vorschreibt, willkürlich. Sie würden auch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Geschäftsverkehr führen. Niemand könnte vorhersehen, wann der Richter in einem Rechtsstreit den angemessenen Abrufzeitpunkt annimmt. Gerade im mobilen Rechtsverkehr mit den oben beschriebenen Empfangsschwierigkeiten ist die Bestimmung eines Zeitpunktes, wann ein mobiles Endgerät eingeschaltet und empfangsbereit gehalten werden muss, kaum möglich. Es gibt gerade nicht die typische Zeit der Erreichbarkeit. Je nach Person oder Berufsgruppe kann eine Erreichbarkeit während der Geschäftszeiten nicht gegeben sein. Man denke an den Arzt, der im Krankenhaus arbeitet, den Geschäftsherrn, der ständig im Zug unterwegs ist und so sich des öfteren in Funklöchern befindet. Diese Aufzählung lässt sich beliebig fortführen und verdeutlicht, dass eine Festlegung bestimmter Zeitpunkte zur Überprüfung, ob Kurzmitteilungen angekommen sind, willkürlich wäre.

Die Ansicht, die auf den Zugang am nächsten Tag abstellt, rührt noch von der alten Vorstellung der postalischen Übertragung von Erklärungen her. Diese Meinung ist

¹⁹⁹ *Daumke*, ZIP 1995, 722, 725; *Ebnet*, NJW 1992, 2985, 2990.

jedoch nicht im E-Commerce und erst recht nicht im M-Commerce angemessen. Der elektronische Geschäftsverkehr steht gerade für Schnelligkeit und Kurzfristigkeit. Bei ihm ist es möglich, Fristen innerhalb eines Tages zu setzen, was bei postalischer Übertragung aufgrund der Austragungszeiten der Post nicht denkbar ist. Dieser Vorteil würde bei einer Zugangsbestimmung generell am nächsten Tag zunichte gemacht werden.

Um weder zu willkürlichen Entscheidungen zu kommen noch die Vorteile des M-Commerce/ E-Commerce zu behindern, müsste an sich der Meinung gefolgt werden, die den Zugang bereits mit Vollendung der Speicherung im Empfangsgerät annimmt. Begründet wird diese Meinung damit, dass der eigentliche Sinn des Zugangs darin bestehe, die Risikoverteilung des Verlusts, der Verspätung und der Verstümmelung der Willenserklärung während des Transportes vorzunehmen. Hierbei sei es sachgerecht, die Risiken dem zuzurechnen, in dessen Sphäre sie sich verwirklichten.²⁰⁰ Der Erklärende trage dabei die Risiken bis zum Eingang in die Sphäre des Empfängers. Jedoch sei eine abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verlangen. Dafür reiche der bloße Eingang der Signale in der Empfangseinrichtung nicht aus. Diese müssten vielmehr auch gespeichert werden.²⁰¹

In neuerer Zeit wird jedoch noch ein anderer Zeitpunkt als möglicher Zugangszeitpunkt vorgeschlagen: Der Zeitpunkt in dem die Möglichkeit der Speicherung in der Empfangseinrichtung gegeben ist.²⁰²

(4) Zugang schon bei Möglichkeit der Speicherung

Man führe sich noch einmal den Sinn und Zweck des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB vor Augen: Mit ihm soll ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Absenders und denen des Empfängers geschaffen werden. Der Empfänger möchte von der Willenserklärung bevor sie wirksam wird Kenntnis erlangen. Der Absender

²⁰⁰ Vgl. *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 414 f; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches⁹ (2004) 473, 475; *Soergel¹³-Hefermehl* (Fn.43), § 130 Rn. 2, 8; *Burgard*, AcP 195 (1995) 74, 94; *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen (1984) 25.

²⁰¹ *Holzbach/ Süßenberger*, in: *Moritz/ Dreier* Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 417; *Brinkmann*, Willenserklärung, S. 37.

²⁰² *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 401; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 104; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 148; *Köhler*, AcP 182, (1982), 126, 140; vgl. auch obiter dictum des BGH, NJW 1995, 665, 667.

möchte eine möglichst schnelle Wirksamkeit bewirken.²⁰³ Die Risiken, die bei der modernen Form der Übermittlung im Verhältnis zum robusten System Mensch-Briefkasten auftreten, haben sich geändert: Heute steht hinsichtlich des Transportes nicht mehr die Gefahr der Verzögerung im Vordergrund. Vielmehr bestehen andere Gefahren, die sich aus der technischen Übertragung der Erklärung ergeben: Es besteht das Risiko der Veränderung, der Zerstörung, des Bruchs der Vertraulichkeit, das Kompatibilitätsrisiko und das der technischen Funktionsfähigkeit der Sende- und Empfangseinrichtungen.²⁰⁴ Gerade das letztgenannte Risiko zeigt, dass bei der elektronischen Kommunikation der Absender darauf angewiesen ist, dass die Empfangseinrichtung, die zumindest im rechtlichen Einwirkungsbereich des Empfängers liegt,²⁰⁵ störungsfrei funktioniert. Dem Absender wird bei der elektronischen Kommunikation mittels SMS und E-Mail durch den Empfänger vorgegeben, welches weiteren Diensteanbieters - neben seinem eigenen - er sich bei der Übertragung seiner elektronischen Willenserklärung zu bedienen habe. Dies führt zu der Frage, ob es nicht gerechter wäre, wenn der Risikoübergang auf den Zeitpunkt der Möglichkeit der Speicherung unter normalen Verhältnissen in der Empfangseinrichtung des Empfängers vorverlagert werden würde.²⁰⁶ Dann ginge es zu Lasten des Empfängers, wenn die Empfangseinrichtung nicht richtig funktionierte.

(a) Unvereinbarkeit mit § 312 e Absatz 1 Satz 1 BGB

Gegen diese Vorverlagerung des Zugangszeitpunktes wird eingewandt, dass dies nicht mit § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB, der Art. 11 Absatz 1 Spiegelstrich 2 EC-RL umsetzt, vereinbar sei.²⁰⁷ Dieses Argument wirkt auf den ersten Blick zutreffend, da der Wortlaut des § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB lautet: “Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Satz 1 Nr. 3 gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.” In der EC-RL in Art. 11 Absatz 1 Spiegelstrich 2 heißt es: “Bestellung und Empfangsbestätigung gelten als eingegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt

²⁰³ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 397.

²⁰⁴ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 400.

²⁰⁵ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 401.

²⁰⁶ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 401; *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 366; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 104; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 148; *Köhler*, AcP 182, (1982), 126, 140.

²⁰⁷ *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 371.

sind, sie abrufen können.”

Vergleicht man den Wortlaut der beiden Regelungen, fällt auf, dass in der EC-RL von “eingegangen” und in der deutschen Umsetzung von “zugegangen” gesprochen wird. Der deutsche Gesetzgeber ist also von der europäischen Vorgabe erheblich abgewichen. In der europäischen Richtlinie sollte augenscheinlich nur das technische Verfahren für den Vertragsschluss und nicht die materiellen Voraussetzungen hierfür geregelt werden.²⁰⁸ Auch ist der zweite Spiegelstrich nicht unabhängig von der Regelung des ersten Spiegelstrichs in Art. 11 Absatz 1 EC-RL zu sehen.²⁰⁹ Im Zusammenhang betrachtet, regelt also Art. 11 EC-RL die Pflicht zur unverzüglichen Empfangsbestätigung. Sollte hierin eine Zugangsregelung für elektronische Willenserklärungen liegen, hätte es systematisch nahe gelegen, diese für den Rechtsverkehr wesentliche Regelung in Art. 9 EC-RL zu regeln.²¹⁰ Außerdem hätte der europäische Gesetzgeber dann eine Kodifikation der Vernehmungstheorie bewirkt. Der europäische Gesetzgeber hat nämlich nicht, wie es der deutsche Gesetzgeber getan hat, die Worte “unter gewöhnlichen Umständen” eingefügt. Bei Gleichsetzung von “Eingang” mit “Zugang” würde es nach der EC-RL nicht mehr auf eine mögliche Kenntnisnahme ankommen.²¹¹

Offenbar ist in Art. 11 EC-RL also keine Zugangsregelung zu erblicken.²¹²

Der deutsche Gesetzgeber wollte mit § 312 e BGB die EC-RL umsetzen und der Vorschrift keine eigenständige Bedeutung bezüglich des Zugangsbegriffs zuweisen.²¹³ Dabei ging er davon aus, dass Art. 11 EC-RL eine Bestätigungspflicht des “Zugangs” der Bestellung des Nutzers kodifizieren wollte. Um diese Regelung einer Zugangsfiktion mit den deutschen Zugangsvoraussetzungen des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB in Übereinstimmung zu bringen, fügte er die Worte “unter gewöhnlichen Umständen” ein.²¹⁴ Cornelius sieht konsequenterweise in der Regelung des § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB eine Spezialregelung für den Zugang von elektronischen

²⁰⁸ *Schneider*, K&R 2001, 344, 345; *Tettenborn*, K&R 2000, 59, 62.

²⁰⁹ Art. 11 Absatz 1 Spiegelstrich 1 EC-RL: “Der Diensteanbieter hat den Eingang der Bestellung des Nutzers unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen.“

²¹⁰ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 225.

²¹¹ Vgl. *Schneider*, K&R 2001, 344, 347.

²¹² *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 224.

²¹³ Amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/ 6040, S.172.

²¹⁴ BegrReGE zu § 312 e I 2, BR-Drs. 338/ 01, S. 397.

Willenserklärungen, die eine Bestellung darstellen.²¹⁵ Dass hierin keine allgemeine Zugangsregel für elektronische Willenserklärungen zu sehen ist, ergibt sich auch aus dem systematischen Argument: Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, dann hätte es nahe gelegen, § 130 BGB abzuändern.

Geht man davon aus, dass die Zugangsregelung des § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB eine Spezialregelung darstellt, dann kann sie nicht außerhalb des Anwendungsbereichs des § 312 e BGB Wirkung entfalten. Für die SMS klärt sich so das Problem: § 312 e Absatz 1 Satz 2 BGB ist auf Willenserklärungen per SMS nicht anwendbar. Dies liegt nicht etwa an der Ausnahme des § 312 e Absatz 2 BGB, der die Individualkommunikation ausschließt. Vielmehr liegt es an der Tatsache, dass § 312 e BGB auf Verträge anzuwenden ist, bei denen sich der Unternehmer eines Tele- oder Mediendienstes bedient. Ein Teledienst ist in § 2 TDG definiert. Hierbei handelt es sich um “elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt“.

Abzugrenzen ist der Teledienst von einem Telekommunikationsdienst gemäß § 3 Nr. 24 TKG. Ein Wesensmerkmal des Teledienstes ist die Interaktivität und die Individualkommunikation.²¹⁶ Der Unterschied zu einem Telekommunikationsdienst besteht darin, dass der Teledienst sich auf Inhalte bezieht und der Telekommunikationsdienst auf die Übertragung dieser Inhalte.²¹⁷ Der reine Short Message Service bietet die technische Möglichkeit, Inhalte auszutauschen - jedoch bei herkömmlicher Nutzung nicht interaktiv, dies ist nur bei dem Dienst der “Premium-SMS” gegeben - und stellt damit einen Telekommunikationsdienst dar.

Damit wird die Annahme ausgeschlossen, dass der Short Message Service einen Mediendienst im Sinne des § 2 MDSStV darstellen könnte. Hierbei handelt es sich an die Allgemeinheit gerichtete Informations- und Kommunikationsdienste. Der Short Message Service ist jedoch nicht an die Allgemeinheit gerichtet, so dass er nicht als Mediendienst zu qualifizieren ist.

Die SMS stellt als Kommunikationsmedium weder einen Tele- noch einen Mediendienst dar. Dieses Ergebnis wird auch von einem Wortlautvergleich mit der

²¹⁵ *Cornelius*, MMR 2002, 353, 356.

²¹⁶ *Steckler*, Grundzüge des IT-Rechts² (2006) 29.

Vorschrift des § 312 b Absatz 2 BGB gestützt. Dort wird die E-Mail, die im Wesen der SMS gleichsteht, neben Tele- und Mediendiensten aufgezählt. Dies wäre jedoch überflüssig gewesen, wenn die E-Mail einen Teledienst darstellen würde. Nach alledem ist § 312 e BGB nicht anwendbar. Mithin hat die Zugangsspezialregelung des § 312 e BGB keinerlei Auswirkungen auf die Frage, wann ein Zugang bei der SMS anzunehmen ist. § 312 Absatz 1 Satz 2 BGB und Art. 11 Absatz 1 Spiegelstrich 2 EC-RL sprechen demnach nicht gegen eine Vorverlagerung des Zugangszeitpunktes bei der SMS. Dieselben Überlegungen gelten im Übrigen auch für die E-Mail.

(b) Lehre von den Zugangshindernissen

Weiter wird eingewandt, dass erst im Zeitpunkt der Speicherung eine abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben sei. Würde der Empfänger das Speicherrisiko tragen, wäre dies mangels abstrakter Möglichkeit der Kenntnisnahme unbillig.²¹⁸ Auch wird angeführt, dass der Absender die freie Wahl des Kommunikationsmittels habe. Daher sei es angemessen, ihm auch die Risiken des jeweiligen Mediums zuzurechnen, da er es in der Hand habe, sich eines anderen zu bedienen. Dies sollte nicht zu Lasten des Empfängers gehen.²¹⁹ Daher lehnt Borges die Begründung eines eigenständigen Tatbestandes, der nur noch auf die Möglichkeit der Speicherung abstellt, für den Zugang elektronischer Willenserklärungen ab. Es sollte unabhängig vom Kommunikationsmittel ein gleichartiger und angemessener Interessenausgleich zwischen dem Empfänger und dem Absender durchgeführt werden.²²⁰ Borges meint, dass nur, wenn berechtigte Interessen des Erklärenden gegen das Abstellen auf die tatsächliche Speicherung sprechen würden, eine Rechtfertigung des Hintanstellens der Interessen des Empfängers gegeben wäre. Es müsste an der Zumutbarkeit für den Erklärenden fehlen, wenn auf eine tatsächliche Speicherung abgestellt werden würde.²²¹ Borges weist richtig darauf hin, dass eine Rechtspflicht zur Empfangsbereitschaft der Empfangseinrichtung nicht aus einem Vergleich mit der Übermittlung von Schriftsätzen per Fax an ein Gericht zu konstruieren sei. Zwar wird im letzten Fall angenommen, dass die Justizbehörde dafür Sorge zu tragen habe, dass

²¹⁷ BeckTKG-Komm²(-Ehmer/Schuster) § 3 Rn. 21 b.

²¹⁸ Holzbach/Süßenberger, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005) 417.

²¹⁹ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 239.

²²⁰ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 239.

²²¹ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 244 f.

die Empfangsgeräte richtig funktionierten, jedoch werde auch in diesem Zusammenhang nicht etwa der Zugang einer prozessualen Erklärung bejaht, wenn diese aufgrund eines Fehlers am Empfangsgerät nicht eingehen könne. Vielmehr werde eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt oder die Rechtzeitigkeit der später eingereichten Erklärung fingiert.²²² Hierbei gehe es darum, dass der Bürger gerichtlichen Rechtsschutz angemessen wahrnehmen könne. Dies habe keinerlei Auswirkungen auf die andere Frage, unter welchen Voraussetzungen der Zugang beim Empfänger im außerprozessualen Bereich stattfinden solle.²²³

Borges hält es für die Wahrung der Interessen des Erklärenden für ausreichend, wenn mit der herrschenden Meinung Unbilligkeiten über die Regeln der Lehre von den Zugangshindernissen ausgeglichen werden und nicht über eine Zugangsfiktion bei möglicher Speicherung.²²⁴

Nach dieser Lehre ist darauf abzustellen, ob der Empfänger es zu vertreten habe, dass die Willenserklärung nicht zugehe. Dies richte sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, § 242 BGB. Dem Empfänger müsse eine Obliegenheitsverletzung vorwerfbar sein. Liege ein Verschulden des Empfängers vor, dann greife zugunsten des Erklärenden eine Zugangsfiktion für den Zeitpunkt ein, in dem die Erklärung ohne die Zugangsvereitelung bei dem Empfänger eingegangen wäre.²²⁵ Dies gelte jedoch nur, wenn der Erklärende den Zugang zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich bewirke.²²⁶ Als Vorteil dieser Lehre wird angeführt, dass dem Erklärenden ein Wahlrecht dahingehend bleibe, ob er nach gescheitertem Zugangsversuch erneut einen Zugang bewirke.²²⁷ Gegen dieses Wahlrecht wendet sich Burgard. Er favorisiert eine Fiktionslösung, wobei die Willenserklärung bereits mit dem ersten Zugangsversuch wirksam sei. Ein weiterer Zugangsversuch durch den Erklärenden solle nicht erforderlich sein. Begründet wird dies damit, dass es unbillig sei, wenn der Erklärende allein über die Wirksamkeit der Erklärung bestimmen könne. Der Erklärende könne

²²² Eingehend: *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 244 f.

²²³ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 245.

²²⁴ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 245.

²²⁵ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 18; *MüKo*⁴-*Förschler* (Fn. 105), § 130 Rn. 28; *Dörner*, AcP 202 (2002), 363, 371; *Taupitz/ Kritter*, JuS 1999, 839, 842; *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008; *Klingmüller*, VersR 1967, 1109, 112.

²²⁶ BGH, NJW 1996, 1967; BGHZ 137, 205; 67, 271, 277; BGH, LM Nr. 1 zu § 130 BGB; BAG, NJW 1963, 554; BGH, BB 2003, 1178; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 18; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002) Rn. 282; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 480; *MüKo*⁴-*Förschler* (Fn.105), § 130, Rn. 27; *Looschelders*, VersR 1998, 1198.

²²⁷ *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB⁸ (2002), Rn. 279.

sich bei späterem Zugang auf den fehlgeschlagenen Versuch berufen, der Empfänger hingegen nicht. Der Empfänger werde also einseitig gebunden.²²⁸ Im Interesse beider Kommunikationspartner spricht sich auch Wiebe für eine Zugangsfiktion im Zeitpunkt der Möglichkeit der Speicherung aus, ohne dass ein erneuter Zugangsversuch unternommen werden müsste. Ein solcher solle nur aus Gründen von Treu und Glauben, gemäß § 242 BGB, erfolgen müssen, wenn dies im Einzelfall aufgrund des Kenntnisnahmerisikos des Empfängers erforderlich sei.²²⁹

Die Lehre von den Zugangshindernissen kann die mit der Technik verbundenen Risiken nicht interessengerecht verteilen. Ihre Vertreter stellen auf ein Verschulden des Empfängers ab und richten danach ihre Entscheidung, ob die Erklärung als zugegangen gelten kann oder nicht. Wie bereits oben unter Bezugnahme auf Wiebe eingehend beschrieben, ist jedoch im Zeitalter der Informationstechnik ein Abstellen auf das Verschuldensprinzip nicht mehr angemessen.²³⁰ Sinnvoller erscheint es, das Risikoprinzip heranzuziehen. Die Lehre von den Zugangshindernissen konnte die Probleme der postalischen Übertragung lösen. In diesem Zusammenhang lagen die Zugangshindernisse in der Verweigerung der Annahme durch den Empfänger oder in von diesem verschuldeten Organisationsmängeln.²³¹ Im elektronischen Rechtsverkehr hingegen kann oftmals an ein Verschulden einer Person nicht angeknüpft werden, da weder der Erklärende noch der Empfänger die tatsächliche Möglichkeit der Einwirkung auf die Empfangseinrichtung haben. Demnach muss auf eine strikte Aufteilung in Gefahrbereiche abgestellt werden.²³² Die herrschende Meinung ordnet bereits deshalb den elektronischen Briefkasten dem Gefahrbereich des Empfängers zu.²³³ Dann ist es jedoch konsequent, wenn bereits mit Signaleingang in der Empfangsvorrichtung und nicht mit vollendeter Speicherung der Zugang bejaht wird. Der Erklärende trägt das Transportrisiko bis zum Gelangen der Erklärung in den Empfangsbereich.²³⁴ Bereits in diesem Zeitpunkt hat der Empfänger die Möglichkeit - bei Funktionsfähigkeit der Anlage - von der Nachricht Kenntnis zu erlangen. Der Absender hat alles ihm Mögliche getan. Auch bei § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB ist das

²²⁸ Burgard AcP 195 (1995), 74, 115.

²²⁹ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 403.

²³⁰ S.o., S.28 ff..

²³¹ Vgl. Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 130 Rn. 16 ff. m.w.N.

²³² Vgl. Burgard, AcP 195 (1995), S 74, 94.

²³³ S.o., S.49.

²³⁴ Vgl. Thot/Gimmy, in: Kröger/ Jimmy, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 10.

rechtsethische Prinzip der Risikoverteilung nach Gefahrbereichen anzuwenden.²³⁵ Jeder soll danach Störungen aus dem eigenen Lebensbereich tragen. Grund dafür ist, dass jeder seinem eigenen Organisationsbereich näher ist und so die davon ausgehenden Gefahren besser vorhersehen und vermeiden oder einkalkulieren kann.²³⁶ Im Übrigen hat der Empfänger sich bewusst durch seine Widmung der Empfangsvorrichtung für den elektronischen Geschäftsverkehr für die Teilnahme an diesem entschieden.²³⁷ Dann soll er auch dafür Sorge tragen, dass er Erklärungen, die in seinen Machtbereich gelangen, zur Kenntnis nehmen kann.²³⁸ Das Argument, dass der Erklärende die Risiken der modernen Kommunikationsmittel zu tragen habe, da er es in der Hand habe, welches Medium er wähle, vermag nicht zu überzeugen: Zum einen kommen die Vorteile beiden Parteien zugute.²³⁹ Zum anderen gilt gerade bei Angebot und Annahme der Grundsatz der korrespondierenden Kommunikationsmittel, so dass tatsächlich häufig das Antwortmedium vorgegeben ist.²⁴⁰ Um nicht den Erklärenden mit Gefahren aus der Sphäre des Empfängers zu belasten, ist es erforderlich, bereits mit Signaleingang in der Empfangseinrichtung den Zugang zu bejahen. Die Lehre von den Zugangshindernissen entlastet den Erklärenden nicht von derartigen Risiken, da hiernach kein Gefahrübergang stattfindet.²⁴¹ Die Lösung von Burgard und Wiebe bietet auch mehr Rechtssicherheit für den Geschäftsverkehr, da sie den Zugang eindeutig regelt und nicht mit Ausnahmen nach Treu und Glauben belastet.

Sollte keine Widmung des SMSC als Empfangsbereich durch den Empfänger vorgenommen worden sein, gelten die allgemeinen Voraussetzungen von zufällig zugewandenen Willenserklärungen: Die Willenserklärung geht erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme durch den Empfänger zu,²⁴² also mit Lesen der SMS auf dem Display. Borges verlangt im Zusammenhang mit der E-Mail, dass den Empfänger eine Obliegenheit dahingehend treffen solle, dass er den Absender zu benachrichtigen

²³⁵ *Burgard*, AcP 195 (1995) 74, 95.

²³⁶ Vgl. *Soergel-Wiedmann*, BGB, Band 2 Schuldrecht I, §§ 241-432¹² (1990) Vor § 323 Rn. 20 f.; *Dilcher*, AcP 154 (1955), 120, 125.

²³⁷ Vgl. *Burgard*, AcP 195 (1995) S. 74, 97.

²³⁸ Vgl. *Dörner*, AcP 202 (2002), S. 363, 372.

²³⁹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 413.

²⁴⁰ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 148, Rn. 7; *Soergel*¹³-*Wolf* (Fn. 43), § 147, Rn. 8; *Paefgen*, JuS 1988, 592, 597.

²⁴¹ *Burgard*, AcP 195 (1995), 74, 97.

²⁴² Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 130 Rn. 5; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des BGB⁹ (2004) 475; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 253.

habe, wenn er die E-Mail in seinem Postfach sehe und diese dann ungelesen lösche.²⁴³ Eine solche Obliegenheit kann für den elektronischen Geschäftsverkehr per SMS nicht gegeben sein, da sonst die Widmung ad absurdum geführt werden würde. Der Geschäftsverkehr hat die Wahl des Empfängers, nicht am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmen zu wollen, zu respektieren. Es macht keinen Sinn, den Empfänger mit Obliegenheiten zu belasten, wenn er sich gegen eine Widmung entschieden hat.

3. Fazit

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich Folgendes:

Eine SMS gilt als abgegeben, wenn sie endgültig aus dem Machtbereich des Absenders gelangt ist, also mit Erteilung des Sendebefehls durch den Erklärenden.

Ist eine SMS versehentlich abgegeben worden, ist bei ihrer Zurechnung zum Erklärenden das Verschuldensprinzip anzuwenden. Wird eine SMS durch einen unberechtigten Dritten abgegeben, kann sie weder über das Verschuldens- noch über das Risikoprinzip dem Erklärenden zugerechnet werden. Allein aus dem Besitz einer Mobilfunkstation ergibt sich noch kein Vertrauenstatbestand für den Empfänger, dass der Erklärende am M-Commerce teilnehmen will.

Bei der elektronischen Willenserklärung handelt es sich um eine verkörperte Willenserklärung unter Abwesenden, so dass § 130 Absatz 1 Satz 2 unmittelbar anwendbar ist.

Das SMSC des Empfängers ist als dessen Machtbereich anzusehen, wenn es für den Empfang rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gewidmet worden ist. Eine Widmung kann durch den Zusatz auf Visitenkarten "gerne auch per SMS", durch Kundgabe in der Werbung, durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner oder konkludent durch die Wahl als Erklärungsmittel im Geschäftsverkehr bei der Anbahnung des Kontakts erfolgen.

Bei Festlegung des Zugangszeitpunktes ist nicht zwischen Geschäftsleuten und Privatpersonen zu unterscheiden. Eine SMS ist unter Berücksichtigung des Risikoprinzips bereits mit Eingang und möglicher Speicherung im SMSC des Empfängers wirksam zugegangen. Bei Fehlen einer Widmung geht sie mit

²⁴³ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 253.

tatsächlicher Kenntnisnahme durch den Empfänger, also Lesen auf dem Display des mobilen Endgerätes zu.

III. Wirksamer Vertragsschluss

Nachdem geklärt ist, wie und wann Willenserklärungen per SMS wirksam werden, ist ein Blick auf den Vertragsschluss zu werfen. Ein Vertrag wird wirksam durch Angebot und Annahme geschlossen, §§ 145 ff. BGB .

1. Angebot oder invitatio ad offerendum

Wann liegt ein Angebot per SMS vor?

Ein Angebot im Sinne des § 145 BGB ist jede mit Rechtsbindungswillen abgegebene einseitige Willenserklärung, die auf einen Vertragsschluss zielt und dessen Gegenstand und Inhalt hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist.²⁴⁴

Das rechtsverbindliche Angebot ist von einer invitatio ad offerendum zu unterscheiden, bei der es sich lediglich um eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots handelt. Dieser fehlt der Rechtsbindungswille. Bei der Unterscheidung kommt es auf den objektiven Erklärungswert an.²⁴⁵ Es hängt davon ab, wie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte die Erklärung verstehen durfte.²⁴⁶

a. Meinungsstand im E-Commerce

Im E-Commerce wird häufig zwischen mengenmäßig begrenzten Waren und unbegrenzten Waren unterschieden.

aa. Mengenmäßig begrenzte Waren

Bei mengenmäßig begrenzten Waren solle prinzipiell von einer invitatio ad offerendum des Unternehmers ausgegangen werden.²⁴⁷ Dies ergebe sich aus dem Vergleich mit dem Versandhandel, wo Preislisten, Kataloge und Warenprospekte nach

²⁴⁴ Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 145 Rn. 1 m.w.N.

²⁴⁵ Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 145 Rn. 2.

²⁴⁶ RGZ 133, 391; BGH, NJW 1980, 1388; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 1144; Köhler/ Arndt/ Fetzer, Recht des Internet⁵ (2006) 70; Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 145, Rn. 7a; MüKo⁴-Kramer (Fn. 105), § 145, Rn. 8; Boehme-Nessler, Cyberlaw (2001) 142; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009, 1012.

²⁴⁷ Köhler/ Arndt/Fetzer, Recht des Internet⁵ (2006) 71; Thot/ Gimmy, in Kröger/ Gimmy, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 5; Scherer/ Butt, DB 2000, 1009, 1012; Taupitz/ Kritter, JuS 1999, 839, 840; Tettenborn, K&R 1999, 252, 257; Kaiser/ Voigt, K&R 1999, 445, 446; Waldenberg, BB 1996, 2365; Redeker, NJW 1984, 2390, 2391; Micklitz, NJW 1982, 263, 266; Brinkmann, BB 1981, 1183, 1185.

Vorstellung des Unternehmers nicht bindend sein sollten und dies auch allgemein anerkannt sei. Dieser fehlende Bindungswille liege erkennbar darin begründet, dass der Anbieter zum einen oftmals die Bonität des Kunden und zum anderen die eigenen Liefermöglichkeiten überprüfen möchte.²⁴⁸ Der Unternehmer wolle sich nicht gegenüber einer unbegrenzten Anzahl von Kunden binden, da ihm dies aufgrund der Begrenztheit seiner Leistungsfähigkeit nicht möglich sei. Wollte man hier ein Angebot annehmen, dann hätte dies zur Konsequenz, dass der Unternehmer sich bei Unmöglichkeit Schadensersatzforderungen wegen Nichtleistung gegenüberstehen sehen würde.²⁴⁹ Hiergegen wird eingewandt, dass es heute mit spezieller Software möglich sei, sowohl den Lagerbestand als auch die Bonität des Kunden schon während des Bestellvorganges zu überprüfen und so die oben genannten Risiken zu negieren.²⁵⁰ Dies würde jedoch eine spezielle Software des Unternehmers erfordern, die noch nicht verbreitet sei und deren Vorhandensein deshalb bei der Auslegung der Erklärung des Unternehmers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht vorausgesetzt werden könne.²⁵¹

bb. Mengenmäßig unbegrenzte Waren

Bei mengenmäßig unbegrenzten Waren, im E-Commerce, insbesondere Download von Software oder Daten aus Datenbanken, wird vertreten, dass ein Angebot des Unternehmers vorliege. Grund hierfür sei, dass der Unternehmer wegen des unbegrenzten Vorhandenseins der Daten nicht auf eine Bestandsprüfung angewiesen sei, um etwaigen Schadensersatzansprüchen aufgrund Unmöglichkeit der Erfüllung aus dem Weg zu gehen. Auch sei es üblich, dass der Kunde aufgefordert werde, seine Kreditkartennummer einzugeben, beziehungsweise eine elektronische Bezahlung erfolge, bevor er die Daten vom Unternehmer erhalte. Daher sei der Unternehmer nicht mehr auf den Schutz der *invitatio ad offerendum* angewiesen.²⁵²

Nach anderer Ansicht soll trotzdem eine *invitatio ad offerendum* angenommen

²⁴⁸ Vgl. *Thot/ Gimmy*, in *Kröger/ Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 5; *Scherer/ Butt*, DB 2000, 1009, 1012; *Taupitz/ Ritter*, JuS 1999, 839, 840; *Brinkmann*, BB 1981, 1183, 1185; *Redeker*, NJW 1984, 2390, 2391; *Micklitz*, NJW 1982, 263, 266.

²⁴⁹ *Eckert*, DB 1994, 717, 718; zu Btx: *Paefgen*, JuS 1988, 592, 595; *Bultmann/ Rahn*, NJW 1988, 2432, 2434.

²⁵⁰ *Baetge*, in: *Kaminsiki/ Hensler/ Kolaschnik/ Paphoma*, Rechtshandbuch zum E-Business (2002) 92, 97 f..

²⁵¹ *Redeker*, NJW 1984, 2390, 2391.

werden. Schließlich könnten technische Probleme beim Übertragungsvorgang auftreten und der Anbieter wäre so Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung ausgesetzt.²⁵³

Mehring hält Darstellungen auf Websites prinzipiell für rechtsverbindliche Angebote. Er begründet dies damit, dass der Durchschnittsteilnehmer oftmals die Unterscheidung zwischen Angebot und invitatio ad offerendum nicht kenne und somit stets von einem Angebot ausgehe.²⁵⁴ Es obliege dem Verkäufer, seinem fehlenden Rechtsbindungswillen Ausdruck zu verleihen. Dies sei ihm etwa durch Worte wie "unverbindliches Angebot" möglich.²⁵⁵ Gegen diese Ansicht mit dieser pauschalen Begründung spricht jedoch, dass dann ein Angebot immer verbindlich sei, wenn der Anbietende nicht ausdrücklich das Gegenteil bekundet. Dies widerspricht jedoch der absolut herrschenden Meinung, die das Vorliegen eines Angebotes durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB vornimmt und demnach auch einen konkludenten Ausschluss des Rechtsbindungswillens zulässt.²⁵⁶

Auch Micklitz hält im Zusammenhang mit dem Btx wegen der Vorteile des elektronischen Geschäftsverkehrs und des direkten Kontakts zum Verbraucher die Präsentationen im Btx für Angebote. Der Anbietende solle die Pflicht haben, für diese Präsentationen einzustehen, da er für den Kunden den Anschein eines direkten Zugriffs auf die angebotene Ware erwecke. Der Kunde sei nicht mündig genug, um die Werbung als Werbung zu erkennen.²⁵⁷ Hiergegen lässt sich anführen, dass der Kunde vom elektronischen Geschäftsverkehr ebenfalls Vorteile hat. Außerdem wird zumindest der Verbraucher im elektronischen Geschäftsverkehr beziehungsweise Fernabsatz heute durch eine Vielzahl von Verbraucherschutzbestimmungen - wie die §§ 312 b ff. BGB; BGB-InfoV - geschützt, so dass die Ansicht von Micklitz heute nicht mehr vertretbar erscheint.

Es fällt auf, dass sich die meisten Vertreter der unterschiedlichen Meinungen zur Begründung oft auf Fallgruppen beziehen, deren Einordnung ebenfalls umstritten

²⁵² *Thot/ Gimmy*, in: Kröger/ Gimmy, Handbuch zum Internetrecht² (2002) 5.

²⁵³ *Taupitz/ Ritter*, JuS 1999, 839, 841.

²⁵⁴ *Mehring*, MMR 1998, 31, 32.

²⁵⁵ *Mehring*, MMR 1998, 31, 32.

²⁵⁶ RGZ 133, 391; BGH, NJW 1980, 1388; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 1144; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 145, Rn. 7a; Staudinger-Bork, BGB, §§ 134-164¹³ (2003), § 145 Rn. 3; MüKo⁴-*Kramer* (Fn.105), § 145, Rn. 8; *Hoeren/ Sieber/ Kramer*, Handbuch Multimedia Recht, Loseblatt, Teil 13.1, Rn. 61; *Boehme-Nessler*, Cyberlaw (2001) 142; *Scherer/ Butt*, DB 2000, 1009, 1012.

²⁵⁷ *Micklitz*, NJW 1982 263, 265f.

sind: Vergleich mit Schaufensterauslage,²⁵⁸ Warenautomaten,²⁵⁹ Versendung von Prospekten,²⁶⁰ Warenauslage in Selbstbedienungsläden^{261, 262}.

cc. Einzelfallentscheidung nach Interessen- und Risikoabwägung

Borges sieht daher die Lösung des Problems in der Herausarbeitung der Interessen der Vertragspartner und deren Berücksichtigung bei der Auslegung der Offerte als Angebot oder *invitatio ad offerendum*. Hierbei hält er insbesondere folgende Interessen und Risiken für relevant: Kenntnis des genauen Umfangs des Vertrages durch den annehmenden Partner, keine längerfristige einseitige Bindung durch eine Seite, ökonomischer Vertragsschluss durch möglichst geringen Kommunikationsaufwand, Bonitäts-, Haftungs- und Vorleistungsrisiko.²⁶³

Eine längerfristige einseitige Bindung eines Partners soll vermieden werden, damit auf veränderte Marktbedingungen und Preisschwankungen reagiert werden könne. Demnach sei ein Angebot dann anzunehmen, wenn die gegnerische Entscheidung alsbald erwartet werde, und eine *invitatio ad offerendum*, wenn auf diese noch etliche Zeit zu warten sei.²⁶⁴ Weiter sei zu berücksichtigen, dass ein Vertragsschluss mit möglichst geringem Aufwand für die Parteien zustande kommen sollte und daher eine Lösung vorzugswürdig erscheine, bei der möglichst wenig Kommunikationsvorgänge stattfinden müssten. Daraus zieht Borges den Schluss, dass bei bestimmten Angeboten im Zweifel ein Rechtsbindungswille anzunehmen sei, es sei denn, andere Interessen, wie etwa Haftungsrisiken, stünden dem entgegen.²⁶⁵ Bei Angeboten an eine unbestimmte Vielzahl von Personen sollte im Zweifel wegen der drohenden

²⁵⁸ BGH, NJW 1980, 1388; OLG München, ZIP 1981, 1347; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.33), § 145 Rn. 2; *MüKo*⁴-*Kramer* (Fn. 105), § 145 Rn. 10; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB (2002) Rn. 360.

²⁵⁹ Angebot ad incertas personas: OLG Düsseldorf, ZMR 1987, 328; *Staudinger*¹³-*Bork* (Fn. 250), § 145 Rn. 8; *MüKo*⁴-*Kramer* (Fn. 101), § 145 Rn. 10; *Soergel*¹³-*Wolf* (Fn. 43) § 145 Rn. 8; *invitatio ad offerendum*: *Erman*¹¹-*Hefermehl* (Fn.77), § 145 Rn. 9.

²⁶⁰ LG Berlin, VersR 1967, 698, 700; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (33), § 145 Rn. 2; *Staudinger*¹³-*Bork* (Fn. 256), § 145 Rn. 5; *MüKo*⁴-*Kramer* (Fn.105), § 145 Rn. 10; *Lehmann*, NJW 1981, 1233, 1235. Angebot: *MüKo-Tonner*, BGB, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II: §§ 611-704, EFZG,TzBfG, KSchG⁴ (2005) § 651a Rn. 35; *Wahl*, FS Hafermehl (1976), 1, 6.

²⁶¹ *invitatio ad offerendum*: BGHZ 124, 39, 43; *Erman*¹¹-*Hefermehl* (Fn. 81), § 145 Rn. 10; *Dietrich*, DB 1972, 957 f.; *Carlsson*, JR 1954, 243 ff.; *Recke*, NJW 1953, 92. Angebot: *Staudinger*¹³-*Bork* (Fn. 256), § 145 Rn. 7; *MüKo*⁴-*Kramer* (Fn. 105), § 145 Rn. 10; *Soergel*¹³-*Wolf* (Fn. 43), § 145 Rn.7; *Bögner*, JR 1953, 417 ff..

²⁶² Vgl. *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 201.

²⁶³ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 206 ff.

²⁶⁴ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 206 f.

²⁶⁵ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 207.

Schadensersatzforderungen kein bindendes Angebot vorliegen. Dies gelte jedoch nicht für den Download von Software über das Internet, da dort der Unternehmer keine Leistungsengpässe zu befürchten habe. Zum selben Ergebnis kommt Borges bei der Beschränkung der Offerte auf den Vorrat, da in diesem Fall kein Haftungsrisiko für den Unternehmer bestehe.²⁶⁶ Die Bonitätsprüfung des Kunden hält Borges in den meisten Fällen für nicht relevant, da oftmals keine Vorleistungspflicht des Unternehmers bestehe. Sollte dies anders sein, könnte dieser in den meisten Fällen sein Vorleistungsrisiko durch höhere Preise absichern. Er hält die Bonitätsprüfung nur für Geschäfte mit großem wirtschaftlichem Umfang für relevant.²⁶⁷

In den Fällen, in denen der Kunde zur Vorleistung mittels Kreditkartenzahlung aufgefordert wird, sei es erforderlich, die Offerte des Unternehmers als bindendes Angebot anzusehen, da sonst der Kunde vor Vertragsschluss, nämlich vor Annahme durch den Unternehmer, seine Leistung bewirke. Dies sei jedoch aufgrund des Risikos für den Kunden, die Gegenleistung aufgrund des Unwillens zur Leistung des Vertragspartners nicht zu erhalten, nicht interessengerecht.²⁶⁸

Borges zeigt anschaulich, dass eine pauschale Einordnung der Angebote der Unternehmer im elektronischen Rechtsverkehr nicht möglich ist, sondern stets eine Interessenabwägung in jedem Einzelfall nötig ist. Die von Borges herausgearbeiteten Interessen und Risiken werden auch von den Vertretern der übrigen Meinungen, die eine Pauschaleinordnung versuchen, herangezogen. Letztlich ist Borges darin zuzustimmen, dass bei Vertragsschlüssen im elektronischen Geschäftsverkehr und auch per SMS prinzipiell für jeden einzelnen Vertragsschluss eine Interessenbewertung vorzunehmen ist, um somit feststellen zu können, wie der Erklärende nach verobjektivierter Sicht die Offerte verstehen durfte. Hierbei sind stets der Stand der Technik und ihr Verbreitungsgrad zu berücksichtigen.²⁶⁹

dd. Premium-SMS: Interessenbewertung durch den Gesetzgeber

Eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte erfolgt dort nicht, wo der Gesetzgeber diese Interessenbewertung bereits

²⁶⁶ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 208 f.

²⁶⁷ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 210 f.

²⁶⁸ Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 211.

²⁶⁹ Vgl. Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 451.

vorgenommen hat und eine Regelung vorsieht: Für Teledienste - wie die Premium-SMS - hat der Gesetzgeber eine eindeutige Regelung in § 312 e Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, Art. 241 EGBGB, § 3 Nr. 1 BGB-InfoV vorgeschrieben, wie Dörner festgestellt hat: Hiernach obliegt es dem Unternehmer die Schritte, die zum Vertragsschluss führen, zu beschreiben.²⁷⁰ Dies umfasst auch den entscheidenden Schritt kenntlich zu machen, mit welcher Erklärung er sich binden will. Unterlässt er dies, ist mit § 145 BGB von einem Angebot auszugehen, da in der *invitatio ad offerendum* eine Ausnahme zu sehen ist. Möchte der Unternehmer lediglich eine *invitatio ad offerendum* abgeben, dann muss er dies eindeutig kenntlich machen. Demnach ist folgendes festzuhalten: Für Tele- und Mediendienste liegt eine gesetzliche Auslegungsregel in der Gestalt vor, dass der Diensteanbieter ausdrücklich und unmissverständlich eine Regelung darüber treffen muss, ob seine Offerte rechtsverbindlich ist oder nicht. Geschieht dies nicht eindeutig, dann geht dies zu seinen Lasten. Durch diese Vorschrift wird der Kunde geschützt. Dieser kann dann von einem für ihn günstigeren rechtsverbindlichen Angebot ausgehen.

b. M-Commerce: Premium-SMS

Anhand des Teledienstes der Premium-SMS soll nun der Vertragsschluss nach der soeben dargelegten Überzeugung beschrieben werden: Bei der Premium-SMS wird der potentielle Kunde über ein anderes Medium, sei es Radio, Fernsehen oder Plakat, aufgefordert, eine SMS mit einem Stichwort an eine bestimmte Telefonnummer zu senden. Hinter dieser Nummer verbirgt sich ein Mehrwertdienst, bei dem gleichzeitig mit Absendung der SMS durch den Kunden der Preis für die Leistung des Diensteanbieters vom Telekommunikationsdienstleister des Kunden einbehalten und dann nach Abzug von Gebühren an den Diensteanbieter abgeführt wird. In dieser Versendung ist die Annahmeerklärung des Kunden zu sehen. Die Veröffentlichung der Telefonnummer zur Nutzung des Teledienstes ist als Angebot einzustufen. Zwar ist das Veröffentlichungsmedium der Telefonnummer oftmals ein typisches Werbemedium, dies hindert aber in dem konkreten Fall der Premium-SMS nicht die Annahme eines Angebotes des Diensteanbieters im Sinne des § 312 e Absatz 1 Nr. 2 BGB: Nur durch das Publizieren der Telefonnummer kann der Diensteanbieter dem

²⁷⁰ Dörner, AcP 202 (2002) S. 363, 378; Muscheler/Schewe, Jura 2000, 565, 570.

Kunden die Nutzung des Teledienstes ermöglichen. Nur dann, wenn der Kunde das Stichwort an die Telefonnummer verschickt, kann der Teledienst genutzt werden. Auf andere Art und Weise kann ein Vertrag mit dem Diensteanbieter nicht abgeschlossen werden. Das heißt, dass der Unternehmer sich dadurch, dass er den Kunden auf diesen einen Weg verweist, sich bereits durch Veröffentlichung der notwendigen Telefonnummer zum Abschluss eines Vertrages eines Teledienstes bedient. Dabei bedient er sich eines Teledienstes dadurch, dass er die Annahmeerklärung des Kunden über den Teledienst der Premium-SMS ermöglicht.

Bei Überprüfung dieses Ergebnisses unter Berücksichtigung einer Interessenabwägung zwischen dem Anbieter und dem Kunden ergibt sich, dass eine andere Lösung auch nicht angemessen wäre: Zum einen handelt es sich bei der vom Unternehmer angebotenen Leistung um Daten und somit um eine mengenmäßig unbegrenzte Ware. Es besteht demnach keine Notwendigkeit, den Lagerbestand vor Abgabe eines bindenden Angebotes auf ausreichenden Vorrat hin zu überprüfen. Unter dem Aspekt eines ökonomischen Vertragsschlusses bedeutet die oben skizzierte Lösung, dass für den Vertragsschluss lediglich zwei Erklärungen abgegeben werden müssen. Bei jeder anderen wären mindestens drei erforderlich. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Kunde bereits mit Absenden seiner SMS seine Leistungspflicht erfüllt. Würde man in der Aufforderung zum Versenden des Stichwortes an die Mehrwertnummer des Diensteanbieters lediglich eine *invitatio ad offerendum* erblicken, dann würde der Kunde seine Leistung erfüllen, bevor ein Vertrag geschlossen worden ist. Dies ist aufgrund des von Borges richtig dargelegten Risikos des fehlenden Abschlusswillens des Diensteanbieters nicht tragbar.²⁷¹ Diese Vorleistungspflicht des Kunden gleicht auch den Nachteil des Anbieters aus, der dadurch entsteht, dass er sich zunächst einseitig bindet und nicht weiß, wann der Kunde sein Angebot annehmen wird. Doch auch dieses Risiko ist verhältnismäßig gering, da der Anbieter die von ihm geschaltete Werbung jederzeit zurücknehmen und etwa durch Schalten einer neuen die Preise angleichen kann. Im Übrigen ist die Annahmefrist im M-Commerce nur kurz zu bemessen, so dass eine langfristige Bindung des Anbieters nicht gegeben sein kann, da das Angebot gemäß §§ 146, 147 Absatz 2 BGB durch Zeitablauf erlischt.²⁷² Und auch bezüglich der

²⁷¹ Vgl. auch *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 211.

²⁷² S.u., S.75 ff..

Informationspflichten²⁷³ und der Einbeziehung der AGB²⁷⁴ erscheint diese Lösung, wie noch zu zeigen sein wird, als eine gute Möglichkeit, diese auch im M-Commerce zu erfüllen beziehungsweise einzubeziehen.

Die Interessenbewertung kann jedoch nur dann so ausfallen, wenn man die hier vertretene Meinung vertritt, dass der Unternehmer durch einen externen Link²⁷⁵ seine AGB einbeziehen und seinen Informationspflichten nachkommen kann. Anderenfalls wäre die Belastung des Unternehmers mit möglichen Schadensersatzforderungen, Unterlassungsklagen oder Konkurrentenklagen zu groß und für den M-Commerce nicht förderlich.²⁷⁶

Bei den übrigen Vertragsschlüssen per SMS ist den von Borges zugrunde gelegten Interessen- und Risikobewertungen zu folgen. Es ist jeweils eine Einzelfallentscheidung nötig unter Berücksichtigung technischer Standards. Eine pauschale Einordnung nach Geschäftszweigen kann nicht vorgenommen werden.

2. Annahme

Die Annahme ist wie das Angebot eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Grundsätzlich muss sie dem Anbietenden zugehen, § 130 BGB, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen des § 151 BGB vor.

Bei der Annahme eines Angebots besteht das Problem der Rechtzeitigkeit gemäß §§ 146 ff. BGB. Nach § 146 BGB erlischt das Angebot, wenn es abgelehnt oder nicht rechtzeitig im Sinne der §§ 147 ff. BGB angenommen wurde.

Da es sich bei der Kommunikation via SMS um eine unter Abwesenden handelt,²⁷⁷ greift § 147 II BGB ein: Das Angebot gilt bis zu dem Zeitpunkt, zu dem "der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf." Fraglich ist, wann mit einem Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen zu rechnen ist. Die Annahmefrist besteht grundsätzlich aus der Zeit der Übermittlung des Antrags an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Übermittlung der Antwort.²⁷⁸

²⁷³ S.u., S.109 ff..

²⁷⁴ S.u., S.97 ff..

²⁷⁵ Vgl. zur Möglichkeit der externen Verlinkung s. u. S.109 ff.

²⁷⁶ Vgl. hierzu s. u. S. 116 f.

²⁷⁷ Zur näheren Begründung s.o., S.42 ff..

²⁷⁸ Vgl. statt aller: BGH NJW 1996, 919, 921; OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 329; Holzbach-Süßenberger, in: *Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce*² (2005) 433;

Bei einer SMS reduziert sich die Frist wie bei der E-Mail wegen der hohen Übertragungsgeschwindigkeit auf die Bearbeitungs- und Überlegungszeit des Empfängers.²⁷⁹ Diese hängen von dem Umfang und der Wichtigkeit der Entscheidung ab. Da die Erklärung per SMS grundsätzlich sofort zugeht,²⁸⁰ könnte auch mit einer sofortigen Antwort durch den Erklärenden gerechnet werden.

Glatt geht bei der E-Mail davon aus, dass diese nicht wegen der Eilbedürftigkeit der Erklärung, sondern wegen der Kostenersparnis und Arbeitserleichterung genutzt werde. Er meint deshalb, dass allein aufgrund der Tatsache, dass die E-Mail als Kommunikationsmedium genutzt werde, nicht von einer besonders kurzen Annahmefrist auszugehen sei.²⁸¹ Er fordert daher einen ausdrücklichen Hinweis auf die Eilbedürftigkeit durch den Absender, wenn die Annahme kurzfristig erfolgen und so eine Verkürzung der Überlegungszeit vorliegen solle.²⁸² Dörner bemisst die Annahmefrist im elektronischen Geschäftsverkehr nach der Leistungsfähigkeit der Software, die etwaige Kontrollen über Lagerbestand und Bonität durchführt, und kommt unter diesen Voraussetzungen auf eine Annahmefrist von wenigen Sekunden.²⁸³ Bartl wollte im Zusammenhang mit dem Btx-Dienst dem Nutzer jede Überlegungsfrist versagen, da der Anbieter durch die Entscheidung für die Nutzung des Btx-Dienstes zum Ausdruck gebracht habe, dass er nur eine sofortige Antwort zulasse.²⁸⁴ Hiergegen wurde jedoch zu Recht eingewandt, dass § 147 Absatz 2 BGB den möglichen Vertragspartner des Anbietenden vor einer übereilten Annahme schützen solle. Daher dürfte nicht nur auf das Kommunikationsmittel, sondern auch auf die übrigen Umstände der Verhandlungen abgestellt werden, insbesondere auf den Entscheidungsinhalt.²⁸⁵ Während Dörner in den Fällen der automatischen Bearbeitung von elektronischen Angeboten zuzustimmen ist, da dort eine Überlegung wegen der standardisierten Antwort durch das Softwareprogramm des Annehmenden nicht stattfindet, mögen die Überlegungen Glatts für die E-Mail zutreffen. Bei der SMS hingegen ist zu bedenken, dass bei Zulassung dieses Mediums für den

MüKo⁴-Kramer (Fn. 101), § 147 Rn. 6; Mehrings, MMR 1998, 30, 33.

²⁷⁹ Vgl. für die E-Mail: *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 584; *Glatt*, Vertragsschluss im Internet (2002) S. 59.

²⁸⁰ S.o., S.58 ff..

²⁸¹ *Glatt*, Vertragsschluss im Internet (2002) 59.

²⁸² *Glatt*, Vertragsschluss im Internet (2002) 59.

²⁸³ *Dörner*, AcP 202 (2002), S. 363, 376.

²⁸⁴ *Bartl*, DB 1982, 1097, 1100.

²⁸⁵ Vgl. *Paefgen*, JuS 1988, 592, 596; *Redeker*, NJW 1984, 2391.

Geschäftsverkehr der Nutzer eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er dadurch auch unterwegs, also ständig erreichbar ist. Unter diesem Gesichtspunkt steht bei der ortsungebunden nutzbaren SMS eindeutig die Eilbedürftigkeit und Kurzfristigkeit im Vordergrund. Demnach kann, wenn die Entscheidungen nicht aufgrund ihres Umfangs mehr Zeit zur Überlegung erfordern, mit einer sofortigen Annahme durch den Absender gerechnet werden.

3. Anfechtung

Bei der Willenserklärung per SMS stellt sich wie bei jeder Willenserklärung die Frage, unter welchen Bedingungen sie beseitigt werden kann. Eine Beseitigungsmöglichkeit bei Vorliegen eines rechtlich relevanten Irrtums seitens des Erklärenden ist die Anfechtung. Ein Irrtum liegt vor, wenn Wille und Erklärung auseinanderfallen.²⁸⁶ Rechtlich relevant ist er, wenn im BGB hierfür ein Anfechtungsgrund vorgesehen ist. Auf ein Verschulden des Irrtums durch den Erklärenden kommt es nicht an.²⁸⁷

a. Eingabefehler/ Bedienungsfehler

Gemäß § 119 Absatz 1 Alt. 2 BGB kann ein Irrtum über die Erklärungshandlung angefochten werden. Eine Erklärung, die schon in ihrer äußeren Gestalt nicht mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmt, soll dieser wegen seines Rechts auf Selbstbestimmung wieder beseitigen können.²⁸⁸ Bei einer elektronischen Willenserklärung liegt ein solcher Fall vor bei einem Eingabefehler, der sich etwa durch Vertippen ereignet hat. Hierbei besteht für die SMS keine Besonderheit, so dass bei einer versehentlichen Falscheingabe über die Tatstatur des mobilen Endgerätes und dem anschließenden Abschicken der SMS eine Anfechtung dieser zunächst wirksamen Willenserklärung möglich ist.

b. Übermittlungsfehler

Bei den sogenannten Übermittlungsfehlern, bei denen die Willenserklärung nicht so bei dem Empfänger ankommt, wie sie vom Absender versandt wurde, kommt § 120

²⁸⁶ Allg. Ansicht: *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 119 Rn. 7.

²⁸⁷ RGZ 62, 205; 88, 411; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 119, Rn.1.

BGB zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift sind Willenserklärungen dann anfechtbar, wenn auf dem Übermittlungsweg außerhalb des Machtbereichs des Empfängers und des Machtbereichs des Absenders eine Veränderung der Willenserklärung geschieht.²⁸⁹ Bei der Übertragung von elektronischen Willenserklärungen gilt hierbei Folgendes: Um eine Abgrenzung zu § 119 Absatz 1 Alt. 2 BGB zu ermöglichen, ist es erforderlich, zwischen Machtbereich und Transportstrecke zu unterscheiden.²⁹⁰ Während im ersten Fall die fehlerhafte Willenserklärung im Herrschaftsbereich des Erklärenden entsteht, verlässt die Willenserklärung im zweiten Fall in korrekter Fassung den Absender und gelangt in veränderter Form zum Empfänger. Übertragen auf die E-Mail und die SMS fällt bei der E-Mail der Computer des Erklärenden und bei der SMS das mobile Endgerät, wo die Willenserklärung eingegeben wird, nicht unter diese Vorschrift, sondern unter § 119 Absatz 1 Alt. 2 BGB. Bei der elektronischen Willenserklärung ist unter Transportstrecke demnach der Teil des Übertragungsweges zu verstehen, der nach dem Passieren der Nachricht der Schnittstelle des Erklärenden beginnt und mit dem Zugang beim Empfänger endet.²⁹¹ Sinn des § 120 BGB ist es, das dem Erklärenden aufgebürdete Erklärungsrisiko, wonach diesem die Erklärung inhaltlich so zugerechnet wird, wie sie beim Empfänger ankommt, auszugleichen.²⁹² Insbesondere soll es unerheblich für die Risikoverteilung sein, ob der Erklärende zur elektronischen Übermittlung durch den Empfänger aufgefordert worden ist, da trotz der Aufforderung die Übermittlungstätigkeit dem Absender zuzurechnen ist.²⁹³ Während vor der Gesetzesänderung durch das Formanpassungsgesetz vom 14.12.2000²⁹⁴ noch die Frage bestehen konnte, ob auch private Diensteanbieter in den Anwendungsbereich des § 120 BGB fallen, ist mit der Änderung des Begriffs "Anstalt" in "Einrichtung" durch den Gesetzgeber eindeutig geregelt, dass auch private Diensteanbieter, die die

²⁸⁸ *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 653.

²⁸⁹ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 120 Rn. 1; *Heun*, CR 1994, S. 595, 596.

²⁹⁰ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 120 Rn. 1; *Heun*, CR 1994, S. 595, 596.

²⁹¹ Vgl. *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003) 408.

²⁹² Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 14.

²⁹³ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 14; *MüKo*⁴-*Kramer* (Fn. 105), § 120 Rn. 1.

²⁹⁴ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987.

Willenserklärung übermitteln, unter diese Vorschrift fallen.²⁹⁵ Durch die Vorschrift sollen alle die Risiken erfasst werden, die aus der vom Absender nicht mehr beherrschten Sphäre stammen, diesem jedoch wegen der Zuweisung des Transportrisikos zugerechnet werden.²⁹⁶ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen hierunter sowohl technische Defekte und Irrtümer als auch Eingriffe Dritter von außen auf die Übertragung fallen. Deshalb wurde in der Vorschrift nicht nach dem Grund der falschen Übermittlung unterschieden.²⁹⁷ Wiebe nimmt als Begründung dafür die sonst entstehenden Schwierigkeiten bei dem Nachweis der Fehlerursache an.²⁹⁸ Wiebe weist weiter richtig darauf hin, dass auch bei paketvermittelten elektronischen Willenserklärungen, wie etwa der SMS, § 120 BGB zur Anwendung kommt. Hierbei wird die Erklärung für den Transport in einzelne Datenpakete unterteilt und beim Empfänger wieder zur Ursprungserklärung zusammengesetzt. In dieser Unterteilung und der anschließenden Zusammensetzung ist nicht etwa eine Erstellung der Erklärung zu sehen. Das hätte sonst zur Konsequenz, dass § 119 Absatz 1 Alt. 2 BGB zur Anwendung kommen müsste. Diese Unterteilung erfolgt jedoch erst, nachdem sie zunächst vollständig beim Absender erstellt wurde und lediglich zu Zwecken des Transportes.²⁹⁹

c. Daten-, Soft- und Hardwarefehler

Wie anfangs geschildert, besteht auch bei der Versendung der SMS die Möglichkeit diese vollautomatisch als Computererklärung abzugeben. Treten hierbei aufgrund von Daten-, Soft- oder Hardwaremängeln Fehler auf, kann das dadurch entstehende Auseinanderfallen von Wille und Erklärung nicht angefochten werden. Die EDV-Anlage kann nicht als Bote angesehen werden, da sie sich im Herrschaftsbereich des Erklärenden befindet. Eine Anfechtung gemäß § 120 BGB kommt nicht in Betracht.

²⁹⁵ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 14.

²⁹⁶ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002). 394; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 14.

²⁹⁷ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 14.

²⁹⁸ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 396.

Eine Anfechtung gemäß § 119 BGB ist ebenfalls nicht möglich. Hierbei gelten Irrtümer, die bei der Willensformulierung und der Kundgabe auftreten, als unbeachtliche Motivirrtümer. Die Daten, Hard- und Softwarekomponenten der EDV-Anlage dienen dem Computer als Grundlage zur Bildung der konkreten Willenserklärung. Tritt hier ein Fehler auf, handelt es sich um einen internen Kalkulationsirrtum und damit um einen unbeachtlichen Motivirrtum.³⁰⁰ Diese für die automatisierte Computererklärung festgestellten Grundsätze gelten auch für solche automatisierten Erklärungen, bei denen die SMS das Übertragungsmedium darstellt. Die Computererklärung im Gewand einer SMS ist bei Daten-, Soft- und Hardwarefehlern nicht anfechtbar.

4. Widerruf

§ 130 Absatz 1 Satz 2 BGB ermöglicht es, dem Erklärenden seine Willenserklärung bis zum Zugang beim Empfänger zu widerrufen. Voraussetzung hierfür ist, dass den Empfänger gleichzeitig oder vor der zu widerrufenden Willenserklärung der Widerruf erreicht. Da bei der Übertragung der SMS der Zugang nach der hier vertretenen Meinung bereits mit der Möglichkeit der Speicherung im SMSC des Empfängers gegeben ist und die Übertragung prinzipiell nur eine Frage von Sekunden ist, ist nicht vorstellbar, dass ein Widerruf den Empfänger vor der eigentlichen Willenserklärung erreicht. Die Widerrufsmöglichkeit des § 130 Absatz 1 Satz 2 BGB scheidet mithin aus tatsächlichen Gründen aus.

5. Erfordernis der Schriftform gemäß § 126 BGB, § 126 a BGB

Die Nichtbeachtung der gesetzlich vorgesehenen Schriftform des § 126 BGB führt zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 BGB. Das Gleiche gilt auch im Zweifel für die vertraglich vereinbarte Schriftform im Sinne des § 127 BGB.

Voraussetzung für § 126 BGB ist eine Urkunde und die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden. Dass die SMS zwar keine Urkunde darstellt, jedoch mit ihr gleichgesetzt werden kann, wird im Rahmen des Kapitels der Beweiskraft eingehend erörtert werden. Ebenso wird erörtert werden, dass eine SMS keine eigenhändige Unterschrift

²⁹⁹ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 394 f.

³⁰⁰ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 375; Taupitz/ Kritter, JuS 1999, 839, 843.

aufweist und auch kein vergleichbares Surrogat.³⁰¹

Mangels Erfüllung der wesentlichen Voraussetzung der eigenhändigen Unterschrift wird die SMS dem Erfordernis der Schriftform nicht gerecht. Demnach entfällt eine direkte oder analoge Anwendung des § 126 BGB auf die SMS.

Auch mit der qualifiziert signierten Willenserklärung im Sinne des § 126 a BGB ist die SMS, wie noch im Kapitel über die Beweiskraft zu zeigen sein wird, nicht vergleichbar. Die SMS ist nicht vergleichbaren Überprüfungen und Überwachungen unterworfen, wie sie das Signaturgesetz vorschreibt. Außerdem mangelt es ihr an der Identitätsfunktion.³⁰²

6. Anwendbarkeit des § 126 b BGB auf die SMS

§ 126 b BGB regelt die Textform. Wenn ein Gesetz die Textform vorschreibt, „muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben“ werden. Darüber hinaus ist es erforderlich, dass der Erklärende genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird.

Diese Vorschrift ist, wie sich sogleich zeigen wird, durch eine SMS erfüllbar.

Die Norm soll dort, wo die Strenge der Schriftform nicht den Verkehrsbedürfnissen entspricht, Erleichterung verschaffen. Daher gibt sie in den Fällen, in denen die eigenhändige Unterschrift entbehrlich ist, die Möglichkeit von der Schriftform abzuweichen.³⁰³ Beispiele hierfür sind etwa die Unterrichtung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen (§ 312 c BGB), die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Absatz 1 Satz 2 BGB und die Belehrung über das Widerrufsrecht gemäß § 355 Absatz 2 Satz 1 BGB.³⁰⁴ In den Fällen der Textform sah der Gesetzgeber wegen des starken Interesses des Empfängers an der dauerhaften Dokumentation der Erklärung eine formlose Erklärung als nicht ausreichend an. Hiermit soll insbesondere die Gefahr der einseitigen, nachträglichen Veränderung durch den Vertragspartner ausgeschlossen werden.³⁰⁵ Grund für die Anordnung der Textform ist stets dann gegeben, wenn die

³⁰¹ S.u., S.163 f..

³⁰² Vgl. ausführlich s.u., S.163 f..

³⁰³ Vgl. Münchener Kommentar(-Einsele), Band 1a, Allgemeiner Teil, §§ 80, 81, 105a, 126-127, 194-218, ProstG⁴ (2003) § 126 b Rn.1.

³⁰⁴ Selbstverständlich gibt es noch zahlreiche weiterer Vorschriften, die die Textform anordnen, hier jedoch nicht sämtlich aufgezählt werden sollen.

³⁰⁵ Vgl. Hoenike/ Hülsdunk, MMR 2002, 516, 517.

Informations- und Dokumentationsfunktion gegenüber der Beweis- und Warnfunktion überwiegt.³⁰⁶

Wie bereits im Abschnitt zuvor angedeutet³⁰⁷ erfüllt die SMS nicht die von § 126 b BGB geforderte Form der Urkunde. Allerdings ist sie durchaus unter das Merkmal „auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise“ subsumierbar. Zum einen kann die SMS in Schriftzeichen auf dem Display des mobilen Endgeräts lesbar gemacht werden. Dies ist für die Textform ausreichend. Nicht entscheidend ist, dass ein Sichtbarmachen durch den Empfänger tatsächlich erfolgt.³⁰⁸ Zum anderen ist auch das Merkmal der Dauerhaftigkeit der Wiedergabe gegeben: Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass die Erklärung dauerhaft festgehalten werden kann.³⁰⁹ Grund hierfür ist, dass es dem Gesetzgeber bei der Textform gerade um das Interesse des Empfängers an der Dokumentationsmöglichkeit geht.³¹⁰ Daher reicht die Möglichkeit der Speicherung aus, denn so ist dem Interesse des Empfängers – er kann eine Dokumentation durchführen - und der Leichtigkeit des Verkehrs – der Absender ist nicht auf das Speichern durch den Empfänger angewiesen - Rechnung getragen. Die SMS wird zunächst netzseitig auf der SIM-Karte des Empfängers gespeichert. Dieser hat es anschließend selbst in der Hand, die SMS auf seiner Mobilfunkstation zu speichern und so dauerhaft für sich verfügbar zu halten.

Als weiteres Merkmal der Textform ist es erforderlich, dass die Person des Erklärenden genannt wird. Hierfür ist es ausreichend, wenn sich die Person des Erklärenden zumindest aus dem Gesamthalt der Erklärung bestimmen.³¹¹ Für die SMS bedeutet es, dass üblicherweise die Person des Erklärenden aus der Telefonnummer, die stets netzseitig mit übersandt wird, erkennbar ist.³¹² Die Telefonnummer wird nur einmal weltweit vergeben und lässt so auf einen bestimmten Absender schließen. Dies steht insbesondere nicht im Widerspruch zu den Ausführungen dazu, dass im Zusammenhang mit der Abgabe einer Willenserklärung

³⁰⁶ MüKo⁴-Einsele ((Fn. 303) § 126 b Rn.1.

³⁰⁷ Näher dazu auch s.u. S. 159 f.

³⁰⁸ Erman-Palm (Fn. 81) § 126 b, Rn. 3.

³⁰⁹ Vgl. LG Kleve, NJW-RR 2003, 196; Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 126 b, Rn. 3; Erman-Palm (Fn. 81) § 126 b, Rn. 3; MüKo⁴-Einsele (Fn. 303) § 126 b, Rn.4; Begründung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/ 4987, S.20.

³¹⁰ MüKo⁴-Einsele ((Fn. 303) § 126 b Rn.1.

³¹¹ Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), § 126 b Rn. 4.

³¹² Vgl. u.S.141 ff.

kein materiell-rechtlicher Schluss über die Mobilfunknummer auf den Absender gezogen werden darf.³¹³ Wie bereits dargelegt, ist Sinn und Zweck der Textform einen Ausgleich zwischen den Interessen des Verkehrs (Leichtigkeit) und den Interessen des Empfängers (Dokumentation) herzustellen. Die Textform erfüllt gerade nicht die typischen Formzwecke wie die Schriftform (Warn-, Beweis- und Identitätsfunktion).³¹⁴ Im Fordergrund steht der Informationscharakter. Letztlich ist es für den Empfänger auch unschädlich, wenn der Absender nicht mit dem Mobilfunkinhaber identisch ist. Die Beweislast bezüglich der Einhaltung der korrekten Form liegt beim Absender.³¹⁵ Untersucht man nämlich die Vorschriften, die die Textform anordnen, kann man ohne Ausnahme feststellen, dass sie nur in den Bereichen eingesetzt werden kann, in denen die Nichteinhaltung der korrekten Form ausschließlich zum Nachteil des Absenders der Erklärung geht.³¹⁶ Ein anderes Ergebnis wäre auch mit der Intention des Gesetzgebers, nämlich in den Bereichen, in denen gerade nicht die Beweisfunktion sondern ausschließlich die Dokumentation für den Empfänger im Fordergrund steht, die Leichtigkeit des Verkehrs durch eine einfachere Form als die Schriftform zu fördern, nicht vereinbar.³¹⁷

Schließlich ist es erforderlich, dass der Text in geeigneter Weise erkennbar abgeschlossen wird.³¹⁸ Die netzseitig übersandte Rufnummer, die automatisch an die SMS angehängt wird, kann diese Abschlussfunktion nicht erfüllen. Dies liegt darin begründet, dass sie stets automatisch übertragen wird und keine Abhängigkeit zum Abschluss der Erklärung besteht. Die Übertragung der Telefonnummer lässt gerade nicht den Schluss zu, dass die Erklärung abgeschlossen ist. Für die Erfüllung dieses Kriteriums muss der Absender Sorge tragen. Zur Erfüllung dieses Kriteriums ist es nicht erforderlich, dass der Absender seinen Namen als Unterschrift der Erklärung anfügt.³¹⁹ Ausreichend wäre etwa das Einfügen des Wortes „Ende“.

³¹³ Vgl. o. S. 37 f..

³¹⁴ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37) § 126 b, Rn. 1.

³¹⁵ Hoenike/ Hülsdunk, MMR 2002, 516, 517; zur Beweispflicht bei der Widerrufsbelehrung: Mankowski, CR 2001, 767, 772.

³¹⁶ Vgl. zur ausführlichen Übersicht der Normen: *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 303) § 126 b, Rn. 2.

³¹⁷ Vgl. auch *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.33) § 126 b Rn. 6; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 303) § 126 b, Rn. 6.

³¹⁸ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37) § 126 b Rn. 5.

³¹⁹ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37) § 126 b Rn. 5; *MüKo*⁴-*Einsele* (Fn. 303) § 126 b, Rn. 6.

7. Fazit

Wann ein Angebot für den Teledienst der Premium-SMS vorliegt, richtet sich nach § 312 e Absatz 1 Nr. 2 BGB als spezielle Auslegungsregel. Hiernach ist bereits in der Veröffentlichung der Telefonnummer durch den Diensteanbieter zur Nutzung des Dienstes ein Angebot zu sehen. Im Übrigen gilt, dass die Abgrenzung zwischen Angebot und invitatio ad offerendum nach einer Interessen- und Risikobewertung des Einzelfalles unter Berücksichtigung der technischen Standards vorzunehmen ist. Eine pauschale Einordnung nach Geschäftszweigen ist abzulehnen.

Für die Annahme gilt, dass prinzipiell aufgrund der im Vordergrund stehenden Eilbedürftigkeit und Kurzfristigkeit bei dem Einsatz der SMS als Kommunikationsmedium mit einer sofortigen Annahme zu rechnen ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Komplexität der Sache eine längere Überlegungszeit rechtfertigt.

Eine elektronische Willenserklärung per SMS kann bei Eingabe- und Bedienungsfehlern gemäß § 119 Absatz 1 Alt. 2 BGB angefochten werden. Bei Übermittlungsfehlern, die während der Übertragung der SMS auf der Transportstrecke unterlaufen, gilt § 120 BGB. Daten-, Soft- und Hardwarefehler können als unbeachtliche Motivirrtümer nicht angefochten werden.

Aufgrund des Zugangs im Zeitpunkt der möglichen Speicherung nach Eingang beim Provider des Empfängers ist ein Widerruf gemäß § 130 Absatz 1 Satz 2 tatsächlich unmöglich.

Mit der SMS kann weder das Schriftformerfordernis gemäß § 126 BGB noch das einer qualifiziert signierten Willenserklärung gemäß § 126 a BGB eingehalten werden.

Die Anforderungen der Textform (§ 126 b BGB) sind durch die SMS erfüllbar.

IV. Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen

Beim Massenverkehr, bei dem eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen mit demselben Inhalt abgeschlossen wird, greifen die Unternehmen zur Vereinfachung auf allgemeine Geschäftsbedingungen zurück, um nicht mit jedem Kunden einzeln einen Vertrag aushandeln zu müssen. Auch beim elektronischen Geschäftsverkehr wird es sich häufig um Massenverkehr handeln und so das Erfordernis der Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehen. Während die Einbeziehungsvoraussetzungen schon im E-Commerce sehr umstritten sind, besteht bei Vertragsschlüssen per SMS das Problem der Zeichenbegrenzung auf 160 Zeichen. Dies scheint selbst für die Einbeziehung kurzer AGB ein unüberwindbares Hindernis darzustellen. Im Folgenden sollen Lösungsansätze diskutiert werden, die es Unternehmern ermöglichen, AGB auch bei dem Kommunikationsmedium der SMS zu gebrauchen.

1. Voraussetzung des § 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB

§ 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB fordert grundsätzlich einen ausdrücklichen Hinweis bei Vertragsschluss auf die AGB des Verwenders. Der Hinweis muss dem Vertragspartner eindeutig zu verstehen geben, dass der Verwender den Vertrag nur unter Einbeziehung seiner AGB schließen möchte.³²⁰ Dieser Hinweis muss dem Kunden so zur Kenntnis gebracht werden, dass dieser ihn nicht übersehen kann³²¹ und bei "Vertragsschluss" erhält. "Bei Vertragsschluss" bedeutet, dass ein Zusammenhang mit den Handlungen bestehen muss, die zum Abschluss des Vertrages geführt haben.³²² Daraus folgt, dass der Hinweis individuell dem einzelnen Kunden gegenüber gegeben werden muss. Ein allgemeiner öffentlicher Hinweis in Prospekten, in der Werbung, also in Verbindung mit einer *invitatio ad offerendum*, wird als nicht ausreichend angesehen.³²³ Eine

³²⁰ BGH, WM 1986, 1194, 1196; BGH, ZIP 1981, 1220, 1221; OLG Nürnberg, BB 1990, 1998, 1999; *Ulmer/ Brandner/ Hensen-Ulmer*, AGB-Recht¹⁰ (2006) § 305 Rn. 124; Bach, K&R 2005, 308, 309; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003), 280; *Wolf/ Horn/ Lindacher-Wolf*, AGB-Gesetz³ (1994), § 2 Rn. 7.

³²¹ BGH, NJW-RR 1987, 112, 113; Horn, MMR 2002, 209; Koehler, MMR 1998, 290; Mehrings, BB 1998, 2374; *Löhning*, NJW 1997, 1688; *Wolf/ Horn/ Lindacher³-Wolf* (Fn. 295), § 2 AGBG Rn. 8.

³²² BGH, NJW-RR 1987, 113; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 199; LG Köln, VersR 1983, 69; *Palandt⁶⁵-Heinrichs* (Fn. 37), § 305 Rn. 30; *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn. 320), § 305 Rn. 124; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 279; *Wolf/ Horn/ Lindner³-Wolf* (Fn. 303), § 2 Rn. 16.

³²³ LG Münster, VersR 1980, 100; LG Berlin, MDR 1980, 404; *Palandt⁶⁵-Heinrichs* (Fn. 37), § 305 Rn.

Ausnahme von dieser ausdrücklichen Hinweispflicht macht das Gesetz in § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB dort, wo ein “Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist”. Dann ist jedoch ein Aushang der AGB am Ort des Vertragsschlusses erforderlich. Hierunter fallen solche Verträge, bei denen der Hinweis auf die AGB die reibungslose Bedienung einer Vielzahl von Kunden stören würde³²⁴ oder bei denen ein zwischenmenschlicher Kontakt nicht gegeben ist³²⁵.

Für die SMS bedeutet dies, dass nach der Vorschrift des § 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB ein Hinweis auf die AGB des Verwenders erforderlich ist. Die Ausnahme greift nicht ein, da ein Vertragsschluss mittels SMS gerade zwischen Abwesenden geschlossen wird. Ein Aushang am Ort des Vertragsschlusses, wo er für den Kunden deutlich sichtbar ist, ist nicht möglich. Geht der Antrag vom Unternehmer aus, muss der Hinweis bereits in der SMS des Unternehmers enthalten sein. Da aufgrund der Zeichenbegrenzung bei der SMS die AGB nicht übertragen werden können, sollte der Hinweis den Ort beinhalten, wo die AGB eingesehen werden können. Hierfür empfiehlt es sich, wie noch zu zeigen sein wird, eine Homepage im Internet anzugeben. Ein solcher Hinweis könnte demnach lauten: “AGB: www.xyz.de”. Demnach hängt die Länge des Hinweises von der Menge der Zeichen der Internetadresse ab. Erfahrungsgemäß sind Second Level Domains³²⁶ kürzer als 15 Zeichen. Legt man großzügig eine Zeichenanzahl von ca. 15 zugrunde, dann würde der Hinweis 30 Zeichen der 160 der SMS in Anspruch nehmen, was noch durchführbar erscheint.

a. Angebot seitens des Kunden

Problematisch ist es in den Fällen, in denen der Kunde auf eine invitatio ad offerendum des Unternehmers reagiert. Dies wird die häufigste Anwendung im Bereich des Vertragsschlusses über materielle Güter sein.

Hier ist der Kunde derjenige, der das Angebot zum Vertragsschluss abgibt, und es

29; *Ulmer/ Brandner/ Hensen-Ulmer*¹⁰ (Fn.320), § 305, Rn. 124; *Staudinger-Schlosser*, BGB, §§ 305-310, UKlaG¹³ (2006) § 305, Rn. 110; *Wolf/ Horn/ Lindacher*³-*Wolf* (Fn. 320), § 2 Rn. 8; *Eckert*, DB 1994, 717, 719.

³²⁴ BGH, NJW 1985, 850; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 305 Rn. 31; v. *Westphalen*, NJW 1994, 367; *Schmidt*, VersR 1978, 594.

³²⁵ LG Ffm, NJw-RR 1988, 955; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.33), § 305 Rn. 31.

³²⁶ Teil der Internetadresse, der vor der Top Level Domain („de“, „com“, etc.) steht und bei Unternehmen i.d.R. den Firmennamen beinhaltet, Cichon, S. XXXIX.

kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass dieser sich die AGB des Unternehmers zu Eigen macht.³²⁷

In drei Fällen wurde von dieser Regel bislang eine Ausnahme anerkannt:

1. Die Bestellung durch den Kunden erfolgt auf einem Formular des Verwenders, auf dem sich ein deutlicher Hinweis auf die AGB befindet.³²⁸
2. Bei dem Angebot des Kunden handelt es sich eigentlich um eine verspätete Annahmeerklärung, die gemäß § 150 Absatz 1 BGB als inhaltlich unverändertes Angebot gilt.³²⁹
3. Der Kunde erklärt sich ausdrücklich mit den ihm bekannten AGB des Verwenders einverstanden.³³⁰

Für den Vertragsschluss per SMS ist Fall 1 ohne Bedeutung, da per SMS kein Formular verschickt wird, die Fälle 2 und 3 gelten ohne Einschränkung.

Abgesehen von den soeben beschriebenen Ausnahmen kann der Unternehmer nicht erst mit seiner Annahmeerklärung seine AGB in den Vertrag einbeziehen. Grund hierfür ist, dass der Hinweis auf die AGB “bei Vertragsschluss” gegeben werden muss. Bei dem Vertragsschluss per SMS findet während der Annahme des Angebots keine Kommunikation statt, die das Angebot des Kunden dahingehend ändern könnte, dass einverständlich die AGB des Unternehmers einbezogen werden sollen. Somit ist der Hinweis auf seine AGB in der Annahmeerklärung des Unternehmers zu spät. Die AGB werden nicht mit einbezogen.

Ein gleich gelagerter Fall liegt vor, wenn der Unternehmer das Angebot des Kunden konkludent dadurch annimmt, dass er die ihm obliegende Leistung durchführt, zum Beispiel die Ware zuschickt, und seine AGB beilegt. Gemäß § 151 BGB wird das Angebot durch Erbringung der Leistung angenommen. Der Hinweis auf die AGB und die AGB selbst würden zu spät bekannt gegeben werden.

Anders ist es, wenn der Unternehmer seine Leistung mit dem ausdrücklichen Hinweis vornimmt, dass der Vertrag nur unter Zugrundelegung der beigefügten AGB geschlossen werden soll. Hierbei handelt es sich um eine abändernde

³²⁷ LG Frankfurt a.M. 1992, 1103, 1103; LG Berlin, BB 1980, 1770; *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn.320), § 305, Rn. 130; *Kaiser/ Voigt*, K&R 1999, 445, 450.

³²⁸ Vgl. BGH, WM 1986, 1194, 1196; AG Freudenstadt, NJW-RR 1994, 238, 239; *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn.320), § 305, Rn. 132.

³²⁹ *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn.320), § 305 Rn. 132.

³³⁰ Sogenannter Selbsthinweis: BGH, DB 1986, 2074; *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn. 320), § 305 Rn. 132; *Eckert*, DB 1994, 717, 720.

Annahmeerklärung, die gemäß § 150 Absatz 2 BGB als Angebot zu werten ist. Dieses Angebot wird durch widerspruchslöse Entgegennahme des Kunden, durch Schweigen, angenommen. Die AGB des Unternehmers sind wirksam einbezogen worden.³³¹ Allerdings darf der Anbieter seinen Betrieb nicht nach diesem Vorgehen ausrichten, da hierin sonst eine Umgehung der §§ 305 ff. BGB zu sehen wäre und gegen das Umgehungsverbot des § 306 a BGB verstoßen würde. Im Geschäftsverkehr erscheint diese Lösung auch wenig praktikabel: Der Unternehmer müsste diese Vorgehensweise auch durch Individualverträge mit den Kunden vereinbaren. Diese gesonderte Vereinbarungspflicht liegt darin begründet, dass prinzipiell Schweigen der anderen Seite nicht als Erklärung im Rechtsverkehr gewertet wird, sondern nur dann, wenn dies zwischen den Parteien vereinbart wurde.³³² Eine derartige Regelung kann der Unternehmer auch nicht in seine AGB aufnehmen, da diese Regelung erst den Vertragsschluss als solchen begründet. Da der Vertrag jedoch den Geltungsgrund für die AGB darstellt, ist eine AGB-Klausel, die das Zustandekommen des Vertrages betrifft, nicht möglich.³³³ Dies übersehen Kessel/ Kuhlmann/ Passauer/ Schriek, die letztlich eine derartige AGB-Klausel ablehnen, da sie hierin einen Verstoß gegen § 307 Absatz 2 BGB erblicken. Grund hierfür sei, dass in dieser Regelung ein anderer als der gesetzliche Grundtypus des zweiaktigen Vertrages angeordnet werde.³³⁴ Nach Kessel/ Kuhlmann/ Passauer/ Schriek soll die Lösung des Problems zumindest für einmalige Informationsdienste im M-Commerce in einer erweiternden Auslegung des § 305 a Nr. 2 b BGB liegen.³³⁵ Nach dieser Vorschrift kann der Anbieter seine AGB auch ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 305 Absatz 2 Nrn. 1 und 2 BGB wirksam einbeziehen. Hierzu ist es insbesondere nötig, dass es sich um Verträge über Dienstleistungen³³⁶ handelt, die während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung erbracht werden oder einen

³³¹ Vgl. *Ulmer/ Brandner/ Hensen*¹⁰-*Ulmer* (Fn. 320), § 305, Rn. 131.

³³² BGH, NJW 2002, 3629; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), Vor § 116, Rn. 7; *Larenz/ Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) 528; *Micklitz*, NJW 1982, 263, 267; *Brinkmann*, BB 1981, 1183, 1189; *Koch/ Stübing*, AGB-Gesetz (1977) § 2 Rn. 41.

³³³ Vgl. KG, NJW 1981, 2822; OLG Kblz, NJW 1989, 2951; *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 305, Rn. 5, § 308 Rn. 25.

³³⁴ K&R 2004, 519, 526.

³³⁵ K&R 2004, S. 519, 526.

³³⁶ Der Begriff der „Dienstleistung“ ist hier europarechtskonform weit auszulegen und umfasst u.a. auch Werk-, Miet-, Werklieferungsleistungen und Geschäftsbesorgungsverträge, vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Rn.37), § 312 b, Rn. 10; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/ 2658, S. 30.

Telekommunikationsdienst darstellen. Als Beispiele gelten die Zeitanzeige oder die Auskunft.³³⁷ Bei dieser Norm handele es sich nach Kessel/ Kuhlmann/ Passauer/ Schriek zwar um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift, jedoch sei eine Analogie im Rahmen des Gesetzeszweckes möglich. Sie streichen heraus, dass bei dieser Vorschrift das Kundeninteresse an einer schnellen Dienstleistung im Vordergrund stehe und der Gesetzgeber deshalb auf die Voraussetzungen des § 305 Absatz 2 Nrn. 1 und 2 BGB verzichtet habe.³³⁸ Genau dieses Interesse habe auch der Nutzer eines mobilen Endgerätes. Die erforderliche Regelungslücke für eine Analogie ergebe sich daraus, dass die Schwierigkeiten der AGB-Einbeziehungen vom Gesetzgeber nicht gesehen worden seien. Hierbei beziehen sie sich auf die Begründung des Gesetzgebers zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 14.5.2001³³⁹, in der explizit darauf hingewiesen wird, dass die Bereitstellung der AGB keine Schwierigkeiten hervorrufen werde. Die Einschränkung auf einmalige Informationsdienste begründen sie damit, dass es sich bei den Geschäften, die unter § 305 a Nr. 2 b BGB fallen, um Dienstleistungen geringen Wertes handele. Darüber hinaus seien es Leistungen, die während der Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung erfüllt würden und gerade keine längerfristigen Vertragsbindungen darstellten.³⁴⁰

Eine derartige Analogie ist mit Ranke abzulehnen. Insbesondere spricht dagegen, dass der Gesetzgeber die vorherige Vorschrift des § 23 a Absatz 2 Nr. 1 AGBG aF noch weiter einschränken wollte und in seiner Begründung ausschließlich auf Telekommunikationsunternehmen und Telekommunikationsdiensteanbieter, die von der Freistellung allein profitieren sollen, verweist.³⁴¹ Eine Erweiterung auf Telediensteanbieter, wie es Kessel/ Kuhlmann/ Passauer/ Schriek anstreben, steht im Widerspruch zu der historisch begründeten Stellung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, der heutigen Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Die Regulierungsbehörde war zur Kontrolle der Telekommunikationsdienstleister im Rahmen der Privatisierung der Telekom eingerichtet worden. Daher ist sie auch die zuständige Behörde für die

³³⁷ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 305 a, Rn. 5.

³³⁸ K&R 2004, 519, 525.

³³⁹ Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/ 6040, 152.

³⁴⁰ K&R 2004, 519, 525 f.

³⁴¹ *Ranke*, MMR 2002, 509, 511.

Hinterlegung der AGB der Telekommunikationsdienstleister im Sinne des § 305 a Nr. 2 b BGB. Diese Behörde darüber hinaus noch mit der Veröffentlichung und Hinterlegung von AGB anderer Dienstleister, insbesondere Telediensteanbietern, zu belasten, wäre systemwidrig³⁴² und würde auch die Kapazitäten der Behörde unnötig beanspruchen. Hierfür bedürfte es auch einer ausdrücklichen Zuständigkeitsregelung im Gesetz. Eine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs ist aufgrund der Systemwidrigkeit nicht begründbar.

b. Lösungsmöglichkeiten bei Angebot seitens des Kunden

Lässt sich so bei einer invitatio ad offerendum durch den Anbieter mit darauf folgendem Angebot durch den Kunden kein Hinweis auf die AGB bei Vertragsschluss geben, gibt es zwei Lösungen, um dennoch die AGB einbeziehen zu können:

Der Anbieter verzichtet darauf, eine invitatio ad offerendum abzugeben, und gibt gleich ein bindendes Angebot ab. Der Hinweis auf die AGB des Verwenders kann dort platziert werden, wo das Angebot veröffentlicht wird. Hierbei handelt es sich dann nicht um einen allgemeinen öffentlichen Hinweis, sondern um einen, der im Zusammenhang mit der bindenden Erklärung des Unternehmers abgegeben wird und sich so an den Rahmen der Anforderungen des § 305 Absatz 2 BGB "bei Vertragsschluss" hält.

Eine andere Lösung besteht darin, dass der Verwender auf das Angebot des Kunden mit einer SMS antwortet, in der er unter Bezugnahme auf die SMS des Kunden auf die AGB und den Ort, wo sie zur Kenntnis genommen werden können, hinweist. Dann veranlasst er den Kunden, diese SMS mit einer weiteren SMS zu bestätigen. Der Vertrag kommt so durch eine abändernde Annahme des Unternehmers als neues Angebot im Sinne des § 150 Absatz 2 BGB und die Annahmeerklärung des Kunden durch die Bestätigungs-SMS zustande.

Für Leistungen, die auf elektronischem Wege erbracht werden, wie bei der Premium-SMS, ist ein anderer Weg gangbar: Der Unternehmer könnte den Hinweis auf seine AGB dort platzieren, wo die Telefonnummer für seinen Dienst angepriesen wird. Hieran hindert ihn nicht die Voraussetzung, dass der Hinweis "bei Vertragsschluss" gegeben werden muss, da bei der Premium-SMS bereits im

³⁴² So auch *Ranke*, K&R 2002, 509, 511.

Veröffentlichen der Telefonnummer zur Nutzung des Dienstes das Angebot des Diensteanbieters zu sehen ist.³⁴³

Beim Ticketing des ÖPNV wird die SMS als Erfüllungshandlung in Form des Fahrtickets dem Kunden durch den Anbieter zugeschickt. Speziell für diesen Vertrag greift die Ausnahmegvorschrift des § 305 a Satz 1 Nr. 1 BGB ein. Nach dieser Vorschrift können die Beförderungsbedingungen auch ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 305 Absatz 2 Nrn. 1, 2 BGB einbezogen werden, wenn der Vertragspartner einverstanden ist. Nach § 157 BGB ist hiervon auszugehen, wenn der Kunde ein öffentliches Verkehrsmittel in Anspruch nimmt.³⁴⁴

2. Voraussetzung des § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB

Allein der Hinweis auf die AGB reicht nach dem Gesetz zu deren Einbeziehung nicht aus. Der Kunde muss zusätzlich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB bei Vertragsschluss erhalten, und zwar in zumutbarer Weise, § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB. Zeitlich gesehen muss der Kunde spätestens bis zur Abgabe seiner Willenserklärung die AGB tatsächlich einsehen können.³⁴⁵ Die Zumutbarkeit richtet sich nach einem Durchschnittskunden, der die AGB mühelos lesen können muss. Die AGB selbst müssen ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit aufweisen.³⁴⁶ Scheitert die Einbeziehung der AGB per SMS nicht schon an dem Hindernis der begrenzten Zeichenanzahl, da der Absender mehrere SMS aneinander reiht, so scheitert sie spätestens an der Zumutbarkeit. Das Lesen der AGB auf dem kleinen Display eines Mobilfunkgerätes, welches bei dem Durchschnittskunden ein Handy und gerade kein Gerät mit einem ausklappbaren Bildschirm ist, ist beschwerlich und bei mehr als 160 Zeichen unzumutbar.³⁴⁷ Teilweise wird die Meinung vertreten, dass zumindest relativ kurze AGB über SMS einbezogen werden könnten.³⁴⁸ Bedenkt man jedoch, dass nicht nur die AGB, sondern auch der sonstige Vertragstext und die Informationspflichten dem Kunden per SMS mitgeteilt werden müssten, erscheint eine Einbeziehung auch kurzer AGB nicht durchführbar.

³⁴³ S.o., S. 73 ff..

³⁴⁴ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 305a Rn. 2.

³⁴⁵ *Horn*, MMR 2002, 209, 21; *Köhler*, NJW 1998, 185, 189; *Ernst*, JuS 1997, 776, 777; *Löhning*, NJW 1997, 1689.

³⁴⁶ Vgl. Beispiele für den Btx-Bereich: OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277, 1278; LG Aachen, NJW 1991, 2159, 2160; *Bultmann-Rahn*, NJW 1988, 2432, 2435.

³⁴⁷ Vgl. zum M-Commerce im Allgemeinen auch *Ranke* MMR 2002, 509, 510.

Für den M-Commerce muss deshalb eine andere interessengerechte Lösung gefunden werden: AGB dienen im Massenverkehr dem Unternehmer dazu, die Massenabfertigung sicherzustellen.³⁴⁹ Dem Unternehmer muss es möglich sein, seine AGB einzubeziehen, und der Kunde muss diese Bedingungen mehrmals lesen können, auch nach Vertragsschluss. Erforderlich ist es, dass die AGB dem Kunden die für den Vertrag erforderliche Dauer zur Verfügung stehen.³⁵⁰

Bereits zu Zeiten des Btx war es umstritten, unter welchen Bedingungen die AGB bei Vertragsschluss dem Kunden zur Kenntnis gelangen müssen. Bei diesem Dienst wurden die AGB auf anderen BTX-Seiten als das Vertragsangebot veröffentlicht, und es wurde auf diese Seiten verwiesen. Der Kunde musste dann häufig einen Code eingeben. Mit dessen Eingabe erkannte er die Bedingungen auf den anderen Seiten an. In diesem Vorgehen wurde teilweise eine ausreichende Kenntnisnahmemöglichkeit gesehen. Durch die Code-Eingabe wurde der Kunde darauf aufmerksam gemacht, dass auf den anderen BTX-Seiten wichtige Vertragsbedingungen zu finden seien. Das Aufrufen dieser Seiten wurde als Obliegenheit des Nutzers angesehen. Bei ihrer Verletzung sollte er sich nicht auf die fehlende Kenntnisnahmemöglichkeit berufen können.³⁵¹ Der Nutzer konnte insbesondere die AGB sooft aufrufen, wie er wollte, hierin wurde eine zeitlich unbeschränkte Kenntnisnahmemöglichkeit gesehen.³⁵²

Die herrschende Gegenansicht hielt diese Kenntnisnahmemöglichkeit insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit für nicht ausreichend: Die AGB seien aufgrund ihrer Länge nur durch einen laufenden Bildschirmwechsel wahrnehmbar und könnten nicht miteinander verglichen werden, da bei Aufruf der nächsten Seite die andere BTX.-Seite nicht mehr zur Verfügung stehe. Ein Ausdruck der Seiten war mangels Drucker damals den meisten Benutzern unmöglich. Es könne insbesondere auch nicht davon ausgegangen werden, dass der BTX-Nutzer, nur weil er diesen Dienst zum Vertragsschluss nutze, auch alle vertragsbezogenen Texte lese. Oftmals fehlte es den BTX-Seiten auch an der erforderlichen Übersichtlichkeit.³⁵³ Als weiterer Grund für eine Unzumutbarkeit wurde angeführt, dass der AGB-Text nur während

³⁴⁸ v. Münch, MMR 2006, 202, 205.

³⁴⁹ BGH, NJW 1985, 850.

³⁵⁰ Vgl. *Staudinger*¹³-*Schlosser* (Fn. 323), § 305, Rn. 154.

³⁵¹ AG Kassel, NJW-RR 1991, 1146 f.

³⁵² LG Bielefeld, NJW-RR 1992, 955; *Lachmann*, NJW 1984, 405, 408; *Brinkmann* 1981, 1183, 1184.

³⁵³ LG Bielefeld, NJW-RR 1991, 11465f; LG Wuppertal, NJW-RR 1991, 1148 f.; *Wolf/ Horn/ Lindacher*³-*Wolf* (Fn. 320), § 2 Rn. 24.

einer laufenden Telefonverbindung eingesehen werden konnte und der Nutzer dafür die Kosten zu tragen hatte.³⁵⁴

Für kurze AGB wurde vertreten, dass diese bei übersichtlicher Gliederung in den Vertrag wirksam einbezogen werden konnten.³⁵⁵

Auf Verträge im Internet werden die zum BTX-Verfahren herausgearbeiteten Grundsätze prinzipiell übertragen: Danach können AGB einbezogen werden, wenn sie von einem Durchschnittskunden mühelos gelesen werden können, d.h. übersichtlich gestaltet sind. Dabei soll sich die vertretbare Länge der einzubeziehenden AGB nach der Bedeutung des Rechtsgeschäfts richten.³⁵⁶

Eine Kenntnisnahmemöglichkeit der AGB im Internet wird überwiegend angenommen, wenn eine Downloadmöglichkeit auf der jeweiligen Website des Anbieters gegeben sei.³⁵⁷ Begründet wird dies damit, dass der Nutzer die AGB auf seinem Computer speichern und bei Bedarf auch ausdrucken könne. Es bestehe dann kein Unterschied mehr zur Schriftform.³⁵⁸ Wegen der benutzerfreundlichen Anwendersoftware im Internet sei ein müheloses Vor- und Zurückblättern gewährleistet, so dass auch lange AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden könnten.³⁵⁹ Die Kosten, die dem Kunden durch das Herunterladen entstünden, seien heute wegen der verbreiteten Nutzung von Flatrates und der geringen Größe der herunterzuladenden Dateien zu vernachlässigen.³⁶⁰ Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass es letztlich auf der freien Entscheidung des Kunden beruhe, das Internet zu Geschäftszwecken zu nutzen und dass diese Kosten durch die bequeme und zeitsparende Nutzung kompensiert werden würden.³⁶¹

³⁵⁴ LG Aachen, MDR 1991, 540; LG Bielefeld-RR 1991, 1145, 1146; LG Freiburg, NJW-RR 1992, 1018; LG Frankenthal, NJW-RR 1992, 954; Auerbach, CR 1988, 18, 22; *Bartl*, DB 1982, 1097, 1101.

³⁵⁵ OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277, 1278.

³⁵⁶ *Moritz*, CR 2000, 61, 64; *Heinrichs*, NJW 1999, 1596; *Mehring*s, BB 1998, 2373; *Koch*, K&R 2001, 87, 88; ablehnend zu einer Umfangsbeschränkung: *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2369; *Köhler*, MMR 1998, 289, 292.

³⁵⁷ OLG Hamm NJW 2001, 1142 f.; *Geis*, Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr (2004) 253, 254; *Hoenike/Hülsdunk*, MMR 2002, 516; *Kamanbrou*, CR 2001, 421, 423; *Moritz*, CR 2000, 61, 64; *Köhler*, NJW 1998, 185, 188; *Löhning*, NJW 1997, 1688, 1689; *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2369.

³⁵⁸ *Köhler*, NJW 1998, 185, 188; *Löhning* NJW 1997, 1688, 1689; *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2369.

³⁵⁹ *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2368.

³⁶⁰ *Hoenike/Hülsdunk*, MMR 2002, 415, 417; *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, K&R Beilage 1 zu Heft 12/ 2001, S. 1, 25; *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445, 450; *Löhning*, NJW 1997, 1689.

³⁶¹ *Bach*, K&R 2005, 308, 309; *Ulmer/Brandner/Hensen*¹⁰-*Ulmer* (Fn. 320) § 305, Rn. 149 a; *Geis*, Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr (2004) 253; *Hoenike&/Hülsdunk*, MMR 2002, 516.

Gegen diese Meinung wird eingewandt, dass die Gefahr besteht, dass die AGB durch den Verwender nachträglich verändert werden können, was ohne weiteres möglich sei. Der Kunde könnte dies nicht verhindern. Demnach wird ein dauerhaftes zur Verfügung Stellen verlangt.³⁶² Als Lösung dieses Problems wird vorgeschlagen, dass der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit des Downloads seiner AGB gibt, welche mit einer Datumsangabe versehen werden.³⁶³ Dieser Ansatz ist zu begrüßen, da der elektronische Rechtsverkehr nicht mit formalen Informationsanforderungen belastet³⁶⁴ oder gar verhindert werden sollte. Nach OLG München werde dem Verbraucherschutz im Übrigen durch das Widerrufsrecht hinreichend Rechnung getragen.³⁶⁵

Bezüglich der Positionierung im Internet wird als ausreichend angesehen, wenn die AGB über einen Hyperlink, der in sichtbarer Nähe zum Bestellbutton angebracht ist, erreicht werden können.³⁶⁶ Ein Abdrucken im Anschluss an den Vertragstext ist nicht erforderlich und wegen der Übersichtlichkeit auch nicht sinnvoll. Begründet wird dies mit dem Vergleich der Papierform, wo es auch ausreichend ist, wenn die AGB auf der Rückseite oder auf einem Beiblatt abgedruckt sind und auf sie ordnungsgemäß hingewiesen worden ist.³⁶⁷

Während also die AGB im Internet durch Downloadmöglichkeit und Datumsangabe wirksam einbezogen werden können, stellt sich die Frage, wie dies beim Vertragsschluss per SMS möglich sein kann. Wie eingangs bereits festgestellt, können die AGB aufgrund der begrenzten Zeichenzahl und der fehlenden Übersichtlichkeit nicht über dieses Medium verschickt werden. Dies ist vergleichbar mit Vertragsschlüssen am Telefon, wobei kurze AGB zwar durch Vorlesen, längere jedoch wegen der fehlenden Zumutbarkeit der Kenntnisnahme nicht einbeziehbar sind.³⁶⁸

³⁶² *Jauernig*, NJW 2001, 2230, 2231; *Wolf/ Horn/ Lindacher³-Wolf* (Fn. 320), § 2 Rn. 24; *Bultmann/ Rahn*, NJW 1988, 2432, 2434 f.

³⁶³ *Horn*, MMR 2002, 209, 210; *Mehrings*, BB 1998, 2379; *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2369.

³⁶⁴ Vgl. auch Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro, BT-Drs. 14/ 2658, S. 40.

³⁶⁵ OLG München, NJW 2001, 2263, 2265.

³⁶⁶ *Bach*, K&R 2005, 308, 310; *Hoerike/ Hülsendunk*, MMR 2002, 415, 417; *Vehslage*, CR 2001, 783; *Eichhorn*, Internet-Recht, 2000; *Köhler*, NJW 1998, 185, 187; *Ernst*, JuS 1997, 776, 777; *Löhning*, NJW 1997, 1689; .

³⁶⁷ *Bach*, K&R 2005, 308, 310; *Ernst*, JuS 1997, 776, 777.

³⁶⁸ *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn. 320), § 305, Rn. 149; *Soergel¹³-Schlosser* (Fn. 323), § 305 Rn. 149.

Zur Lösung dieses Problems wurde sowohl zu Vertragsabschlüssen per Telefon als auch per BTX die Annahme eines Verzichts der Möglichkeit der Kenntnisnahme bei Vertragsschluss durch den Kunden diskutiert. Die herrschende Meinung lässt so auch einen Verzicht auf die Kenntnisnahme durch Individualvereinbarung zu.³⁶⁹ Voraussetzung eines solchen Verzichts ist es, dass § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB abdingbar ist. Prinzipiell lässt das BGB es zu, dass Verträge ohne Kenntnis des Inhaltes abgeschlossen werden. Das Hauptargument der herrschenden Meinung für die Abdingbarkeit ist, dass sonst die Rationalisierungsfunktion von AGB im Rechtsverkehr gerade im Massenverkehr behindert werden würde. Außerdem stehe es im Interesse des Kunden, der an einem schnellen Vertragsschluss interessiert sei.³⁷⁰ Er habe daher auch die Freiheit, auf die Kenntnisnahme zu verzichten.³⁷¹ Bei § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB könnte jedoch der Sinn und Zweck des Schutzes des Kunden dagegen sprechen: Dieser solle letztlich wie alle Vorschriften zu den AGB die Stellung des Kunden gegenüber der des Verwenders stärken. Der Verwender schränke die Gestaltungsfreiheit und damit die Vertragsfreiheit des Kunden ein. Um das Ausmaß der Einschränkung überblicken zu können, solle der Vertragspartner wenigstens den Inhalt der einseitig vorgegebenen Vertragsbedingungen vor Vertragsschluss wahrnehmen können. Außerdem habe die Vorschrift auch die Funktion eines Übereilungsschutzes für den Kunden, einen Vertrag ohne Kenntnis des Inhaltes abzuschließen. Aus diesen Gründen lehnt es Müller ab, die Abdingbarkeit des § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB zu bejahen.³⁷² Der Kunde solle durch die Vorschrift wenigstens theoretisch die Möglichkeit erlangen den Vertragsinhalt zu beeinflussen.³⁷³ Müller verweist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass der Gesetzgeber sich damals ausdrücklich gegen die herrschende Rechtsprechung wandte: Diese hatte die Einbeziehung der AGB stets schon dann angenommen, wenn der Kunde die Einbeziehung der AGB hätte erkennen müssen.³⁷⁴ Die Argumentation Müllers mit dem Willen des Gesetzgebers ist heute durch neuerliche Äußerungen des

³⁶⁹ LG Braunschweig, NJW-RR 1986, 639 (obiter dictum); *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn. 320), § 305 Rn. 149; *Soergel¹³-Schlosser* (Fn. 323), § 305 Rn. 149; *Dietlein/ Rebmann*, AGB aktuell, § 2 Rn. 11; *Koch/ Stübing*, AGBG 1977, § 2 Rn. 34; *Wolf/ Horn/ Lindacher-Wolf*, (Fn. 320) § 2 Rn. 47; *Eckert*, DB 1994, 717, 720.

³⁷⁰ *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer*, (Fn. 320) § 305, Rn. 149; *Soergel¹³-Schlosser* (Fn. 323), § 305 Rn. 149; *Wolf/Horn/ Lindacher-Wolf*, (Fn. 320) § 2, Rn. 26; *Eckert*, DB 1994, 717, 720.

³⁷¹ *Ulmer/ Brandner/ Hensen¹⁰-Ulmer* (Fn. 320), § 305 Rn. 149.

³⁷² *Müller*, MDR 1997, 608, 610 f.

³⁷³ *Müller*, MDR 1997, 608, 610 f.

Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem Schuldrechtsmodernisierungsetz überholt. Hierbei wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Verzicht auf die Kenntnisnahme vor Vertragsschluss nur ausdrücklich durch den Kunden geschehen könnte.³⁷⁵ Diese Aussage beinhaltet, dass der Gesetzgeber § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB für abdingbar hält. Müller ist jedoch dahingehend Recht zu geben, dass ein Verwender, der seinen Geschäftsbetrieb auf den Verzicht der Kenntnisnahme einrichtet, § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB bewusst umgeht. Dies verstößt gegen das Umgehungsverbot des § 306 a BGB. Sowohl bei telefonisch abgeschlossenen Verträgen als auch bei solchen per SMS wäre der Kunde immer gezwungen, auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verzichten. Dies spricht gegen eine Lösung über den Verzicht.

Aus demselben Grund scheitert auch eine Fiktionslösung: Hierbei sollen dem Kunden nach Vertragsschluss die AGB zugesandt werden. In diesen ist eine Klausel enthalten, die festschreibt, dass bei fehlendem Widerspruch innerhalb einer bestimmten Frist die AGB als einbezogen gelten. Der Verwender müsste dann bei Fristbeginn auf diese und deren Folgen hinweisen, § 308 Nr. 5 BGB.³⁷⁶

Müller schlägt hingegen als Lösung vor, dass die Vertragsparteien eine Einbeziehungsvereinbarung in der Art schließen, dass die AGB dann gelten, wenn der Vertragspartner nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspreche.³⁷⁷ Hiergegen spricht jedoch, dass dies eine zu große Unsicherheit für den Verwender bedeuten würde und daher für den Geschäftsverkehr nicht praktikabel erscheint. Der Vertrag wäre nämlich auch nach dem Widerspruch des Kunden bezüglich der AGB wirksam ohne Einbeziehung der AGB.³⁷⁸

Ranke schlägt vor, im M-Commerce Rahmenverträge abzuschließen.³⁷⁹ Dann könnte über § 305 Absatz 3 BGB von der Möglichkeit einer Einbeziehung von AGB im Voraus Gebrauch gemacht werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch stets eine vorherige Registrierung der künftigen Kunden. Dies mag bei den von Ranke genannten Verträgen, die einer vorherigen Authentifikation bedürfen, eine gute

³⁷⁴ Müller, MDR 1997, 608, 610 mit Hinweis auf BGHZ 9, 1, 6.

³⁷⁵ Amtliche Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/ 60 40, S. 152.

³⁷⁶ Vgl. Wolf/ Horn/ Lindacher³-Wolf (Fn. 320), § 10 Nr. 5 Rn. 24.; Müller, MDR 1997, 608, 609.

³⁷⁷ Müller, MDR 1997, 608, 609 f.

³⁷⁸ So auch Borges, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003) 292, Fn. 85.

³⁷⁹ Ranke, MMR 2002, 509, 512; daran anschließend Kessel/ Kuhlmann/ Passauer/ Schriek K&R 2004, 519, 524.

Lösung sein. Für die Geschäftsideen, die gerade auf Spontanabschlüsse von Verträgen mit ihren Kunden abzielen, ist dies kein gangbarer Weg. Gerade bei Vertragsschlüssen per SMS wird es auf Spontanabschlüsse ankommen.

Den Unternehmer darauf zu verweisen, dass er die Verträge über SMS ohne Einbeziehung seiner AGB abschließen soll, ist indiskutabel. Dies würde häufig eine wirtschaftlich untragbare Einbuße für den Unternehmer beinhalten.³⁸⁰ Zwar mag beim Verbrauchsgüterkauf wegen der kaum abdingbaren Gesetzeslage zulasten des Verbrauchers eine derartige Lösung noch vertretbar sein, nicht jedoch im B2B-Bereich.³⁸¹ Bei Dienst- und Werkverträgen fehlen spezielle Vorschriften für den Verbraucher, und der Unternehmer hat hierbei eine größere Freiheit in der Gestaltung von Haftungsausschlüssen oder Mitwirkungsregelungen bezüglich des Vertragspartners.³⁸²

3. Lösung für den M-Commerce

Die Lösung des Problems liegt für den M-Commerce in einer weiten Auslegung der Vorschrift des § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB: Der Wortlaut, der eine "Kenntnisnahmemöglichkeit" "bei Vertragsschluss" fordert, bietet Raum für eine Definition dahingehend, dass der Kunde die AGB mittels eines anderen Mediums zur Kenntnis nehmen können muss. Wie bereits oben bei der Hinweispflicht angedeutet, könnte der Unternehmer einen Hinweis an den Kunden in seiner SMS mit dem Inhalt schicken, dass die AGB im Internet eingesehen werden können. Hierbei handelt es sich sozusagen um einen "Link" außerhalb des Mediums Internet. Man könnte hiergegen natürlich einwenden, dass nicht jeder Kunde, der ein mobiles Endgerät besitzt, auch über einen Internetzugang verfügt.³⁸³ Außerdem findet man in der Literatur das Argument, dass es Sache des Unternehmers sei, die AGB dem Kunden zukommen zu lassen. Es falle gerade nicht in den Risikobereich des Kunden, sich Zugang durch das Vorhalten besonderer Technik zu den AGB des Verwenders zu verschaffen.³⁸⁴ Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass die EC-RL fordert, dass der elektronische Vertragsschluss nicht erschwert werden soll,

³⁸⁰ Vgl. *Kessel/Kuhlmann/Passauer/Schriek*, K&R 2004,519, 521.

³⁸¹ Business-to-Business = Verträge zwischen Unternehmern.

³⁸² Vgl. *Kessel/Kuhlmann/Passauer/Schriek*, K&R 2004,519, 520.

³⁸³ Vgl. v. *Münch*, MMR 2006, 202, 203 im Zusammenhang mit der Einbeziehung von AGB im Fernsehmarketing.

Erwägungsgrund 34 EC-RL. Auch liegt es im Interesse des Kunden, dass er die Möglichkeit einer schnellen Dienstleistung im M-Commerce nutzen kann.³⁸⁵ Außerdem kann sich heutzutage jeder in einem Internetcafe in das Internet begeben und dort die nötigen Informationen heraussuchen. Ist er hierzu nicht bereit oder in der Lage, muss er akzeptieren, dass er am M-Commerce nicht teilnehmen kann. Schließlich ist eine Teilnahme hieran nicht lebensnotwendig. Es ist also nicht erklärlich, warum der Unternehmer sich an die gesamte Bevölkerung mit seinem Angebot zum Vertragsschluss über SMS wenden muss. Derjenige, der einen Vertragsschluss über SMS mit einem Unternehmer anstrebt, muss sich den Gegebenheiten des M-Commerce beugen³⁸⁶ und akzeptieren, dass die AGB ausschließlich über das Internet zur Kenntnis genommen werden können. Ein anderes Verhalten wäre treuwidrig, da widersprüchlich.³⁸⁷

Momentan ist ein solches Vorgehen den Unternehmern noch nicht zuzumuten. Gerade mit einem Blick auf die jüngste Rechtsprechung zur Preisangabepflicht gemäß § 1 Nr. 6 PAnGV, § 312 b BGB erscheint es geradezu waghalsig, im Zusammenhang mit dem M-Commerce neue Wege der Anwendung alter Normen einzuschlagen. In der genannten Entscheidung legte das Gericht fest, dass zur Erfüllung der Preisangabepflicht bei Nutzung von SMS der Preis am Ende der SMS angegeben werden müsste. Darüber hinaus sei von dem Diensteanbieter zu verlangen, dass er am Anfang der SMS einen Hinweis auf den Preis am Ende aufnehme. Außerdem verlangte das Gericht, dass die Diensteanbieter bei dieser Angabe sich nach den unterschiedlichen Handymodellen und auch eingestellten Schriftgrößen, die durch den jeweiligen Benutzer eingegeben werden können, richten müssten.³⁸⁸ Dieses Urteil zeigt deutlich, dass die Gerichte die Schwierigkeiten, die sich aufgrund des kleinen Displays und der geringen Zeichenzahl bei der SMS ergeben, nicht erkennen, und die Unternehmer mit unerfüllbaren Pflichten im M-Commerce belegen. Bei dieser Vorgehensweise bedenken die Gerichte nicht ausreichend das Ziel der EC-RL, das

³⁸⁴ Koch, K&R 2001, 87, 88; Borges, ZIP 1999, 130, 135.

³⁸⁵ So zum Kundeninteresse: Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/ 6040, S. 152.

³⁸⁶ Zu Btx: AG Kassel, NJW-RR 1991, 1146 f.; zu Vertragsschluss im Internet: OLG München, NJW 2001, 2263, 2265; vgl. auch Köhler, NJW 1998, 185, 188; Engelhardt, MMR 1999, 289, 290.

³⁸⁷ Vgl. zu einer ähnlichen Argumentation im Zusammenhang mit vorvertraglichen Informationspflichten beim Einsatz intelligenter Agenten: Gitter/Roßnagel, K&R 2003, 64, 69.

³⁸⁸ LG Hannover, K&R 2005, 526.

wirtschaftliche Potential, welches im E-Commerce und auch im M-Commerce liegt, auszuschöpfen, vgl. Erwägungsgründe 1-3 EC-RL.

Bis sich bei den Gerichten eine positivere Haltung zum M-Commerce feststellen lässt, ist den Unternehmern folgende Vorgehensweise zu raten:

1. Abgabe einer invitatio ad offerendum mit dem Hinweis auf die AGB und dem Ort, wo sie zu finden sind.
2. Abwarten des Angebots des Kunden per SMS.
3. Versenden einer weiteren SMS des Unternehmers an den Kunden mit folgendem Inhalt: "Vertrag nur inkl. AGB unter www.xyz.de. Einverstanden? Dann SMS mit ja zurück."
4. SMS des Kunden mit "ja" abwarten und dann erfüllen.

Bei dieser Vorgehensweise stellt der Unternehmer sicher, dass der Kunde die AGB vor Vertragsschluss im Internet einsehen kann und sich mit dieser Vorgehensweise auch einverstanden erklärt hat. Da die Antwort-SMS des Unternehmers (Nr. 3) je nach der Länge des Second Level Domain ca. 100 Zeichen umfasst, ist diese auch bei einer auf 160 Zeichen begrenzten SMS möglich. Rechtlich handelt es sich um eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag an den Kunden im Sinne des § 150 Absatz 2 BGB. Der Kunde nimmt dieses durch sein "ja" an. Gleichzeitig liegt hierin auch das nach § 305 Absatz 2 BGB erforderliche Einverständnis mit den AGB.

Auf längere Sicht sollte die Rechtsprechung durch Auslegung des Begriffs der möglichen und zumutbaren Kenntnisnahme eine Vorgehensweise des Unternehmers ermöglichen, dass zur Einbeziehung von AGB nur noch eine SMS mit dem Hinweis auf die AGB auf einer bestimmten Internetseite erforderlich ist. Denkbar ist auch die Aufnahme einer Klarstellung durch den Gesetzgeber in § 305 Absatz 2 BGB dahingehend, dass im M-Commerce der Hinweis auf eine Internetseite für die Kenntnisnahmemöglichkeit der AGB ausreichend ist.

Bezüglich der Premium-SMS ist darauf hinzuweisen, dass die oben beschriebene Lösung nach der hier vertretenen Meinung nicht möglich ist, da bereits in der Veröffentlichung der Telefonnummer, unter der die Premium-SMS abgerufen werden kann, ein Angebot zu sehen ist.³⁸⁹ Allerdings müsste bei der Abwägung, ob es sich um ein Angebot oder eine invitatio ad offerendum handelt, bei der Premium-SMS Berücksichtigung finden, dass die AGB nicht über die hier vertretene Meinung

einbeziehbar sind, so dass konsequenter Weise, wegen der großen Nachteile für den Unternehmer in der Veröffentlichung der Telefonnummer lediglich eine invitatio ad offerendum gesehen werden kann, solange die Einbeziehung der AGB bei der Premium-SMS unmöglich ist.

4. Fazit

Bei einem Vertragsschluss per SMS ist es in den häufigsten Fällen so, dass es der Kunde ist, der das Angebot zum Vertragsschluss abgibt. Ihm kann jedoch nicht unterstellt werden, dass er in dieses Angebot die AGB des Unternehmers einbeziehen will. Auf diese muss seitens des Unternehmers hingewiesen werden. Nimmt jedoch der Unternehmer das Angebot des Kunden an, ist ein Hinweis auf die AGB in seiner Erklärung zu spät. Die AGB können nicht wirksam einbezogen werden.

AGB des Unternehmers können bei zu versendenden Waren durch folgenden Kunstgriff Geltung erlangen: Der Unternehmer schickt seine Ware dem Kunden mit dem Hinweis zu, dass ein Vertragsschluss nur zustande kommt, wenn die beiliegenden AGB Vertragsbestandteil werden. Die das Angebot des Kunden abändernde Annahmeerklärung gilt dann als neues Angebot im Sinne des § 150 II BGB und wird durch widerspruchslose Entgegennahme der Ware durch den Kunden angenommen. Erfolgt ein Hinweis auf die AGB, kann der Kunde ausdrücklich auf die Kenntnisnahme verzichten.

Für das Ticketing im Bereich von Fahrkarten im öffentlichen Nah- und Fernverkehr gilt die Ausnahme des § 305 a I Nr. 1 BGB: Die AGB werden ohne Einhaltung des § 305 II Nrn. 1, 2 BGB in den Vertrag einbezogen. Das Einverständnis des Kunden wird gem. § 157 BGB dann angenommen, wenn er die öffentlichen Verkehrsmittel nutzt. § 305 a I Nr. 2 BGB ist auf Teledienste nicht entsprechend anwendbar.

³⁸⁹ S.o.S. 72 ff.

V. Informationspflichten

Der Unternehmer unterliegt im Fernabsatzverkehr und elektronischen Geschäftsverkehr Informationspflichten, die er gegenüber seinen Kunden erfüllen muss. Auch hierbei steht bei Vertragsschlüssen per SMS das Problem der Zeichenbegrenzung im Vordergrund. Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Informationspflichten es gibt, und wie diese im M-Commerce trotz kleinen Bildschirms und etwaiger Zeichenbegrenzung erfüllt werden können.

1. Anwendbare Vorschriften

Bei Vertragsschlüssen per SMS sind die Vorschriften über den Fernabsatzverkehr, §§ 312 b; 312 c; 312 d BGB; BGB InfoVO und über den elektronischen Geschäftsverkehr, § 312 e BGB, und des Teledienstegesetzes, § 6 TDG, zu beachten. Diese Vorschriften stehen nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander sondern ergänzen sich in vielen Bereichen. Die Regelungen zum Fernabsatzverkehr besitzen einen geringeren persönlichen Anwendungsbereich, da sie sich nur auf Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmer und Verbraucher beziehen (b2c)³⁹⁰, § 312 b Absatz 1 Satz 1. § 312 e BGB hat hingegen einen kleineren sachlichen Anwendungsbereich, da er sich nur auf Verträge bezieht, bei denen sich der Unternehmer eines Tele- oder Mediendienstes bedient, § 312 e Absatz 1 Satz 1 BGB. § 6 TDG ist nur bei Geschäftsbeziehungen über Teledienste einschlägig. Nach allen Vorschriften sind weitergehende Informationspflichten zu berücksichtigen, § 312 c Absatz 4 BGB, § 312 e Absatz 3 BGB, § 6 Satz 2 TDG.

a. Informationspflichten nach §§ 312 b ff. BGB

§ 312 b BGB regelt den Fernabsatzvertrag. Hierbei handelt es sich um einen Vertrag über Dienstleistungen oder Warenlieferungen unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, § 312 b Absatz 1 BGB. Der Begriff Dienstleistung ist europarechtlich weit auszulegen, so dass hierunter auch Werk- und Werklieferungsverträge,

³⁹⁰ business-to-consumer

Geschäftsbesorgungsverträge und dergleichen verstanden werden.³⁹¹ Entscheidend ist auch, dass es sich um ein im Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem handelt und Fernkommunikationsmittel nicht nur bei Gelegenheit eingesetzt werden, § 312 b Absatz 1 BGB. Dies kann dann angenommen werden, wenn der Unternehmer mit der Bestellung über Fernkommunikationsmittel wirbt.³⁹²

Bei dieser Art von Vertragsschluss müssen Antrag und Annahme über ein Fernkommunikationsmittel abgegeben werden, § 312 b Absatz 1 BGB. Der Begriff Fernkommunikationsmittel ist in § 312 b Absatz 2 BGB legaldefiniert als “Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können“. Als Regelbeispiel werden auch E-Mail und Teledienste aufgezählt.

Wie bereits oben festgestellt, bedient sich der Unternehmer, der die SMS lediglich zu Kommunikationszwecken einsetzt, nicht eines Teledienstes im Sinne des § 2 TDG und auch keines Mediendienstes nach § 2 MDSStV, sondern eines Telekommunikationsdienstes im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG.³⁹³ Bei der Premium-SMS handelt es sich hingegen um einen Teledienst, da es hierbei nicht um die technische Übertragung als solche geht, sondern Zweck des Vertragsschlusses die Übermittlung der Informationen, wie die neuesten Fußballergebnisse, ist.

Trotzdem stellt ein Vertrag, der unter Nutzung des Übertragungsmediums SMS geschlossen wurde, einen Fernabsatzvertrag dar. Denn unter den Begriff des Fernkommunikationsmittels fallen nicht nur Teledienste. Wie sich an der Formulierung des § 312 b BGB erkennen lässt “... insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste” handelt es sich bei der dort vorgenommenen Aufzählung nicht um eine abschließende, so dass ähnliche Kommunikationsmittel nicht ausgeschlossen werden sollen. Schließlich ist auch die SMS ein Kommunikationsmittel, welches einen

³⁹¹ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Grüneberg* (Fn. 37), § 312 b, Rn. 2; Amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro, BT-Drs. 14/ 2658, S. 30.

³⁹² Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/ 2658, S. 85; *Martinek*, NJW 1998, 207; *Gößmann*, MMR 1998, 88; *Arnold*, CR 1997, 526.

³⁹³ Begründung, s.o., S.61.

Vertragsschluss unter Abwesenden ermöglicht.³⁹⁴

Jedoch sind nicht alle Verträge, die mittels eines Fernkommunikationsmittels geschlossen werden, auch Fernabsatzverträge: § 312 b III BGB nimmt einige Verträge von dieser Definition aus. Für Vertragsschlüsse per SMS dürften sinnvoller Weise nur die Nummern 5 und 6 von Bedeutung sein:

In Nr. 5 werden die Verträge ausgeschlossen, bei denen es um die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken und Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs geht. Bedeutende Voraussetzung für den Ausschluss ist weiter, dass der Unternehmer selbst (ohne seine Bediensteten) die Gegenstände am Wohnsitz, Aufenthaltsort oder Arbeitsplatz des Verbrauchers im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten anliefert. Der Post darf er sich nicht bedienen. Auch reicht es nicht aus, wenn der Unternehmer unterschiedliche Verbraucher mit beispielsweise demselben Arbeitsplatz regelmäßig ansteuert. Erforderlich ist, dass ein und derselbe Verbraucher regelmäßig beliefert wird.³⁹⁵

Unter Nr. 5 fallen zum Beispiel Verträge per SMS, die die regelmäßige Lieferung von Waren eines Lebensmittelhändlers beinhalten.

In § 312 b III Nr. 6 BGB werden die Verträge mittels Fernkommunikationsmitteln ausgeschlossen, die die Erbringung einer Dienstleistung durch einen Unternehmer im dort aufgezählten Bereich wie Unterbringung, Beförderung u.a. zu einem genau bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines begrenzten Zeitraums erfassen. Der Begriff der Dienstleistung ist auch hier wegen der Einheitlichkeit des Gesetzes europarechtlich weit auszulegen, so dass auch Werk- und Werklieferungsverträge, Geschäftsbesorgungsverträge und dergleichen darunter verstanden werden.³⁹⁶

Beispiele für Verträge unter Nutzung der SMS sind Hotelreservierungen, Ticketing im Bereich der Beförderung oder auch von Konzertkarten oder einfach die per SMS bestellte Pizza. Bei all diesen Verträgen steht der Zeitpunkt der Dienstleistung schon

³⁹⁴ Vgl. auch *Palandt*⁶⁵-*Grüneberg* (Fn.37), § 312 b Rn. 7; *Staudinger-Thüsing*, BGB, §§ 311, 311 a, 312 a-f¹³ (2005) § 312 b Rn. 29; *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003) 235.

³⁹⁵ So eindeutig ersichtlich aus den Beispielen in der Stellungnahme des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung - Drucksachen 14/ 2658, 14/ 2920 - über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/ 3195, 30; so auch *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn.37), § 312 b Rn. 15.

³⁹⁶ *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37), § 312 b, Rn. 1.

bei Vertragsschluss fest. Für diese Verträge entfallen die Informationspflichten nach § 312 c BGB.

aa. § 312 c BGB

(1) Vorvertragliche Informationspflichten im Sinne des § 312 c Absatz 1 BGB

§ 312 c Absatz 1 BGB in Verbindung mit § 1 BGB-InfoV regelt einige Informationspflichten des Unternehmers, die vor Vertragsschluss erbracht werden müssen. Wichtig ist, dass sie rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erbracht werden und “in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich” sind, § 312 c Absatz 1 Satz 1 BGB. Diese Informationspflichten sind im Einzelnen in § 1 Absatz 1 Nrn. 1-11 BGB-InfoV aufgezählt. Hierunter fallen unter anderem die Mitteilung über die Identität, das öffentliche Unternehmensregister, in dem der Unternehmer eingetragen ist mit der Registernummer (Nr. 1), die ladungsfähige Anschrift des Unternehmers (Nr. 2) und die Widerrufsbelehrung (Nr. 10). Allein die Widerrufsbelehrung umfasst nach der Musterbelehrung zwischen 80 und 200 Wörter.³⁹⁷

Schon deshalb ist bei Verträgen per SMS die Erteilung der Informationen in einer SMS aufgrund der Zeichenbegrenzung nicht möglich. Wie bei den AGB ist zu fragen, ob diese Informationspflichten mittels eines Medienbruchs auf andere Art dem Verbraucher näher gebracht werden können, etwa durch Veröffentlichung im Internet. Ob ein derartiges Vorgehen möglich ist, muss durch Auslegung der Vorschrift geklärt werden. Entscheidend ist hierbei der Sinn und Zweck der vorvertraglichen Informationspflichten. Dieser besteht prinzipiell darin, dass der Verbraucher vor Vertragsschluss in zumutbarer Weise Kenntnis von diesen nehmen kann und auf ihrer Basis eine informierte Entscheidung treffen kann.³⁹⁸

§ 312 c Absatz 1 BGB stellt nach dem Willen des Gesetzgebers eine vollständige Übernahme des § 2 FernAbsG a.F in das BGB dar.³⁹⁹ Es sollte hierin eine Umsetzung

³⁹⁷ Pauly, MMR 2005, 811, 813.

³⁹⁸ MüKo⁴-Wendehorst (Fn. 99), § 2 FernAbsG, Rn. 30 f.; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/ 2658, S. 38.

³⁹⁹ Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts,

des Art. 4 der RL 97/7/EG⁴⁰⁰ (kurz: FARL) liegen.⁴⁰¹ Durch die FARL und das Fernabsatzgesetz sollen die Nachteile, die der Verbraucher aufgrund des in Abwesenheit geschlossenen Vertrages erleidet, ausgeglichen werden. Diese liegen darin, dass er die bestellte Ware nicht bei seiner Entscheidung zum Vertragsschluss begutachten kann und seinem Vertragspartner nicht gegenübersteht.⁴⁰² Letzteres bedeutet die Gefahr für den Verbraucher, dass er sich nicht persönlich durch dessen Erscheinungsbild von dessen geschäftlicher Seriösität, Bonität und Zuverlässigkeit überzeugen kann.⁴⁰³ Zusammen mit den Informationspflichten des § 312 e BGB soll das Ungleichgewicht zwischen Verbraucher/ Kunde und Unternehmer ausgeglichen werden. Die mangels eigener Wahrnehmung schmalere Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers/ Kunden wird durch die vorgeschriebenen Informationen verbreitert.⁴⁰⁴ Außerdem soll der Verbraucher vor einem unüberlegten Vertragsschluss, zu welchem er durch die Leichtigkeit und Schnelligkeit des Mediums verführt wird, geschützt werden.⁴⁰⁵ Letztlich sind die Informationspflichten darauf zurückzuführen, dass der Kunde/ Verbraucher seine Entscheidung in freier Selbstbestimmung treffen soll. So wird einer materiell verstandenen Privatautonomie Rechnung getragen.⁴⁰⁶ Bei der Auslegung der Vorschriften über die Informationspflichten ist auch die Intention des europäischen Gesetzgebers im Zusammenhang mit der EC-RL⁴⁰⁷ zu berücksichtigen: Der Gesetzgeber erkannte die wirtschaftliche Chance, die im E-Commerce liegt, und gab den Mitgliedstaaten auf, sämtliche rechtliche Hindernisse für elektronische

BT-Drs. 14/ 6040, S. 168.

⁴⁰⁰ RL 97/7/ EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.02.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, ABIEG Nr. L 144 v. 04.06.1997

⁴⁰¹ Vgl. Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drs. 14/ 6040, S. 168.

⁴⁰² Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Frage des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 31; Erwägungsgrund 11, 14 FARL; Staudinger¹³-Thüsing (Fn. 394), Vorbem zu §§ 312 b-f, Rn. 7, § 312 c Rn. 1; Staudinger-Gsell, Eckpfeiler des Zivilrechts¹³ (2005) 447, 469; Mankowski, Beseitigungsrechte (2003) S. 235; ders. CR 2001, 767,768; Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 484.

⁴⁰³ Staudinger¹³-Thüsing (Fn. 394), Vorbem. zu §§ 312 b-f, Rn. 7; ders., § 312 c, Rn. 1; Staudinger¹³-Gsell (Fn. 402) 447, 469.

⁴⁰⁴ Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 460; Meub, DB 2002, 359, 360; Martinek, NJW 1998, 207; Ring, Art 1 FernAbsG (2000) Rn. 117; Lütcke, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 4.

⁴⁰⁵ Vgl. Mankowski, Beseitigungsrechte (2003) S. 236; Arnold, CR 1997, 526; Micklitz, NJW 1982, 266, 268.

⁴⁰⁶ BVerfGE 89, 214, 231 f.; S. 257; Staudinger¹³-Gsell (Fn. 402) 447, 454; Wiebe, Die elektronische Willenserklärung (2002) 463; Grundmann, JZ 2000, 1133, 1136 ff..

⁴⁰⁷ RL 2000/31/ EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 08.06.2000, ABIEG Nr. L 178/1 vom 17.07.2000.

Vertragsschlüsse zu beseitigen, Erwägungsgründe 1-3, 34, Art. 9 EC-RL.⁴⁰⁸

(a) Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 312 c Absatz 1 BGB

Dies vorausgeschickt, soll es nun darum gehen, die einzelnen Tatbestandmerkmale auszulegen.

Für die vorvertraglichen Informationspflichten kommt es nach dem Wortlaut darauf an, dass diese “dem Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise” gegeben werden, § 312 c Absatz 1 Satz 1 BGB.

Zunächst fällt auf, dass das Gesetz nicht den üblichen Begriff der Willenserklärung gewählt hat, sondern den der “Vertragserklärung“. Dieser Begriff ist dem BGB nicht fremd. Er findet sich auch in §§ 492 Absatz 1 Satz 5, 502 Absatz 1 Satz 1, 506 Absatz 4 BGB. Dort wird die Vertragserklärung als die Erklärung des Verbrauchers verstanden, die zum Vertragsschluss führt. Dies kann sowohl das Angebot des Verbrauchers nach einer *invitatio ad offerendum* durch den Unternehmer sein als auch die Annahmeerklärung.⁴⁰⁹ Hiermit wollte der Gesetzgeber in Anlehnung an § 3 Absatz 1 FARL deutlich machen, dass die Informationen in den Fällen, in denen der Vertrag durch Annahme des Unternehmers oder durch Anwendung der Vorschrift des § 151 BGB erfolgt, die Informationen tatsächlich vor der Entscheidung des Verbrauchers über den Vertragsschluss erteilt werden und nicht erst im Nachhinein.⁴¹⁰ Konsequenz ist, dass der Verbraucher auch dann zu informieren ist, wenn der Vertrag allein aus Gründen beim Unternehmer nicht zustande kommt.⁴¹¹

Wann nun eine rechtzeitige Information vorliegt, ist im Gesetz bewusst nicht definiert. Für den Gesetzgeber erschien aufgrund der vielen unterschiedlichen Einzelfälle eine gesetzliche Definition nicht sinnvoll. So sollte es der Rechtsprechung überlassen sein, diesen Begriff auszufüllen und die maßgebenden Gründe des Einzelfalles hierbei zu

⁴⁰⁸ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 486; vgl. auch *Maennel*, MMR 1999, 187, 190 f.

⁴⁰⁹ *Palandt*⁶⁵-*Putzo* (Fn. 37), § 502, Rn. 4.

⁴¹⁰ LG Frankfurt a.M., MMR 2002, 395, 396; *Wilmer/ Hahn-Hahn*, Fernabsatzrecht mit Finanzdienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäftsrecht² (2005) VII 2 Rn. 8; *Staudinger*¹³-*Thüsing*, § 312 c Rn. 19 (Fn. 394); Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen, BT-Drs. 15/ 2946, S. 20.

⁴¹¹ LG Magdeburg, NJW-RR 2003, 409; LG Frankfurt a.M., MMR 2002, 395, 396; *Staudinger*¹³-*Thüsing* (Fn. 394), § 312 c Rn. 17.

berücksichtigen.⁴¹² Rechtzeitigkeit ist mit dem Zweck einer informierten Entscheidungsfindung des Verbrauchers dann anzunehmen, wenn ihm eine angemessene Bedenkzeit für die Entscheidung zur Verfügung steht. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, den Interessen der Vertragspartner, der Verkehrssitte und - wie das Merkmal “einer dem Fernkommunikationsmittel entsprechender Weise” zeigt - auch nach dem jeweiligen Fernkommunikationsmittel selbst.⁴¹³ Letzteres Merkmal ist auch für die Art und Weise der Darstellung, die “klar und verständlich” sein soll, zu berücksichtigen.

(b) Zwangsführung durch die Informationen

Für einen Vertragsschluss im Internet verlangt das OLG Frankfurt⁴¹⁴ eine sogenannte Zwangsführung des Verbrauchers durch die Informationen des Unternehmers. Bei Verträgen im Internet sollen nach Ansicht des Gerichts die Informationen vor dem Bestellbutton abgedruckt werden, so dass diese vom Verbraucher vor Abgabe seiner bindenden Erklärung aufgerufen werden müssen. Das Gericht sah es als nicht ausreichend an, dass die Betreiberin eines Onlineshops im Internet die erforderlichen Informationen nach dem Fernabsatzrecht nur mittels eines Links vermittelte. Allein die Möglichkeit zur Ermittlung der Informationen durch den Verbraucher sei nicht genügend. Das Gericht begründet seine Ansicht damit, dass sonst der verbraucherschützenden Funktion der Vorschrift nicht genüge getan werde.⁴¹⁵

Übertragen auf den M-Commerce und die SMS würde dies bedeuten, dass ein Vertragsschluss ohne Verstoß gegen die Informationspflichten nicht möglich wäre.⁴¹⁶ Wenn schon ein Link auf der Website nicht ausreicht, kann davon ausgegangen werden, dass ein externer Link erst recht nicht genügend ist.

Schafft wendet sich gegen das Urteil des OLG Frankfurt mit der Begründung, dass sich durch diese enge Auslegung der Vorschrift eine unnötige Behinderung des

⁴¹² Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 20; *Palandt*⁶⁵-*Grüneberg* (Fn. 37), § 312 c Rn. 5.

⁴¹³ Vgl. BGH, GRUR 2003, 971, 973; OLG Hamburg, MMR 2005, 318; *Palandt*⁶⁵-*Grüneberg* (Fn. 37), § 312 c Rn. 3; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S. 28; Härting, FernAbs (2000) § 2 FernAbsG, Rn. 58; Waldenberger, K&R 1999, 345, 348.

⁴¹⁴ K&R 2002, 43 f.

⁴¹⁵ OLG Frankfurt a.M., K&R 2002, 44.

Vertragsschlusses im Internet ergebe. Außerdem hält er es für den Kunden für unzumutbar, die auf § 312 c Absatz 1 BGB beruhenden Informationen vor jedem Alltagsgeschäft im Internet durchlesen zu müssen.⁴¹⁷ Einen ähnlichen Gedanken verfolgt Hoeren, wenn er fragt, ob der Verbraucher wegen der Masse der Daten, die der Provider vorrätig halten müsse, ein Interesse daran habe, diese zur Kenntnis zu nehmen.⁴¹⁸ Schafft weist mit Recht darauf hin, dass diese aus Gründen der Verständlichkeit für den Laien mehrere Bildschirmseiten umfassen. Für ihn ist es ausreichend, dass die Informationen auf Wunsch des Verbrauchers einsehbar sind.⁴¹⁹ Dies begründet er mit einem Vergleich mit dem herkömmlichen Ladengeschäft, bei dem die Informationen dem Kunden nicht aufgedrängt werden müssen.⁴²⁰ Zwar ist der Vergleich Schaffts mit dem Ladengeschäft nicht glücklich gewählt, da gerade bei diesen Geschäften die Informationspflichten aus dem Grunde schon nicht eingreifen, weil es sich hierbei nicht um Fernabsatzgeschäfte handelt. Jedoch ist ihm Recht zu geben, dass die Forderung des OLG Frankfurt a.M. die Anforderungen an den Verbraucherschutz überspannt. Das OLG legt offensichtlich noch das Verbraucherleitbild eines unmündigen und hilflosen Verbrauchers zugrunde. Dieses Leitbild ist jedoch durch die europäische Rechtsprechung, der sich auch die deutsche mittlerweile angeschlossen hat, überholt: Heute ist ein durchschnittlich aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher zugrunde zu legen.⁴²¹ Hierbei ist jedoch nicht auf Intelligenzunterschiede zwischen Internetnutzern und den übrigen Verbrauchern abzustellen, da die Nutzung des Internets von einem großen Teil der Bevölkerung wahrgenommen wird und somit nicht von einem besonders intelligenten Verbraucher im Zusammenhang mit dem Internet ausgegangen werden kann.⁴²² Im Internet ist die Nutzung eines Links für Verweise auf andere Informationen durchaus üblich, so dass davon ausgegangen werden kann, dass ein durchschnittlicher

⁴¹⁶ Vgl. Schafft, K&R 2002, 44, 45.

⁴¹⁷ Schafft, K&R 2002, 44, 45.

⁴¹⁸ Hoeren, MMR 1999, 192, 197.

⁴¹⁹ Link auf Website des Unternehmers ausreichend: BGH, NJW 2006, 3633; OLG München, NJW-RR 2004, 913; OLG München, MMR 2002, 463; LG Stuttgart, NJW-RR 2004, 911; Palandt⁶⁵-Grüneberg (Fn. 37), § 312 c Rn. 2; Staudinger¹³-Thüsing (Fn. 394), Wilmer/Hahn²-Hahn (Fn. 410), VII 2 Rn. 13; § 312 c Rn. 22; Härting, FerAbsG (2000) § 2 Rn. 63; Mankowski, CR 2001, 767; Steins, MMR 2001, 530; Kamanabrou, WM 2000, 1422; Roth/Schulze, RIW 1999, 924, 927.

⁴²⁰ Schafft, K&R 2002, 44, 45.

⁴²¹ LG München I, CR 2001, 50, 51; Staudinger¹³-Thüsing (Fn. 394), § 312 c Rn. 28; Lütcke, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 56.

⁴²² So aber Reich, EuZW 1997, 581, 584; wie hier: Wilmer/Hahn²-Hahn (Fn. 410), VII 2 Rn. 13; Kamanabrou, WM 2000, 1422.

Verbraucher die Nutzung der Linkverweisung beherrscht.⁴²³ Der BGH ist mittlerweile in einer neuen Entscheidung der Ansicht des OLG Frankfurt entgegengetreten. Er begründet seine Meinung damit, dass den §§ 312 Absatz 1 Satz 1 BGB i.V.m. 1 Absatz 1 BGB-Info-V eine bestimmte Stelle, an der die Informationen zu veröffentlichen seien, nicht entnommen werden könne. Auch der Wortlaut und der Sinn und Zweck dieser Vorschrift erforderten keine Zwangsführung durch die Informationen.⁴²⁴

(c) Externer Link im M-Commerce auf Internetseiten

Ist also davon auszugehen, dass die Informationserteilung im Internet durch einen Link möglich ist, ist nun der Frage nachzugehen, ob der oben angedachte externe Link im M-Commerce auf eine Internetseite möglich ist. Prinzipiell wird ein Medienbruch abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass der Verbraucher analog § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Informationen haben solle. Ein Wechsel des Kommunikationsmittels wird jedoch als unzumutbar eingestuft, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Verbraucher über ein anderes als das von ihm eingesetzte Fernkommunikationsmittel verfüge.⁴²⁵

Wie bereits bei den Ausführungen zu den AGB ist dieser pauschalen Annahme der Unzumutbarkeit der Kenntnisnahme bei einem Medienbruch entgegenzutreten.⁴²⁶

Auch der Wortlaut des § 312 c Absatz 1 Satz 1 BGB lässt einen externen Link und damit einen Medienbruch zu. Ein Medienbruch ist nicht explizit ausgeschlossen worden. Auch wird nicht vorgeschrieben, dass die Informationen mit demselben Kommunikationsmittel erteilt werden müssen. Der Gesetzgeber wollte gerade berücksichtigt wissen, dass die Informationsübermittlung nicht bei allen Fernkommunikationsmitteln in gleicher Weise möglich ist.⁴²⁷ Daher fügte er das Merkmal “einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise” ein.

⁴²³ Vgl. BGH, NJW 2006, 3633; OLG München, MMR 2004, 36; OLG München 2002, 463; LG Traunstein, CR 2006, 74; LG Stuttgart, NJW-RR 2004, 911; *Wilmer/Hahn²-Hahn* (Fn. 410), VII 2, Rn. 13; *Steins*, MMR 2001, 530; *Mankowski*, CR 2001, 767; *Kamanabrou*, WM 2000, 1422.

⁴²⁴ BGH, NJW 2006, 3633, 3636.

⁴²⁵ *Staudinger*¹³-*Thüsing* (Fn. 394), § 312 c Rn. 22; *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c, Rn. 65; *Härting*, FernAbs (2000) § 2 Rn. 64; *Roth/Schulze*, RIW 1999, 924, 927.

⁴²⁶ S.o., S.97 f..

⁴²⁷ *Staudinger*¹³-*Thüsing* (Fn.394), § 312 c Rn. 22; *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 65; Stellungnahme des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung - Drucksachen 14/2658, 14/2920 - über Fernabsatzverträge und andere Vorschriften des Verbraucherrechts sowie zur

Die Chancen des E- und M-Commerce sollten nicht durch zu hohe Anforderungen an die Unternehmen zunichte gemacht werden. Das soll nicht bedeuten, dass der Verbraucher nicht schutzwürdig ist. Dies wäre mit der EC-RL nicht vereinbar, die hervorhebt, dass der Verbraucherschutz besonders zu berücksichtigen sei, vgl. Erwägungsgründe 10, 65 EC-RL. Auch würde man verkennen, dass der Verbraucherschutz ein elementarer Bestandteil des Privatrechts darstellt und im Transparenzgebot des Gemeinschaftsrechts verankert ist.⁴²⁸

Die Informationsdefizite auf Seiten des Verbrauchers sollten jedoch durch eine den Unternehmern mögliche Informationserteilung ausgeglichen werden. Die Anwendung des sogenannten cheapest-cost-avoider-Prinzips scheidet heute noch beim M-Commerce aus. Hierunter wird das Prinzip verstanden, dass derjenige, der den geringeren Beschaffungsaufwand im Hinblick auf die Informationen hat, diese der anderen Seite zur Verfügung zu stellen hat.⁴²⁹ Bedenkt man nämlich, dass es bei Verträgen per SMS aufgrund der technisch bedingten Zeichenbegrenzung unmöglich ist, die Informationen in diese zu integrieren, würde man vom Unternehmer verlangen, bei dieser Form des elektronischen Rechtsverkehrs gegen das Gesetz zu verstoßen. Man würde ihm unkalkulierbare Risiken aufbürden,⁴³⁰ die sich aus einem verlängerten Widerrufsrecht⁴³¹ und möglichen Schadensersatzforderungen aus §§ 280, 241 BGB des Kunden, Verbandsklagen gemäß § 2 UnterlassungsklageG oder auch Konkurrentenklagen gemäß § 13 UWG⁴³² ergeben würden. ⁴³³ Zwar kann er die Informationen, da sie ihn betreffen, ohne Kostenaufwand beschaffen, aber das zur Verfügung Stellen ist technisch nicht realisierbar, so dass ihm eine Verhinderung der o.g. Rechtsfolgen unmöglich ist. Auf der anderen Seite ist es dem Verbraucher/Kunden mit geringem Kostenaufwand möglich, die Informationen im Internet abzurufen, wenn ihm durch den Unternehmer eine Internetseite mit den Informationen bekannt gegeben wird. Wenn er einen Vertragsschluss im M-Commerce anstrebt, ist von ihm zu verlangen, dass er sich den dort bestehenden technischen Gegebenheiten

Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/ 3195, S. 31.

⁴²⁸ Vgl. *Palandt*⁶⁵-*Heinrichs* (Fn. 37) Einf. v. § 145 Rn. 13.

⁴²⁹ Vgl. *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 467; *Mankowski*, CR 2001, 767, 769.

⁴³⁰ Vgl. *Arnold*, CR 1997, 531, der schon das Widerrufsrecht als unkalkulierbares Risiko bezeichnet.

⁴³¹ Dieses beginnt gemäß § 312 d Absatz 2 BGB erst am Tag der Informationspflichtenerfüllung und erlischt bei Nichterfüllung gemäß § 355 Absatz 3 Satz 2 BGB nie, bei verspäteter Erfüllung gemäß § 355 Absatz 3 BGB spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss; bei Belehrung nach Vertragsschluss einen Monat nach Belehrung, § 355 Absatz 2 Satz 2 BGB.

⁴³² Hierzu ausführlich s.u., S.117 f..

unterwirft. Anknüpfend an den oben entwickelten Lösungsvorschlag zu den AGB⁴³⁴ könnte der Unternehmer demnach seinen Informationspflichten durch Veröffentlichung zusammen mit seinen AGB im Internet nachkommen. Der Hinweis auf die Informationen könnte müsste dort gegeben werden, wo die Telefonnummer des Unternehmers, an die die SMS des Kunden zu richten ist, erfolgen. Dies ist bei einer *invitatio ad offerendum* des Unternehmers per SMS, die erste seitens des Unternehmers. Diese müsste dann neben dem Hinweis auf die AGB auch einen auf die Informationen enthalten, welcher etwa durch „... AGB + Infos unter www.xyz.de ...“ gegeben werden kann. Geht das Angebot vom Kunden aus, da die Telefonnummer des Unternehmers etwa auf einem Plakat veröffentlicht worden ist, müsste der Hinweis auf die Infos und die Internetseite, auf der sie zu finden sind, bereits dort vorgenommen werden. Die Antwort-SMS des Unternehmers könnte dann wie folgt lauten: “Vertrag nur inkl. AGB + Infos unter www.xyz.de. Einverstanden? Infos gesehen? Dann SMS mit ja zurück.”

Mit diesen beiden Lösungen könnte der Unternehmer seinen Informationspflichten gemäß § 312 c Absatz 1 BGB rechtzeitig vor Vertragserklärung nachkommen. Der Verbraucher ist hinreichend durch die Möglichkeit der Kenntnisnahme geschützt.⁴³⁵ Er könnte seine Entscheidung zum Vertragsschluss informiert treffen.

Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die soeben vorgeschlagene Vorgehensweise zwar durch den Wortlaut der Vorschrift des § 312 c Absatz 1 Satz 1 BGB gedeckt ist. Gerade im Hinblick auf das Urteil des OLG Frankfurt bleibt jedoch abzuwarten, ob die Gerichte diese Meinung teilen werden.

Langfristig sollte der Gesetzgeber gerade mit Rücksicht auf den M-Commerce die Regelung des § 312 c Absatz 1 BGB dahingehend konkretisieren, dass eine Erfüllung der Informationspflichten auch über andere Medien als das zum Vertragsschluss genutzte möglich ist.

Mit Wiebe ist dann auch zu fordern, dass die Vorschrift nicht nur auf Verbraucher, sondern auch auf die übrigen Nutzer erweitert wird. Wiebe begründet dies überzeugend damit, dass bei Nutzung der elektronischen Medien nicht nur der Verbraucher ein Informationsdefizit gerade hinsichtlich der Identität des Unternehmers hat, sondern auch der Unternehmer. Er bevorzugt daher nicht einen

⁴³³ Vgl. *Ranke*, MMR 2002, 509, 514.

⁴³⁴ S.o., S.99.

statusrechtlichen Verbraucherbegriff, sondern einen situationsgebundenen.⁴³⁶ Es solle nach den äußeren Gegebenheiten des Vertragsschlusses und nicht der wirtschaftlichen Rolle des Vertragspartners entschieden werden, ob ein gestörtes Vertragsgleichgewicht vorliege.⁴³⁷

Um dem in § 312 c festgelegten Transparenzgebot zu genügen, muss die Darstellung der AGB auf der Internetseite des Unternehmers "klar und verständlich" erfolgen. Ein besonderes Hervorheben der Informationen erscheint nicht erforderlich.

(2) Vertragliche Informationspflichten im Sinne des § 312 c Absatz 2 BGB

Nach § 312 c Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher neben den Vertragsbestimmungen und den AGB auch die Informationen nach § 1 Absatz 4 BGB-InfoVO in Textform spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Dienstleistungsvertrages beziehungsweise bis zur Warenlieferung zukommen zu lassen. Hierbei handelt es sich nicht um vorvertragliche Informationspflichten, wie in § 312 c Absatz 1 BGB.

Ausgenommen hiervon sind die Dienstleistungen, die in einem Mal unmittelbar durch den Einsatz des Fernkommunikationsmittels erfolgen, vorausgesetzt, dass sie über den Telekommunikationsdiensteanbieter abgerechnet werden, § 312 c Absatz 2 Satz 2 BGB. Der Grund dieser Ausnahme besteht darin, dass es bei den beschriebenen Diensten nicht sinnvoll erscheint, den Unternehmer mit Informationspflichten zu belasten. Die nachträglichen Informationen sollen dazu dienen, den Verbraucher in die Lage zu versetzen, seine Rechte aus dem Vertrag durchzusetzen. Bei der beschriebenen Ausnahme hätte der Unternehmer jedoch bereits erfüllt, bevor der Verbraucher die Informationen hätte erhalten können, so dass letzterer diese nicht mehr benötigt.⁴³⁸ Auch soll so eine Beeinträchtigung der Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs vermieden werden, die belastet wäre, wenn der Unternehmer die Informationen nachträglich trotz Nutzlosigkeit erteilen müsste.⁴³⁹ Unter diese

⁴³⁵ Im Ergebnis auch *Schafft*, K&R 2002, 44, 45.

⁴³⁶ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 474 f.

⁴³⁷ *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung (2002) 484, mit Hinweis auf BVerfGE 89, 214, 234.

⁴³⁸ Vgl. *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 127; *Bürger*, NJW 2002, 465, 468; *Staudinger*¹³-*Thüsing* (Fn. 394), § 312 c Rn. 105.

⁴³⁹ *Staudinger*¹³-*Thüsing* (Fn. 394), § 312 c Rn. 106; *Meents*, CR 2000, 610, 612.

Ausnahme fällt die Premium-SMS⁴⁴⁰, die die genannten Voraussetzungen erfüllt.⁴⁴¹ Doch auch hier sind die erforderlichen Mindestangaben gemäß § 312 c Absatz 2 Satz 3 BGB zu erfüllen. Hierbei reicht es jedoch nach dem Wortlaut aus, wenn sich der Verbraucher hierüber informieren kann. Eine Pflicht zum Bereithalten in Textform ist nicht erforderlich.

Die vertraglichen Informationspflichten müssen in Textform gegeben werden. Die Textform ist in § 126 b BGB legal definiert. Für die elektronische Form setzt sie voraus, dass die Erklärung dauerhaft in Schriftzeichen wiedergegeben werden kann. Durch diese Festlegung in § 312 c Absatz 2 BGB soll der Verbraucher die Möglichkeit erhalten, sich nach Vertragsschluss über seine Rechte zu informieren.⁴⁴² Dies ist nur möglich, wenn diese nicht nachträglich vom Unternehmer geändert werden können. Demnach ist es erforderlich, dass die Informationen dem Verbraucher zur Verfügung stehen, ohne dass der Unternehmer diese manipulieren kann.⁴⁴³ Werden diese Informationen auf der Homepage des Unternehmers veröffentlicht, muss der Verbraucher die Möglichkeit haben, diese in seinen ausschließlichen Machtbereich gelangen zu lassen. Dies kann entweder durch die Ermöglichung eines Downloads oder des Ausdrucks erfolgen.⁴⁴⁴

Da es sich hierbei um die Erfüllung einer Pflicht handelt, ist der Unternehmer im Streitfall nach den allgemeinen Regeln beweisbelastet. Demnach ist ihm zu raten, eine schriftliche Bestätigung des Verbrauchers über die Erteilung der Informationen zu verlangen.⁴⁴⁵

Diese Informationen sind nicht in einer besonderen Art darzustellen, so dass es sich anbietet, diese in die AGB des Unternehmers zu integrieren.⁴⁴⁶ Hierbei ist die Hervorhebungspflicht etwa durch eine andere Schriftart bei den Informationen, die in § 1 Absatz 4 Satz 3 BGB-InfoVO genannt werden, zu bedenken. Hierzu zählt etwa die Widerrufsbelehrung.⁴⁴⁷ Teilweise wird gefordert, dass bei der Darstellung in den AGB

⁴⁴⁰ S.o., S.72 ff.

⁴⁴¹ Vgl. *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 127; *Bürger*, NJW 2002, 465, 468.

⁴⁴² Begründung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/ 70 52 zu § 312 c zu § 312 c.

⁴⁴³ *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c, Rn. 112; *Martis/ Meinhof*, Verbraucherschutz² (2005) IV D Rn. 12; *Wilmer/Hahn²-Hahn* (Fn. 410), VII 2 Rn. 19

⁴⁴⁴ Vgl. *Köhler/ Arndt/ Fetzer*, S. 98

⁴⁴⁵ LG Kleve, NJW-RR 2003, 196; *Palandt⁶⁵-Grüneberg* (Fn. 37), § 312 c Rn. 7; *Palandt⁶⁵-Heinrichs* (Fn. 37), § 126 b Rn. 6; *Köhler/ Arndt/ Fetzer*, Recht des Internet⁵ (2006) S. 98; *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 124.

⁴⁴⁶ *Wilmer/ Hahn²-Hahn* (Fn. 410), VII 2 Rn. 13.

⁴⁴⁷ Vgl. *Wilmer/ Hahn²-Hahn* (Fn. 410), VII 2 Rn. 12.

ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Informationspflichten in diesen enthalten sind, gegeben wird.⁴⁴⁸ Eine Stütze im Gesetz für diese Ansicht ist jedoch nicht ersichtlich. Weder in § 312 c Absatz 2 BGB noch in § 1 Absatz 4 BGB-InfoVO und auch nicht in Art. 5 FARL, der durch diese Vorschriften umgesetzt werden sollte, ist eine besondere Darstellungsart für die vertraglichen Informationen vorgeschrieben.

bb. § 312 d BGB

Werden die Informationspflichten von dem Unternehmer nicht erfüllt, hat dies nicht zur Folge, dass der Vertrag nichtig ist. Eine Nichterfüllung hat jedoch u.a. Auswirkungen auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers gemäß §§ 312 d; 355 BGB: Die Widerrufsfrist beginnt nämlich erst nach Erfüllung dieser Pflichten, und zwar in Textform, § 312 d II BGB in Verbindung mit § 312 c II BGB. Jedoch erlischt das Widerrufsrecht spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss beziehungsweise bei der Lieferung von Waren nach Eingang der Waren beim Empfänger, § 355 II BGB, es sei denn, dass nicht über das Widerrufsrecht aufgeklärt wurde: Dann erlischt dieses Recht nie, § 355 III 3 BGB.

Ein Widerrufsrecht erlischt auch dann, wenn es sich um Dienstleistungen handelt, bei denen der Unternehmer mit der Ausführung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat, § 312 III BGB.

Kein Widerrufsrecht besteht bei den Verträgen, die in § 312 d IV BGB aufgezählt sind. All diese Ausnahmen haben eines gemeinsam: Ein Widerruf wäre für den Unternehmer in diesen Fällen unzumutbar, da die von ihm erbrachten Leistungen nicht Rückstands los vom Verbraucher herausgegeben werden könnten.⁴⁴⁹ Hierunter fällt auch die Premium-SMS. Bei ihr werden Informationen, beispielweise die neuesten Ergebnisse der Olympischen Spiele, direkt auf das mobile Endgerät geliefert. Einmal wahrgenommen, können sie von dem Verbraucher nicht mehr zurückgegeben werden. Dies dürfte auch für Gegenstände gelten, die in Form von Zeichen direkt auf das Handy geschickt werden, die SMS also die Erfüllung darstellt, wie Konzertkarten,

⁴⁴⁸ *Lütke*, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c Rn. 59; *Micklitz/Reich*, BB 1999, 2093, 2094.

⁴⁴⁹ Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, S.44.

Fahrkarten. Dadurch, dass bei mobilen Endgeräten die Möglichkeit der Vervielfältigung besteht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Verbraucher die Karte - trotz Rückgabe des Originals - in Form einer Kopie nutzen kann. Hierbei ist jedoch danach zu differenzieren, ob der Unternehmer hiergegen Vorkehrungen getroffen hat, so dass für ihn bei Prüfung die Möglichkeit besteht festzustellen, ob es sich um eine Kopie oder um das Original handelt oder diese Vorkehrungen fehlen. Beim Ticketing im Nahverkehr gibt es derartige Vorkehrungen schon.

b. Informationspflichten nach § 312 e BGB

Diese Vorschrift schreibt Informationspflichten für den elektronischen Geschäftsverkehr mittels Tele- oder Mediendiensten vor. Für die SMS heißt dies, dass heute hierunter nur die Premium-SMS fällt, da nur sie einen Teledienst im Sinne des § 2 TDG darstellt.

Absatz 1 Nrn. 1-3 BGB gelten jedoch gemäß Absatz 2 nicht für Verträge, die ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen werden. Grund hierfür ist, dass Informationspflichten entbehrlich erscheinen, wenn wegen der unmittelbaren Kommunikation eine Nachfragen des Empfängers zur Wahrung seiner Informationsbedürfnisse möglich ist.⁴⁵⁰ Unter diese Ausnahme fällt die Kommunikation via E-Mail oder auch per SMS. Dies bedeutet, dass nur die Informationspflicht gem. § 312 e Absatz 1 Nr. 4 BGB bei einem Vertragsschluss von Bedeutung ist: Der Unternehmer muss dem Kunden die Möglichkeit verschaffen, Kenntnis von den Vertragsbestimmungen inklusive Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss zu erlangen. Eine solche Möglichkeit ist dann gegeben, wenn der Unternehmer an dem Ort, wo er die Telefonnummer und das Angebot für den Dienst platziert, also etwa in seiner Werbung, auch einen Hinweis auf seine Internetseite gibt, wo die Informationen zum Abruf bereitgehalten werde.⁴⁵¹

c. Informationspflichten nach § 6 TDG

Nach § 6 TDG haben Telediensteanbieter die dort aufgezählten Informationen "leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten". Die Vorschrift

⁴⁵⁰ Gitter/ Roßnagel, K&R 2003, 64, 68.

dient dazu, Art. 5 EC-RL umzusetzen. Diese Vorschrift wurde eingefügt, um den Gefahren, die mit der Anonymität der Anbieter im Internet einhergehen, entgegenzuwirken. Jeder soll sich über die Identität des Urhebers informieren können.⁴⁵²

Diese Vorschrift ist einschlägig für die Premium-SMS, die einen Teledienst darstellt. Die Informationen können auch hier mittels eines externen Links auf die Homepage des Unternehmers gegeben werden. Eine Zwangsführung ist hier ebensowenig erforderlich wie bei den Informationen nach § 312 c BGB.⁴⁵³ Ausreichend ist, wenn die erforderlichen Informationen leicht erkennbar sind. Bei weiterführenden Links ist es erforderlich, dass diese dem Nutzer unmissverständlich den Weg zu den Informationen bereiten.⁴⁵⁴ Diese Anforderungen kann ein externer Link ohne weiteres erfüllen.

2. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Informationspflichten

Verstößt der Unternehmer gegen die Informationspflichten des § 312 c BGB oder § 312 e BGB besteht in dem oben dargestellten Rahmen für den Verbraucher ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB.⁴⁵⁵

Außerdem besteht die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Verbrauchers/ Kunden gemäß §§ 241 Absatz 2, 280, 311 Absatz 2 Nr. 1 BGB wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht. Hierbei muss dem Verbraucher/ Kunden ein Schaden entstanden sein. Bei vorvertraglichen Pflichten und Bestehen eines Widerrufsrechts dürfte letzteres einem Schaden entgegenstehen.⁴⁵⁶ Bei vertraglichen Pflichten kann dem Verbraucher/ Kunden zumindest dann ein Schaden entstehen, wenn der Unternehmer diesen nicht über das Widerrufsrecht belehrt hat.⁴⁵⁷

Verbraucherschutzverbände haben bei derartigen Verstößen gegen §§ 312 c; 312 e BGB die Möglichkeit, eine Unterlassungsklage gegen den Unternehmer zu erheben, §§ 2 Absatz 1 und 2 Nr. 3; 3 UKlaG.⁴⁵⁸

⁴⁵¹ S.o.S.109 ff..

⁴⁵² PLG Hamm, MMR 2003, 410, 411; *Spindler/ Schmitz/ Geis*, TDG (2004) § 6 TDG Rn. 4.

⁴⁵³ Vgl. insbesondere BGH, NJW 2006, 3633, 3634.

⁴⁵⁴ BGH, NJW 2006, 3633, 3635.

⁴⁵⁵ S.o., S.114.

⁴⁵⁶ *Wilmer/ Hahn²-Hahn* (Fn.410), VII 2 Rn. 3; *Staudinger¹³-Thüsing* (Fn. 368), § 312 c Rn. 94.

⁴⁵⁷ *Staudinger¹³-Thüsing* (Fn. 394), § 312 c Rn. 124; *Martis/ Meinhof*, IV C Rn. 28.

⁴⁵⁸ *Palandt⁶⁵-Grüneberg* (Fn.37), § 312 c Rn. 12; *Wilmer/ Hahn²-Hahn* (Fn. 410), VII 2 Rn. 3; *Grigoleit*, NJW 2002, 1151, 1155.

Es bleibt die Frage, ob bei Verstößen gegen die Informationspflichten auch die Möglichkeit besteht, dass ein Konkurrent einen Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 4 Nr. 11; 8 Absatz 1 Nr.3 UWG stellen kann.

Hierfür ist zunächst entscheidend, dass es sich bei der Vorschrift, gegen die verstoßen wurde, um eine solche handelt, die das Marktverhalten in Bezug auf Marktteilnehmer regelt. Der Begriff des Marktteilnehmers ist in § 2 Absatz 1 Nr. 2 UWG geregelt: Hierunter fallen u.a. Mitbewerber i.S.d. § 2 Absatz 1 Nr. 3 UWG und Verbraucher. Eine Vorschrift über das Marktverhalten liegt vor, wenn in ihr die Anbahnung und Abwicklung von Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr geregelt wird.⁴⁵⁹ Die §§ 312 c, 312 e BGB dienen dazu den Verbraucher vor Vertragsschluss eine Entscheidungsgrundlage für seinen Abschlusswillen zu geben und nach Vertragsschluss seine Rechte aus dem Vertrag wahrzunehmen. Verstöße hiergegen greifen also entweder in die Anbahnung oder die Abwicklung von Verträgen ein und stellen mithin eine Marktverhaltensregelung dar.⁴⁶⁰

Bei § 6 TDG, der der Umsetzung des Art. 5 EC-RL dient, ist die Einordnung nicht so eindeutig. Nicht alle Informationspflichten dieser Vorschrift dienen dem Verbraucherschutz, sondern auch in Teilen der Informationsbeschaffung der Behörden, vgl. Art. 5 Absatz 1 EC-RL. Anders wäre es sonst auch nicht verständlich, dass nicht alle Pflichten des § 6 TDG in die Vorschriften über die Informationspflichten im BGB aufgenommen worden sind. Dies gilt insbesondere für die Pflichten des § 6 Nrn. 3, 5, 6 TDG. Die Pflichten in den Nummern 1, 2, 4 des § 6 TDG dienen eindeutig der Erreichbarkeit des Unternehmers für etwaige Vertragspartner und damit auch der Ermöglichung von Kontaktaufnahmen zu Zwecken des Vertragsanbahnung beziehungsweise -abwicklung, so dass in ihnen Regelungen nach § 4 Nr. 11 UWG zu erblicken sind.⁴⁶¹

Neben der Erfüllung der Voraussetzungen des § 4 Nr. 11 UWG, welcher das Merkmal der Unlauterkeit des § 3 UWG ausfüllt, müssen die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 3 UWG vorliegen: Wettbewerbshandlung, Eignung zu einer nicht nur unerheblichen

⁴⁵⁹ Vgl. BGH, GRUR 2002, 825; BGHZ 144, 255; Fezer, Lauterkeitsrecht (2005) § 4-S13, Rn. 77; Götting, Wettbewerbsrecht (2005) § 6 Rn. 14; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 15/ 1487, S. 19.

⁴⁶⁰ Martis/ Meinhof, Verbraucherschutz² (2005), IV C Rn. 24; Staudinger¹³-Thüsing (Fn. 394), § 312 c, Rn. 92; Wilmer/ Hahn²-Hahn (Fn. 410), VII 2 Rn. 3; Schmittmann, K&R 2004, 631, 634; Lütke, Fernabsatzrecht (2002) § 312 c, Rn. 77, 4; Härting, FernAbsG (2000) § 2 Rn. 13 f..

⁴⁶¹ OLG Naumburg, Beschluss vom 16.03.2006 - 10 W 3/06 (HS) zu § 6 Absatz 1 Nr. 1 TDG; LG Traunstein, MMR 2005, 781.

Verfälschung des Wettbewerbs mit Nachteil für die Marktbeteiligten. Dies ist nach dem jeweiligen Einzelfall zu entscheiden.⁴⁶²

Liegen die übrigen Voraussetzungen des § 3 UWG vor, ist bei einem Verstoß gegen die Informationspflichten der §§ 312 c, 312 e BGB, § 6 Absatz 1 Nrn. 1, 2, 4 TDG ein Unterlassungsanspruch für Konkurrenten gegeben.

3. Fazit

Die Pflichten gem. § 312 c BGB in Verbindung mit § 1 BGB-InfoV muss ein Unternehmer bei Vertragsschlüssen via SMS nur einhalten, wenn es sich nicht um Vertragsschlüsse im Sinne des § 312 b III BGB handelt: Hierunter fallen zum Beispiel Verträge, die die regelmäßige Lieferung von Waren eines Lebensmittelhändlers beinhalten, aber auch Hotelreservierungen, Ticketing im Bereich der Beförderung und von Konzertkarten oder einfach die per SMS bestellte Pizza .

Die vorvertraglichen Informationspflichten nach § 312 c Absatz 1 BGB können über einen externen Link mit Hinweis auf die Homepage des Unternehmers, wo sich die Informationen befinden, erteilt werden. Bei den vertraglichen Informationspflichten ist die Erteilung in Textform, also in dauerhafter Form nötig. Diese können in die AGB des Unternehmers einbezogen werden. Es sollte vom Verbraucher verlangt werden, dass dieser den Zugang dieser Informationen bestätigt. Der Unternehmer trägt die Beweislast für die Vornahme der Informationserteilung.

§ 312 e BGB gilt nur für die Premium-SMS. Wegen der Ausnahme des § 312 e Absatz 2 BGB müssen hierbei nur die Informationen nach § 312 e Absatz 1 Nr. 4 BGB erteilt werden. Auch hierbei besteht die Möglichkeit, dieser Pflicht über einen externen Link auf die Homepage des Unternehmers nachzukommen, wo die Informationen zum Download bereitgehalten werden. Das Gleiche gilt für die Informationspflichten nach § 6 TDG, die auch nur für die Premium-SMS als Teledienst gelten.

Die Verletzung der Informationspflichten der §§ 312 c, d BGB bedeutet, dass der Unternehmer grundsätzlich einem Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB seines Kunden ausgesetzt ist, und zwar für die Dauer von sechs Monaten, es sei denn, der Kunde wurde auch nicht nachträglich über sein Widerrufsrecht informiert. Dann erlischt dieses Recht nicht. Für Verträge hingegen, die eine Leistung des Unternehmers

⁴⁶² Vgl. *Götting*, Wettbewerbsrecht (2005) § 14 Rn. 20.

beinhalten, die nicht rückstandslos zurückgegeben werden können, ist dieses Widerrufsrecht gänzlich ausgeschlossen. Hierunter fallen auch Verträge der Premium-SMS, trotz der Regelung des § 312 e Absatz 1 Satz 1 Nr. 4, III 2 BGB, da bei dem heutigen Stand der Technik ein Abruf der Informationen seitens des Kunden über den Mobilfunk nur eingeschränkt möglich ist.

Im Übrigen besteht bei einem Verstoß gegen die Pflichten aus §§ 312 c, e BGB die Gefahr eines Schadensersatzanspruchs des Vertragspartners gemäß §§ 241; 280; 311 Absatz 2 Nr. 1 BGB. Auch können Unterlassungsklagen durch Verbraucherschutzverbände gemäß §§ 2 Absätze 1, 2 Nr. 3; 3 UKlaG drohen. Bei Verstößen gegen §§ 312 c; 312 e BGB, 6 Absatz 1 Nr. 1, 2, 4 TDG kann ein Konkurrent gemäß §§ 3, 4 Nr. 11; 8 Absatz 1 Nr. 3 UWG einen Unterlassungsanspruch geltend machen.

G. Beweiskraft der SMS

Einen Vertrag per SMS zu schließen ist nach der vorangegangenen Untersuchung also möglich. Doch wie steht es mit der Beweiskraft der SMS? Ist es möglich, einen etwaigen Vertragsschluss im Streitfall zu beweisen? Entscheidend ist die Frage, wie und durch wen die Beweislastverteilung bei diesem neuen Medium bezüglich der Integrität und Authentizität der SMS vorzunehmen ist.

I. Vollbeweis für Integrität und Authentizität

Grundsätzlich hat jede Partei die ihr günstigen Tatsachen zu beweisen. Dies bedeutet, dass der Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden und der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale trägt.⁴⁶³ Hierbei handelt es sich um eine generalisierende Risikozuweisung, die eine Waffengleichheit der Parteien bewirkt.⁴⁶⁴ Sie leitet sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des fairen Verfahrens ab. Dieses Prinzip wurde vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 I GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) abgeleitet.⁴⁶⁵ Dieser Grundsatz besagt, dass der einzelne die Chance erhalten muss, seine grundrechtlich geschützten Interessen in einem fairen Verfahren durchzusetzen.⁴⁶⁶ Die Partei soll davor bewahrt werden, mit unbilligen Lasten im Prozess belastet zu werden. Hierzu trägt die oben genannte Beweislastregel bei. Nur wenn die Partei, die einen Anspruch durchsetzen will, die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat und somit das Prozessrisiko trägt, wird die geschützte Sphäre des Beklagten nicht durch eine übertriebene Gefährdung des staatlichen Justizgewährleistungssystems beeinträchtigt.⁴⁶⁷

Eine Änderung dieser Grundregel greift in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der verlierenden Partei ein.⁴⁶⁸ Sie muss demnach eine Ausnahme darstellen und kann nur nach Abwägung aller betroffenen Rechtspositionen der Parteien vorgenommen werden.

⁴⁶³ Vgl. statt aller RGZ 57, 49; BGH, NJW 1991, 1052; BGH NJW 1986, 2426, 2427; BGH, NJW 1993, 1716; BGHZ 3, 342; 87, 392; 113, 222; 125, 251; LG Bonn, CR 2002, 293; *Diedrichsen*, VersR 1966, 211, 212.

⁴⁶⁴ *Zöller-Stephan*, Zivilprozessrecht²⁵ (2005) Vor § 284 Rn. 17.

⁴⁶⁵ Vgl. BVerfG NJW 1987, 2499; 1988, 2787; 1991, 3140; 1995, 40.

⁴⁶⁶ *Pieroth/Schlink*, Staatsrecht II, Grundrecht¹⁸ (2002) Rn. 93.

⁴⁶⁷ *Reinhardt*, NJW 1994, 93, 96.

⁴⁶⁸ *Reinhardt*, NJW 1994, 93.

Eine Partei, die sich auf einen Vertragsschluss per SMS beruft, muss nach dieser Regel beweisen, dass ein Vertrag so zustande gekommen ist, wie die SMS es widerspiegelt. Hiernach trägt sie die Beweislast dafür, dass die SMS inhaltlich unverfälscht vom Aussteller übersandt wurde.

Ginge man nun davon aus, dass die SMS stets inhaltlich korrekt übertragen würde und den Aussteller erkennen ließe, begründete dies eine tatsächliche Vermutung dahingehend, dass die SMS ihre Integrität und die Authentizität des Ausstellers bestätigte. Ein solches Vorgehen stellte eine echte Beweislastumkehr zu Lasten des Beklagten dar und demnach einen Eingriff in sein Recht auf ein faires Verfahren. Dieses Recht leitet sich aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Absatz 1 GG ab.⁴⁶⁹ Bei derartigen Eingriffen gilt der Gesetzesvorbehalt mit der Folge, dass nur der Gesetzgeber einen solchen Eingriff legitimieren könnte.⁴⁷⁰

Der Gesetzgeber hat eine derartige Regelung bis dato noch nicht getroffen. Im Folgenden soll untersucht werden, ob dies künftig erforderlich wird.

⁴⁶⁹ v. Mangoldt/ Klein/ Starck-Starck, Kommentar zum Grundgesetz⁵ (2005) Art. 2 Abs. 1, Rn. 130.

⁴⁷⁰ Vgl. Zöller²⁵-Stephan (Fn. 464) Vor § 284, Rn. 22; vgl. v. Münch/ Kunig-v. Münch, Grundgesetzkommentar⁵ (1999) Vorbem. Art 1-19, Rn. 54.

II. Anscheinsbeweis für die Integrität und Authentizität

Zunächst soll geklärt werden, ob die Möglichkeit der Annahme eines Anscheinsbeweises bezüglich der Integrität und Authentizität der SMS zugunsten des Empfängers angenommen werden kann. Dabei ist es unerlässlich, auch einen Blick auf die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises in anderen Bereichen des elektronischen Rechtsverkehrs etwa bei der E-Mail⁴⁷¹, beim Fax⁴⁷², beim Btx⁴⁷³, aber auch im Zusammenhang mit der Abhebung von Geld an Geldautomaten⁴⁷⁴ zu werfen. Man wird letztlich feststellen, dass in den eben genannten anderen Fällen es teilweise höchst umstritten ist, ob der Anscheinsbeweis zugunsten des Empfängers bezüglich der Integrität und Authentizität eingreift und eine pauschale Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs nicht möglich ist. Zu unterschiedlich sind die dort verwandten Medien, um eine einheitliche Aussage treffen zu können. Jedoch können einzelne Aspekte für die Beurteilung der Frage bezüglich der SMS herangezogen werden.

1. Der Anscheinsbeweis

Der Anscheinsbeweis ist kein eigenständiges Beweismittel, sondern vielmehr die Anwendung von bestimmten Sätzen der Lebenserfahrung im Rahmen der

⁴⁷¹ Vgl. OLG Köln, JurPC Web-Dok. 48/2006, Abs. 13; OLG Köln, K&R 2003, 83; AG Erfurt, MMR 2002, 127; AG Erfurt, MMR 2002, 128; 1363; AG Ettlingen, JurPC Web.Dok. 65/ 2002; ArbG Frankfurt, CR 2002, 615; *Sosnitzka/ Gey*, K&R 2004, 465, 468; *Mankowski*, CR 2003, 44, 45; ders. NJW 2002, 2822, 282; *Roßnagel*, NJW 2003, 1209; ders. K&R 2003, 84; *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1210; *Winter*, JurPC Web. Dok. 109/ 2002, Abs. 14; *Schindler*, K&R 2002, 481; *Wiebe*, MMR 2002, 128, 129; *Hoeren*, in: *Schulze/ Schulte-Nölte*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001) 320; *Fuhrberg*, K&R 1999, 22; *Mense*, DB 1998, 533; *Ebbing*, CR 1996, 277; *Borsum/ Hoffmeister*, NJW 1985, 1205, 1206.

⁴⁷² *Mellulis*, MDR 1994, 109; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 142; *Buckenberger*, DB 1980, 634.

⁴⁷³ OLG Köln, NJW- RR 1994, 177; OLG Oldenburg, NJW 1993, 1400; OLG Köln, VersR 1993, 840; LG Wiesbaden, CR 1998, 691; LG Kreznach, CR 1997, 215; LG Aachen, CR 1997, 153; *Borsum / Hoffmeister*, NJW 1985, 1206; *Zöller²⁵-Stephan* (Fn. 464), vor § 284, Rn. 21; ders. § 286, Rn. 16; *Paefgen*, CR 1993, 559, 561; a.A. nach Angriff des Chaos Computer Clubs Hamburg auf das T-Online Netz LG Wiesbaden, CR 1998, 691, 693; AG Pinneberg, CR 1998, 692, 693; AG München, CR 1998, 566.

⁴⁷⁴ BGH, MMR 2004, 812; OLG Frankfurt WM 2002, 1055; OLG Hamm, CR 1997, 339; OLG Hamm, WM 1997, 1209; LG Dortmund, CR 1999, 556; LG Köln, WM 1995, 976, 977; LG Bonn, NJW-RR 1995, 815; LG Duisburg, NJW-RR 1989, 879; AG Hannover, WM 1997, 1207; AG Wuppertal, WM 1997, 1209; AG Charlottenburg, WM 1997, 1082; AG Oschatz, NJW 1996, 2385; AG Frankfurt, CR 1998, 723; *Lochter/ Schindler*, MMR 2006, 292; *Langenbucher*, Die Risikozuordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr (2001) 150; *Werner*, MMR 1998, 232; *Strube*, WM 1998, 1210; *Bruns*, MMR 1999, 19; *Harbeke*, WM 1989, 1749.

Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO.⁴⁷⁵ Er ist gesetzlich nicht verankert, aber gewohnheitsrechtlich anerkannt und in der gerichtlichen Praxis unentbehrlich geworden.⁴⁷⁶ Hierbei wird auch nicht gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verstoßen⁴⁷⁷, denn der Richter muss, um die Wahrheit von Tatsachen beurteilen zu können, auch das Erfahrungswissen seiner Zeit berücksichtigen. Seine Überzeugungsbildung ist dabei nicht tangiert, denn diese ist immer anhand der Umstände des Einzelfalles zu entwickeln.⁴⁷⁸ Der Beweis des ersten Anscheins ist insbesondere keine Beweislastumkehr, sondern begründet lediglich eine tatsächliche Vermutung, die die Parteien widerlegen können.⁴⁷⁹ Die Beweisführung wird dadurch erleichtert.⁴⁸⁰

Voraussetzung für die Annahme eines Anscheinsbeweises für einen Geschehensablauf ist ein Sachverhalt, der nach allgemeiner Lebenserfahrung auf diesen bestimmten Geschehensablauf hinweist.⁴⁸¹ Die Schlussfolgerung auf einen bestimmten Verlauf kann dann gezogen werden, wenn von mehreren denkbaren Möglichkeiten nach der allgemeinen Lebenserfahrung die ganz überwiegend wahrscheinliche ist.⁴⁸² Nicht ausreichend ist es, wenn eine von mehreren alternativen Ursachen eine lediglich wahrscheinlicher ist als die andere.⁴⁸³

Der Sachverhalt, aus dem der Schluss gezogen wird, muss unstreitig oder bewiesen sein.⁴⁸⁴ Es muss weiter auf einen Erfahrungssatz zurückgegriffen werden können, der den Schluss zulässt. Erfahrungssätze sind Regeln, die aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung oder aufgrund von wissenschaftlicher Forschung ermittelt wurden.⁴⁸⁵ Die allgemeine Lebenserfahrung gründet sich auf der Regelmäßigkeit, Üblichkeit, Häufigkeit, der Typizität eines Geschehensverlaufes.⁴⁸⁶ Die Erfahrungssätze gelten

⁴⁷⁵ h.M.: BGH, NJW 1998, 79, 81; BGHZ 100, 31, 34; BFH, BB 1989, 2386; Zöller²⁵-Stephan (Fn. 435), Vor § 284 Rn. 29 f; Taupitz, ZZP 100, (1987) 287, 295; aA: Greger, VersR 80, 1091, 1102, der den Anscheinsbeweis nur aus dem materiellen Recht ableitet.

⁴⁷⁶ Zöller²⁵-Stephan (Fn. 464), Vor § 284 Rn. 29.

⁴⁷⁷ So aber Greger, VersR 1980, 1091, 1101; Kollhosser, AcP 165 (1965), 46, 59.

⁴⁷⁸ Prütting, S. 111.

⁴⁷⁹ BGH, NJW 1986, 2829; BGHZ 3, 261; Britz, ZZP 110 (1997), 61, 67.

⁴⁸⁰ BGHZ 3, 261; BGH, NJW 1986, 2829; 1951, 975.

⁴⁸¹ BGHZ 100, 216; BGH, NJW 2001, 1140, 1141; 1996, 1828; LG Bonn, CR 2002, 293, 294; LG München, Arch PT 1997, 54; Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn.37), Vorb v § 249, Rn. 163; Thomas/Putzo-Reichold, Zivilprozessordnung²⁷ (2005) § 286, Rn. 12 f.; Mankowski, CR 2003, 44, 45.

⁴⁸² Langenbucher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr (2001) 151.

⁴⁸³ BGH, NJW-RR 2003, 1432, 1434; 1998, 79, 81; 1988, 789, 790; Zöller²⁵-Stephan (Fn. 464), vor § 284, Rn. 29.

⁴⁸⁴ BGH, NJW 2001, 1141; 1996, 1828; 1982, 2447, 2448.

⁴⁸⁵ Schneider, Beweis und Beweiswürdigung⁵ (1994) 88.

⁴⁸⁶ BGHZ 100, 214, 216; BGH, NJW 2001, 1140, 1141; 1987, 1944; NJW-RR 1988, 789, 790;

nicht ausnahmslos, aber treffen mit höchster Wahrscheinlichkeit zu.⁴⁸⁷ Ein Restrisiko bleibt unberücksichtigt.⁴⁸⁸ Aufgrund der Gesamtschau von bewiesenem Sachverhalt und den Erfahrungssätzen muss der Richter unter Einbeziehung aller bekannten Umstände die von § 286 ZPO verlangte volle Überzeugung von dem behaupteten Geschehensablauf erlangt haben.⁴⁸⁹ Er schließt hierbei von einer Reihe bestimmter Tatsachen auf das Vorliegen anderer Tatsachen oder Umstände.⁴⁹⁰ Wichtig ist hierbei, dass sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Sind hierbei Unterschiede zu den Ausgangsbedingungen, die auf einen typischen Geschehensverlauf hinweisen, gegeben, führt dies zu einem Entfallen der Typizität und damit zu einer Unanwendbarkeit des Erfahrungssatzes auf den konkret etwas anders gelagerten Fall.⁴⁹¹ Dem Anscheinsbeweis wird seine Grundlage entzogen. Er ist schon gar nicht einschlägig, da die Voraussetzungen des konkreten Falls von den anderen Fällen, bei denen der Anscheinsbeweis angewendet wird, nicht vorliegen. Dies hat zur Folge, dass die allgemeinen Beweisregeln greifen und die tatsächliche Vermutung nicht zu Gunsten des Empfängers streitet. Die Gegenpartei muss daher auch nicht den Anscheinsbeweis erschüttern.

Die Gegenpartei kann den Anscheinsbeweis durch Behaupten und Beweisen konkreter Tatsachen, die die ernsthafte Möglichkeit eines vom gewöhnlichen Verlauf abweichenden Geschehensverlaufs eröffnet, erschüttern.⁴⁹² Soweit kein Entlastungsbeweis geführt wird, ist der Richter an die Annahme des typischen Geschehensablaufs gebunden.⁴⁹³

Es ist also stets zu fragen, ob eine gewisse Lebenserfahrung für eine tatsächliche Vermutung spricht. Erst wenn dies bejaht wird, muss sich der Frage nach der Erschütterung dieser tatsächlichen Vermutung gewidmet werden.

Musielak-Foerste, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ (2005), § 286, Rn. 23; *Stück*, JuS 1996, 153 ff.; *Lepa*, NZV 1992, 129, 130.

⁴⁸⁷ *Prütting*, S. 106.

⁴⁸⁸ BGHZ 53, 245, 246.

⁴⁸⁹ BGH, NJW 2001, 1140, 1141; BGH, NJW-RR 1988, 789, 790; LG Oldenburg, NJW-RR 1998, 1365; AG Frankfurt a.M., CR 1998, 723, 724; Palandt⁶⁵-Heinrichs (Fn. 37), Vorbem. § 249 Rn. 164; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ (2004) § 112, Rn. 16.

⁴⁹⁰ BGHZ 2, 1, 5.

⁴⁹¹ BGH, NJW 1996, 1828; *Saenger-Saenger*, Zivilprozessordnung (2006) § 286, Rn. 45.

⁴⁹² BGH, VersR 1995, 723; BGH, MDR 1994, 221; BGH, VersR 1958, 91; 1967, 583; 1969, 895; OLG Köln, VersR 1977, 437; 1982, 708; AG Hannover, WM 1997, 1207, 1208; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁴ (2006) Anh. § 286, Rn. 18; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁶ (Fn. 489), § 113, Rn. 36, S. 776; *Saenger-Saenger* (Fn. 491), § 286, Rn. 40; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 145.

⁴⁹³ *Seidel*, CR 1993, 410, 412; *Schlosser*, Zivilprozess (1991) Rn. 369.

2. Der Anscheinsbeweis im elektronischen Rechtsverkehr

Wie bereits oben angedeutet, wird der Anscheinsbeweis auch im elektronischen Geschäftsverkehr diskutiert und angewendet.

a. Btx

Beim Btx wurde der Anscheinsbeweis bezüglich der Identität des Absenders zugunsten des Btx-Programmanbieters angenommen.⁴⁹⁴ Für die entgeltliche Nutzung des Btx benötigte der Teilnehmer ein Btx-Gerät, eine Teilnehmernummer und ein von ihm veränderbares Kennwort, welches ausschließlich ihm persönlich durch die Bundespost ausgehändigt wurde.⁴⁹⁵ Es wurde eine tatsächliche Vermutung dahingehend begründet, dass eine missbräuchliche Benutzung des Btx-Anschlusses stets auf Umstände zurückzuführen wäre, die im Einflussbereich des Nutzers lagen.⁴⁹⁶ Begründet wurde dies mit der hohen Sicherheit des von der Telekom betriebenen Netzes. Nur Insidern wäre es unter beträchtlichem technischen Aufwand möglich gewesen, die Sicherungen des Netzes zu überwinden und so die persönliche Kennung und das Passwort des jeweiligen Kunden herauszufinden.⁴⁹⁷

Zwar trug auch beim Btx derjenige, der sich auf einen Vertragsschluss berufen wollte, für dessen Zustandekommen die Beweislast. Ihm wurde jedoch bei missbräuchlicher Nutzung des Btx-Anschlusses eine Beweiserleichterung zur Seite gestellt, die auf dem Gesichtspunkt der Schadensnähe des Verursachers beruhte.⁴⁹⁸ Es wurde davon ausgegangen, dass der Anschlussinhaber nach den Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht für das Handeln des Dritten unter dem Namen des Anschlussinhabers einzustehen hatte. Danach haftete der Teilnehmer für einen unter seinem Namen Handelnden, wenn er dies hätte erkennen können oder sogar müssen und verhindern können und der Vertragspartner hiervon ausgehen durfte.⁴⁹⁹ Letzteres

⁴⁹⁴ OLG Oldenburg, CR 1993, 558, 559; OLG Köln, NJW- RR 1994, 177; OLG Oldenburg, NJW 1993, 1400; OLG Köln, VersR 1993, 840; VersR 1998, 725; LG Wiesbaden, CR 1998, 691; LG Krefeld, CR 1997, 215; LG Aachen, CR 1997, 153; *Zöller²⁵-Stephan* (Fn.464), vor § 284, Rn. 21; § 286, Rn. 16; *Paefgen*, CR 1993, 559, 561; *Borsum/ Hoffmeister*, NJW 1985, 1206.

⁴⁹⁵ OLG Oldenburg, CR 1993, 558, 559; *Paefgen*, CR 1993, 559, 561.

⁴⁹⁶ OLG Köln, NJW-RR 1994, 177; OLG Oldenburg, NJW 1993, 1400; OLG Köln, VersR 1993, 840; VersR 1998, 725; LG Wiesbaden, CR 1998, 691; LAG Bad Kreuznach, R 1997, 215; LAG Aachen, CR 1997, 153; *Borsum/ Hoffmeister*, NJW 1985, 1206.

⁴⁹⁷ LG Wiesbaden, CR 1998, 691; LG Aachen, CR 1997, 153, 154.

⁴⁹⁸ BGH, NJW 1985, 47; OLG Oldenburg, CR 1993, 558, 559; *Zöller²⁵-Stephan* (Fn.464), vor § 284, Rn. 21; § 286, Rn. 16.

⁴⁹⁹ BGHZ 45, 193; OLG Oldenburg, CR 1993, 558, 559.

wurde angenommen, wenn unstreitig der Missbrauch in der Sphäre des Anschlussinhabers stattgefunden hatte.⁵⁰⁰

Letztlich basierte der Anscheinsbeweis auf dem angenommenen hohen Sicherheitsniveau des Systems. Deshalb war die Reaktion der Gerichte, nachdem der Chaos Computerclub Hamburg in das T-Online Netz der Telekom eingedrungen war und mit Hilfe eines Softwareprogramms (Trojanisches Pferd) sich Zugang zu den Benutzerdaten der Kunden verschafft hatte, konsequent: Die tatsächliche Vermutung, dass der Kunde die missbräuchliche Nutzung ermöglicht hatte, wurde wegen des Vorhandenseins eines Trojanischen Pferdes im Netz aufgegeben.⁵⁰¹

b. Fax

Beim Fax wurde der Anscheinsbeweis dafür, dass aus der Absenderkennung oder der faksimilierten Unterschrift der tatsächliche Absender erkennbar sei, abgelehnt.⁵⁰²

Grund hierfür war die Verneinung der dafür sprechenden sehr hohen Wahrscheinlichkeit, da zum einen die Absenderkennung bestehend aus Datum, Uhrzeit, Sendedauer, Seitenzahl und internationaler Rufnummer vom Absendergerät erzeugt wurde und diese Werte beliebig von einem Absender eingestellt werden konnten.⁵⁰³ Es bestand dabei eine hohe Missbrauchsgefahr. Zum anderen konnte auf die faksimilierte Unterschrift, die leicht aus einem anderen Schriftstück kopiert und in das Fax eingefügt werden konnte, nicht vertraut werden.⁵⁰⁴

c. Geldauszahlungen an Geldautomaten mittels EC-Karte

Für Geldauszahlungen an Geldautomaten, die durch Nutzung einer EC-Karte unter Eingabe der dazugehörigen PIN vorgenommen wurden, galt und gilt heute wieder die Vermutung, dass der Kontoinhaber entweder selbst die Abhebung vorgenommen hat oder einem Dritten grob fahrlässig Zugang zur PIN verschafft hat.⁵⁰⁵ Dem Geldinstitut

⁵⁰⁰ *Borsum/ Hoffmeister*, NJW 1985, 1206.

⁵⁰¹ LG Wiesbaden, CR 1998, 691, 692; AG München, CR 1998, 566; AG Pinneberg, CR 1998, 692, 693.

⁵⁰² *Mellulis*, MDR 1994, 109; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 142; *Buckenberger*, DB 1980, 634.

⁵⁰³ VG Karlsruhe, NJW 1988, 664; *Mellulis*, MDR 1994, 109; *Schmittmann*, DB 1993, 2575 ff; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 142; *Buckenberger*, DB 1980, 634.

⁵⁰⁴ *Ebbing*, CR 1996, 271, 277; *Fritzsche/ Malzer*, DNotZ 1995, 3; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 142.

⁵⁰⁵ BGH, MMR 2004, 812; OLG Frankfurt WM 2002, 1055; OLG Hamm, CR 1997, 339; OLG Hamm, WM 1997, 1209; LG Dortmund, CR 1999, 556; LG Köln, WM 1995, 976, 977; LG Bonn, NJW-RR

steht aufgrund der Abhebung (Anweisung des Kunden) ein Anspruch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung auf Aufwandsentschädigung, gemäß §§ 675; 670 BGB zu. Dieser Anspruch ist grundsätzlich bei einem Kartenmissbrauch durch Dritte ausgeschlossen. Hat der Kunde jedoch schuldhaft zu diesem Missbrauch beigetragen, steht der Bank ein Anspruch aus § 280 BGB zu. Eine solche schuldhafte Mitwirkung liegt vor, wenn der Kunde gegen seine vertraglichen Verpflichtungen aus den Besonderen Bedingungen für EC-Karten verstößt und etwa nicht sorgfältig mit seiner PIN umgeht.⁵⁰⁶

Zunächst wurde die Vermutung zugunsten der Bank wie schon beim Btx mit der Sicherheit des Scheckkarten- und PIN-Systems begründet.⁵⁰⁷ Es wurde davon ausgegangen, dass die PIN von einem möglichen Dieb der EC-Karte nicht entschlüsselt werden konnte, da sie sich nicht auf der EC-Karte befand, sondern mittels des DES-Schlüssels der Bank errechnet werden musste. Für die Errechnung des DES-Schlüssels, der im Geldautomaten gespeichert war, wurde bei den damals marktgängigen Rechnern eine Dauer von 57.000 Jahren und bei Einsatz von 42 Rechnern mit einem Kostenaufwand von 1 Mio. DM eine Rechenzeit von 1.900 Jahren angenommen. Hieraus ergab sich eine Wahrscheinlichkeit von 1:87.000.⁵⁰⁸ Nur das OLG Hamm verneinte den oben genannten Anscheinsbeweis für die Bank, da die theoretische Möglichkeit des Herausfindens der PIN durch Ausprobieren oder Entschlüsseln der auf der Karte gespeicherten Daten, anhand derer dann die PIN errechnet werden konnte, bestand.⁵⁰⁹

1998 wurde bekannt, dass der DES-Schlüssel errechenbar und auch schon errechnet worden war von der Electronic Frontier Foundation. Dies geschah durch Verwendung eines Spezialcomputers, der für weniger als 250.000 \$ gebaut worden war und innerhalb von drei Tagen den DES-Schlüssel dechiffrieren konnte.⁵¹⁰ Deshalb folgten in dieser Zeit Entscheidungen, die den Anscheinsbeweis zugunsten der Bank, dass der

1995, 815; LG Duisburg, NJW-RR 1989, 879; AG Hannover, WM 1997, 1207; AG Wuppertal, WM 1997, 1209; AG Charlottenburg, WM 1997, 1082; AG Oschatz, NJW 1996, 2385; AG Frankfurt, CR 1998, 723; *Lochter/Schindler*, MMR 2006, 292; *Langenbacher*, Die Risikozuweisung im bargeldlosen Zahlungsverkehr (2001) 150; *Werner*, MMR 1998, 232; *Strube*, WM 1998, 1210; *Bruns*, MMR 1999, 19; *Harbeke*, WM 1989, 1749.

⁵⁰⁶ Vgl. AG Frankfurt, CR 1998, 723.

⁵⁰⁷ LG Köln, WM 1995, 976, 977; LG Bonn, NJW-RR 1995, 815; LG Duisburg, NJW-RR 1989, 879; AG Frankfurt a.M. NJW 1998, 687 f.; AG Hannover, WM 1997, 1207, 1208; AG Wuppertal, WM 1997, 1209; AG Charlottenburg, WM 1997, 2082; *Harbeke*, WM 1989, 1749, 1753.

⁵⁰⁸ LG Köln, WM 1995, 976, 977.

⁵⁰⁹ OLG Hamm, CR 1997, 339.

Kunde seine vertragliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Geheimhaltung seiner PIN nicht Sorge getragen hatte, verneinten.⁵¹¹

1998 wurde jedoch ebenfalls angefangen, ein neues PIN-Verfahren einzuführen. Dieses gilt heute weltweit unter den Experten als sicher. Nach Lochter und Schindler sei weder mit einem "gigantischen Geldaufwand" die PIN allein aus den Kartendaten errechenbar noch der Triple-DES-Algorithmus zu brechen.⁵¹² Auch ein Erraten der PIN sei unwahrscheinlich.⁵¹³ Problematisch bleibt weiterhin die Möglichkeit des Ausspähens der PIN durch Dritte beim Eintippen durch den Berechtigten etwa an einem POS-Terminal mit anschließendem Kartendiebstahl.⁵¹⁴ Auch bestehe die Möglichkeit des Einsatzes von Kleinkameras zum Ausspähen von Daten und bei ausländischen Geldautomaten seien die Sicherheitsstandards teilweise geringer.⁵¹⁵ All diese Möglichkeiten sind bei der Anwendung des Anscheinsbeweises im Hinblick auf die Sicherheit des Systems zu berücksichtigen.

d. E-Mail

Die Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises zugunsten des Empfängers bezüglich der Authentizität und Integrität der E-Mail ist heftig umstritten.⁵¹⁶ Hierbei sind prinzipiell drei Aussagen, bezüglich derer ein Anscheinsbeweis diskutiert wird, zu unterscheiden:

1. Eine E-Mail wird in einem Rechtsstreit inhaltlich richtig vorgelegt.
2. Aus der E-Mailadresse lässt sich der Absender erkennen.
3. Die E-Mail stammt von dem zu erkennenden Absender.

Bei der Beurteilung aller drei Aussagen ist immer zu berücksichtigen, dass bei

⁵¹⁰ LG Dortmund, CR 1999, 556, 557; AG Frankfurt, CR 1998, 723, 725.

⁵¹¹ LG Dortmund, CR 1999, 556; AG Frankfurt, CR 1998, 723; vgl. auch *Strube*, WM 1998, 1210, 1215.

⁵¹² *Lochter/ Schindler*, MMR 2006, 292, 293.

⁵¹³ *Lochter/ Schindler*, MMR 2006, 292, 295.

⁵¹⁴ Vgl. BGH, MMR 2004, 812, der im zu entscheidenden Fall das Ausspähen der PIN ausgeschlossen hatte, da der Karteninhaber sie noch nie zuvor benutzt hatte; *Lochter/ Spindler*, MMR 2006, 292, 296; *Strube*, WM 1998, 1210, 1215.

⁵¹⁵ *Strube*, WM 1998, 1215.

⁵¹⁶ Vgl. pro: AG Ettlingen, JurPC Web.Dok. 65/ 2002; ArbG Frankfurt, CR 2002, 615; *Sosnitza/ Gey*, K&R 2004, 465, 468; *Mankowski*, CR 2003, 44, 45; *ders.* NJW 2002, 2822, 282; *Winter*, JurPC Web. Dok. 109/ 2002, Abs. 14; contra: OLG Köln, JurPC Web-Dok. 48/2006, Abs. 13; OLG Köln, K&R 2003, 83; LG Bonn, NJW-RR 2002; AG Erfurt, MMR 2002, 127; AG Erfurt, MMR 2002, 128; 1363; *Roßnagel*, NJW 2003, 1209; *ders.* K&R 2003, 84; *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1210; 320; *Schindler*, K&R 2002, 481; *Wiebe*, MMR 2002, 128, 129; *Hoeren*, in *Schulze/ Schulte-Nölte*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001); *Fuhrberg*, K&R 1999, 20, 22; *Mense*, DB 1998, 532, 533; *Ebbing*, CR 1996, 271, 277; *Borsum/ Hoffmeister*, NJW 1985, 1205,

Annahme des Anscheinsbeweises zugunsten des Empfängers der E-Mail dieser in seiner Substantiierungspflicht entlastet wird.⁵¹⁷ Es ist nur noch erforderlich, dass er die Tatsachen, die zu der tatsächlichen Vermutung führen, behauptet und gegebenenfalls beweist. Hierbei handelt es sich um Tatsachen, bezüglich derer der Beweispflichtige in Beweisnot gerät und trotz Ausschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten weder die Tatsache noch ihr Gegenteil erwiesen ist.⁵¹⁸ Der Anscheinsbeweis dient als Mittel der Beweiswürdigung. Der Richter legt dann im konkreten Fall seiner Beweiswürdigung den Regelablauf zugrunde, der sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergibt.⁵¹⁹ Die Beweisnot der einen Partei im Prozess führt jedoch nicht automatisch zur Anwendung des Anscheinsbeweises. Prinzipiell greift diese Beweiserleichterung, wenn die materielle Gerechtigkeit es fordert. Dann soll demjenigen das Risiko der vollen Sachaufklärung auferlegt werden, der näher am Schaden ist. Dies soll insbesondere angenommen werden, wenn zwischen einer Partei und der Schadensursache eine enge Verbindung besteht oder ein Verstoß gegen Verhaltenspflichten vorliegt.⁵²⁰ Voraussetzung eines jeden Anscheinsbeweises ist, dass zuverlässige Erfahrungssätze angewendet werden.⁵²¹

Im elektronischen Geschäftsverkehr mittels E-Mail bedienen sich beide Parteien des öffentlich zugänglichen Internets. Sie setzen sich beide gleichermaßen der Gefahr eines unbefugten Eingriffs Dritter aus, ohne Einfluss auf die Sicherheit des Systems zu haben.⁵²² Teilweise wird behauptet, dass die Unternehmer den größten Einfluss auf die Sicherheit der Kommunikation hätten und eine Annahme des Anscheinsbeweises zu ihren Gunsten schon aus diesem Grund nicht zu rechtfertigen sei.⁵²³ Mankowski spricht sich hingegen für den Anscheinsbeweis aus, da es sonst zu einem "Widerrufsrecht kraft Beweislastverteilung" zu Gunsten des Absenders kommen würde.⁵²⁴ Im Übrigen würde es ein *venire contra factum proprium* des Absenders

1206.

⁵¹⁷ *Saenger-Saenger* (Fn. 491), § 286, Rn. 91.

⁵¹⁸ Vgl. *Diederichsen*, *VersR* 1966, 211, 213.

⁵¹⁹ *Diederichsen*, *VersR* 1966, 211, 213.

⁵²⁰ BGH, *NJW* 1985, 47; OLG Oldenburg, *CR* 1993, 558, 559; *Zöller*²⁵-*Stephan* (Fn.464), vor § 284 Rn. 21; *Winter*, *JurPC Web.-Dok.* 109/ 2002; *Mankowski*, *NJW* 2002, 2822; ders. *CR* 2003, 45; 46; vgl. auch *Paefgen*, *CR* 1993, 559, 561; *Diederichsen*, *VersR* 1966, 211, 218.

⁵²¹ *Schellhammer*, *Zivilprozess*¹¹ (2004) Rn. 523.

⁵²² OLG Köln, *K&R* 2003, 83; LG Bonn, *CR* 2002, 293; *Thomas/ Putzo*²⁷-*Reichold* (Fn. 481), Vorbem. zu § 284, Rn. 25 ff; *Roßnagel/ Pfitzmann*, *NJW* 2003, 1209, 1213; zu Onlineauktion: LG Bonn, *MMR* 2004, 179, 178.

⁵²³ *Roßnagel/ Pfitzmann*, *NJW* 2003, 1209, 1213; OLG Köln, *K&R* 2003, 83; LG Bonn, *CR* 2002, 294.

⁵²⁴ *Mankowski*, *CR* 2003, 45.

darstellen, wenn er sich des Internets für seine Kommunikation bediente, sich jedoch gleichzeitig auf die Unsicherheit beriefe.⁵²⁵ Aus § 126 b BGB ergebe sich darüber hinaus, dass es der Wille des Gesetzgebers sei, den elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern. Diese Förderung sollte nicht durch eine unmögliche Beweisführung durch den Empfänger einer elektronischen Willenserklärung per E-Mail konterkariert werden.⁵²⁶ Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber, allein schon um die Vorgaben der EC-Richtlinie zu erfüllen, den elektronischen Geschäftsverkehr fördern möchte. Jedoch kann aus § 126 b BGB nicht der Schluss gezogen werden, dass dies für alle Arten von elektronischen Erklärungen der Fall sein soll. § 126 b BGB führt die Textform nicht deswegen ein, weil der Gesetzgeber von der Sicherheit des elektronischen Geschäftsverkehrs und seiner daraus resultierenden Förderungsfähigkeit überzeugt ist. Grund für die Einführung der Textform war vielmehr, dass Erklärungen, die in den Anwendungsbereich fallen, lediglich der Information und Dokumentation dienen und sie allein aus diesem Grund deutlich weniger fälschungsanfällig erscheinen als Erklärungen, bei denen es auf den Beweis von Abgabe und Inhalt ankommt.⁵²⁷ Daher ist eher der Aussage zu folgen, dass der Gesetzgeber den sicheren elektronischen Geschäftsverkehr fördern möchte.⁵²⁸ Dafür spricht auch die Einführung des § 292 a ZPO a.F./ § 371 a ZPO n.F., der einen Anscheinsbeweis zu Gunsten des Empfängers einer qualifiziert elektronisch signierten E-Mail gesetzlich verankert.⁵²⁹

Bei der Überprüfung aller drei Aussagen ist demnach zum einen die technische Fälschungsmöglichkeit der E-Mail, zum anderen die Tätermotivation zur Fälschung zu berücksichtigen.

aa. Anscheinsbeweis bezüglich der inhaltlich richtigen Vorlage bei Gericht

Einigkeit besteht darüber, dass es technisch sehr einfach möglich ist, die E-Mail inhaltlich zu verfälschen. Dies geschieht, indem der ASCII Text der E-Mail durch

⁵²⁵ *Mankowski*, CR 2003, 44, 46; *Winter*, CR 2002, 768, 769.

⁵²⁶ *Mankowski*, NJW 2004, 1901, 1907; *ders.* CR 2003, 44, 46.

⁵²⁷ *Dörner*, AcP 202 (2002), 393; Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, 12.

⁵²⁸ *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1213.

⁵²⁹ *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1213.

bloßes Eintippen eines anderen Textes abgeändert wird.⁵³⁰ Doch allein die technische Fälschungsmöglichkeit reicht nicht aus, um einen Anscheinsbeweis auszuschließen. Entscheidend ist, dass eine nicht unbeachtliche Wahrscheinlichkeit hierzu besteht. Diese kann sich nur ergeben, wenn jemand an der Fälschung interessiert ist. Bezüglich dieser Tätermotivation besteht Streit: Es wird angeführt, dass der Empfänger einer E-Mail durchaus ein Interesse am Verfälschen des Inhaltes haben könne, wenn er in einem Prozess mittels der E-Mail etwas beweisen wollte.⁵³¹ Dagegen wird eingewandt, dass der Empfänger von der Möglichkeit abgeschreckt werden könnte, dass der Absender das Original aus seinem "Sent-Folder" dem Gericht vorlegen könnte.⁵³² Hiergegen kann wieder angeführt werden, dass es eher unwahrscheinlich wegen der teilweise bei Service-Providern recht kurzen Speicherung von E-Mails im Sent-Folder erscheint, dass der Absender die E-Mail noch zur Zeit des Prozesses besitzt. Bis ein Prozess angestrengt wird, vergeht erfahrungsgemäß eine längere Zeitperiode. Auch wird darauf hingewiesen, dass das Risiko einer Strafverfolgung wegen einer Strafbarkeit gemäß §§ 269, 303 a StGB den Täter, sei es der Empfänger oder ein Dritter, von der Fälschung des Inhaltes abschrecke.⁵³³ Bezüglich der Fälschung des Inhaltes ist jedoch zu bedenken, dass diese ohne Spuren möglich ist.⁵³⁴ Eine Strafverfolgung ist demnach eher unwahrscheinlich, da ein Nachweis kaum zu führen sein wird. Das Risiko der Strafverfolgung wird den Täter also nicht abschrecken, eine E-Mail inhaltlich zu verfälschen.

Trotzdem ist für einen Dritten die Tätermotivation hierzu als gering einzustufen. Anders als beim Btx oder beim Geldabheben am Geldautomaten hat ein Dritter keinen unmittelbaren eigenen Vorteil aus einer inhaltlichen Verfälschung einer fremden E-Mail. Prinzipiell besteht nur die Möglichkeit, den Absender oder Empfänger schädigen zu wollen und sich gegebenenfalls dadurch einen mittelbaren Vorteil zu verschaffen. Dass deswegen jedoch ein Dritter den technisch aufwendigen Schritt des

⁵³⁰ *Sosnitza/ Gey*, K&R 2004, 465, 467; *Hoeren*, in: *Schulze/ Schulte-Nölke*, S. 320; *Roßnagel*, K&R 2003, 84; *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209; *Führenberg*, K&R 1999, 22; Aml. Begründung zum Signaturgesetz, BR-Drs. 966/ 96, S. 28; Aml. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 10; *Mense*, DB 1998, 533; *Ebbing*, CR 1996, 277.

⁵³¹ *Roßnagel*, K&R 2003, 84.

⁵³² *Mankowski*, CR 2003, 44, 48.

⁵³³ *Mankowski*, CR 2004, 44, 45; ders. NJW 2002, 2822, 2823; *Winter*, CR 2002, 768, 769.

⁵³⁴ *Roßnagel*, K&R 2003, 84; *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209.

Abfangens und Veränderns macht, ist eher unwahrscheinlich.⁵³⁵ Grund für die letzte Annahme ist jedoch auch, dass ein Dritter, der einen anderen schädigen möchte, dies einfacher dadurch machen kann, dass er im Namen eines anderen direkt selbst eine E-Mail formuliert und abschickt. Mankowski weist darauf hin, dass ein Dritter, der dem Absender oder Empfänger durch das Verfälschen einer E-Mail Schaden zufügen wolle, oft aus deren Umfeld stamme und die Chancen einer Identifizierung daher besonders groß seien und so ein Abschreckungseffekt aufgrund einer möglichen Strafverfolgung bestehe.⁵³⁶ Hiergegen spricht jedoch, dass nur auf der Grundlage, dass ein Dritter ein Interesse an der Verfälschung der E-Mail hatte, noch kein hinreichender Tatverdacht für die Eröffnung eines Strafverfahrens ihm gegenüber begründet wird. Dafür bedarf es stets des Vorliegens konkreter Tatsachen und nicht lediglich Vermutungen, § 152 Absatz 2 StPO. Tatsachen werden jedoch wegen Fehlens von Spuren bei der Verfälschung selten vorliegen. Ein Abschreckungseffekt wegen eines möglichen Strafverfahrens ist daher abzulehnen.

Mankowski ist jedoch darin Recht zu geben, dass die Wahrscheinlichkeit, dass ein völlig unbekannter Dritter die E-Mail verfälscht, verschwindend gering ist. Hierfür spricht der Schutz der großen Zahl der E-Mails, die tagtäglich versandt werden.⁵³⁷

Zur Tätermotivation der Verfälschung des Inhaltes einer E-Mail lässt sich somit festhalten, dass sie prinzipiell sowohl durch einen Dritten als auch durch den Empfänger denkbar ist. Diese Möglichkeit ist aufgrund der einfachen technischen Veränderbarkeit und der geringen Wahrscheinlichkeit einer strafrechtlichen Verfolgung als so wahrscheinlich anzusehen, dass die Annahme eines Anfangsverdachts bezüglich der Integrität der E-Mail zu Gunsten des Empfängers ausscheidet.

bb. Anscheinsbeweis bezüglich der Erkennbarkeit des Absenders aus der E-Mail-Adresse

Dieser Anscheinsbeweis würde darauf abzielen, den Absender eindeutig über die E-Mail-Adresse zu identifizieren. Darauf ist der Empfänger dann angewiesen, wenn ein Erstkontakt per E-Mail stattfindet und der Empfänger daher nicht sicher sein kann,

⁵³⁵ So auch *Mankowski*, CR 2003, 44, 45.

⁵³⁶ *Mankowski*, NJW 2002, 2822, 2823.

⁵³⁷ *Mankowski*, CR 2003, 44, 45; *Krüger/ Bütter*, MDR 2003, 181, 186.

ob der Absender tatsächlich derjenige ist, der sich aus der E-Mail-Adresse ergibt. Hiergegen ist einzuwenden, dass die E-Mail-Adresse anders als eine bestimmte Telefonnummer, die auf einen bestimmten Anschlussinhaber hindeutet, nicht auf eine bestimmte Person hinweist. Die E-Mail-Adresse ist von dem Nutzer frei wählbar. Selbst wenn ein tatsächlich existierender Name genutzt wird, heißt dies nicht, dass tatsächlich der Namensinhaber auch der E-Mail-Accountinhaber ist.⁵³⁸ Auch über den Service-Provider lässt sich letztlich der Inhaber des Accounts nicht ohne Zweifel feststellen. Eine E-Mail wird zwar exklusiv einer Person zugeteilt,⁵³⁹ wer jedoch diese Person ist, kann nur anhand der durch sie beim Service-Provider angegebenen Daten ermittelt werden. Diese können, da eine Überprüfung anhand des Personalausweises nicht erfolgt, Phantasieangaben oder auch Daten einer realen Person sein, die in Wirklichkeit nicht der Accountinhaber ist.⁵⁴⁰ Im Übrigen besteht auch stets die Gefahr, dass ein unberechtigter Dritter sich über den Account des Inhabers einloggt und eine E-Mail in dessen Namen verfasst.⁵⁴¹ Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aus einer E-Mail-Adresse oder den Daten beim Service-Provider keine Rückschlüsse auf die Person des Absenders zu ziehen sind. Ein Anscheinsbeweis diesbezüglich scheitert an einer zu hohen Wahrscheinlichkeit von falschen Angaben beim angemeldeten Accountinhaber.

cc. Anscheinsbeweis im Hinblick auf die Authentizität der E-Mail

Die herrschende Meinung geht von der Unsicherheit des Internets als offenes Netz aus und lehnt daher auch den Anscheinsbeweis bezüglich der Authentizität der E-Mail ab.⁵⁴² Es wird behauptet, dass jeder ohne Aufwand die Absenderadresse und alle sog. Header-Einträge⁵⁴³ ändern könne.⁵⁴⁴ Wenn ein Dritter eine Änderung der

⁵³⁸ Vgl. LG Bonn, CR 2002, 293, 295.

⁵³⁹ *Mankowski*, NJW 2002, 2822, 2826.

⁵⁴⁰ *Roßnagel/Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1211; *Borsum/Hoffmeister*, NJW 1985, 1205, 1206.

⁵⁴¹ S.u., S.133 ff..

⁵⁴² OLG Köln, JurPC Web-Dok. 48/2006, Abs. 13; OLG Köln, K&R 2003, 83; LG Bonn, NJW-RR 2002; AG Erfurt, MMR 2002, 128; 1363; AG Erfurt, MMR 2002, 127; *Roßnagel*, NJW 2003, 1209; ders. K&R 2003, 84; *Roßnagel/Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1210; *Schindler*, K&R 2002, 481; *Wiebe*, MMR 2002, 128, 129; *Hoeren*, in *Schulze/Schulte-Nölte*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001) 320; *Führenberg*, K&R 1999, 22; *Mense*, DB 1998, 533; *Ebbing*, CR 1996, 277; *Borsum/Hoffmeister*, NJW 1985, 1205, 1206.

⁵⁴³ Header-Eintrag: Dokumentiert den Weg der E-Mail durch das Netz über die verschiedenen Server, *Roßnagel*, NJW 2003, 1209, 1210.

⁵⁴⁴ *Roßnagel*, NJW 2003, 1209, 1210.

Header-Einträge vornimmt, spricht man von Maskeradeangriffen. Hierbei gibt es zwei Möglichkeiten: die Verfälschung des Standard-Headers oder zusätzlich auch des erweiterten Headers. Der Standard-Header besteht aus dem Absendernamen, der E-Mail-Adresse und der Betreffzeile der Nachricht. Dies wird bei jeder E-Mail automatisch dem Empfänger angezeigt und kann ausgedruckt werden.⁵⁴⁵ Der Absender kann mit geringen Kenntnissen diese Daten in seinem E-mail-Programm ändern, indem er die Daten des vermeintlichen Absenders einträgt.⁵⁴⁶ Der erweiterte Header besteht aus dem Wegeprotokoll, welches den Weg der E-Mail über die verschiedenen Server durch das Netz dokumentiert, indem alle Servernamen mit der dazugehörigen IP-Adresse angezeigt werden.⁵⁴⁷ Um diese Angaben zu ändern, muss der Absender sich eines eigenen Mailservers bedienen und ihn für den jeweiligen Maskeradeangriff konfigurieren. Hierfür bedarf es erheblicher technischer Kenntnisse, die der Normalnutzer im Internet nicht besitzt.⁵⁴⁸ Letztlich bedeutet dies, dass es durchaus möglich ist, eine E-Mail so zu verändern, dass ein anderer Absender als der wahre angezeigt wird. Das Risiko einer möglichen Strafverfolgung bezüglich des Verfälschens beweisrelevanter Daten einer E-Mail gemäß § 269 StGB scheint gering zu sein. Dies gilt insbesondere, wenn berücksichtigt wird, dass der erweiterte Header nicht von allen E-Mail-Programmen angezeigt wird, und es auch nicht jedem Nutzer möglich ist, den erweiterten Header auszudrucken.⁵⁴⁹

Sosnitza/ Gey ziehen den Schluss, dass ein Anscheinsbeweis für die Identität des Absenders dann anzunehmen sei, wenn er aus dem erweiterten Header erkennbar sei und dieser durch den Empfänger vorgelegt werde.⁵⁵⁰ Aufgrund der leichten Fälschbarkeit des einfachen Headers wird diesem kein Anscheinsbeweis für die Identität des Absenders zugebilligt.⁵⁵¹ Als weiterer Grund hierfür wird angeführt, dass der Absender keinerlei Möglichkeit hätte, sich zu entlasten und der Anscheinsbeweis somit einem Vollbeweis über die Identität gleichgestellt und so der Absender über die

⁵⁴⁵ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 467.

⁵⁴⁶ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 467.

⁵⁴⁷ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 468.

⁵⁴⁸ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 468.

⁵⁴⁹ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 468.

⁵⁵⁰ Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 468.

⁵⁵¹ OLG Köln, CR 2003, 55; LG Bonn, CR 2002, 293; AG Bonn, NJW-RR 2002, 1363; Sosnitza/ Gey, K&R 2004, 465, 469; Ernst, MDR 2003, 1091, 1092; Roßnagel, NJW 2003, 1209; ders., K&R 2003, 83, 84; Wiebe, MMR 2002, 128; Hoeren, MMR 2002, 127; Lüdemann/ Adams, K&R 2002, 8; Mielbrodt/ Mayer, MDR 2001, 432; Pierrot, in: Ernst, Hacker, Cracker & Computerviren, A; Schindler, K&R 2002, 481; Fuhrberg, K&R 1999, 20, 22; Mense, DB 1998, 532, 533; Hoeren, Rechtsfragen des Internet

Gebühr belastet werden würde.⁵⁵²

Gegen die Annahme eines Anscheinsbeweises für die Identität eines Absenders, auch wenn ein erweiterter Header vorgelegt wird, spricht jedoch, dass sich ein Dritter in den E-Mail-Account des vermeintlichen Absenders eingeloggt und so aus diesem Account eine E-Mail verschickt haben könnte.⁵⁵³ Prinzipiell sind diese Accounts durch Passwörter geschützt. Jedoch können diese Passwörter durch Softwareprogramme im Internet ausgespäht werden.⁵⁵⁴ Auch besteht die Möglichkeit des Erratens der Passwörter,⁵⁵⁵ da oftmals der Accountinhaber dieses selbst wählt und so ein Wort benutzt, welches für ihn leicht zu merken ist. Dritte, die den Inhaber kennen, können so aus der Kenntnis der Person Rückschlüsse auf das Passwort ziehen.⁵⁵⁶ Ein Passwort im Internet ist demnach nicht mit der PIN bei dem Scheckkarten-PIN-Verfahren vergleichbar.⁵⁵⁷ Dort wird die PIN von der Bank zugeteilt und hat daher keinerlei Bezug zum Kontoinhaber.

Roßnagel führt weiter gegen die Annahme eines Anscheinsbeweises an, dass sonst ein Widerspruch zur Beweiskraft der unterschriebenen Privaturkunde bestehen würde. Bei der E-Mail ist mangels Verkörperung eine Manipulation nicht erkennbar und eine Identifizierung des Erklärenden nicht über das als sicher geltende biometrische Merkmal der Unterschrift möglich.⁵⁵⁸ Im Vergleich mit der Anwendung des Anscheinsbeweises im elektronischen Rechtsverkehr sei ein zusätzliches Sicherungsmittel erforderlich - wie etwa beim Scheckkarten-PIN-Verfahren der Besitz der EC-Karte, beim Online-Banking eine zusätzliche Transaktionsnummer.⁵⁵⁹ Ein bei der E-Mail vor Einloggen in den E-Mail-Account genutztes Passwort könne diese Funktion jedoch nicht erfüllen, da hierfür keinerlei einheitliche Sicherheitsstandards existierten und das Passwort über das offene Netz des Internets, zu dem Millionen Zugriff haben und somit ein Ausspähen durch Unbefugte möglich

(1998) 277; *Ebbing*, CR 1996, 271, 277; *Mertes*, CR 1996, 770.

⁵⁵² *Sosnitza/Grey*, 2004, 465, 469.

⁵⁵³ *Ernst*, MDR 2003, 1091, 1093.

⁵⁵⁴ LG Bonn, CR 2002, 293; *Roßnagel*, NJW 2003, 1209; *ders.* K&R 2003, 84; vgl. auch zu passwortgeschützten Willenserklärungen bei Onlineauktionen: LG Konstanz, CR 2002, 609.

⁵⁵⁵ OLG Köln, K&R 2003, 83; LG Bonn, CR 2002, 293; AG Erfurt, MMR 2002, 128; *Fuhrberg*, K&R 1999, 20, 22.

⁵⁵⁶ Vgl. AG Erfurt, MMR 2002, 127, 128

⁵⁵⁷ AG Erfurt, CR 2002, 767; LG Bonn, MMR 2004, 179,

⁵⁵⁸ *Roßnagel*, K&R 2003, 84, 85.

⁵⁵⁹ *Roßnagel*, K&R 2003, 84, 85.

made, übermittelt werde.⁵⁶⁰ Aus diesem Grund sei auch ein Heranziehen der Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis zum Scheckkarten-PIN-Verfahren, da die PIN dort weit geringeren Angriffen ausgesetzt sei, nicht möglich.⁵⁶¹

Mankowski nimmt hingegen an, dass die Wahrscheinlichkeit zur Begründung einer für den Anscheinsbeweis erforderlichen Typizität hinreichend groß sei, wenn die E-Mail von dem Inhaber einer Adresse stamme und das dazugehörige Passwort genutzt worden sei. Minimale Restrisiken seien als Ausnahme zur Regel zu behandeln. Er weist auch darauf hin, dass die abstrakte Möglichkeit eines anderen typischen Geschehensverlaufs den Anscheinsbeweis gerade nicht erschüttere.⁵⁶² Er sieht in der Forderung nach höheren Sicherheitsstandards eine normative Überhöhung.⁵⁶³

Gegen die Annahme eines Anscheinsbeweises bezüglich Integrität und Authentizität zugunsten des Empfängers wird weiter angeführt, dass sich dies schon aus einem Umkehrschluss zu § 292 a ZPO a.F. (heute: § 371 aZPO n.F.) ergebe.⁵⁶⁴ Diese Vorschrift über die Beweiskraft einer qualifiziert signierten E-Mail zeige, dass der Gesetzgeber nur bezüglich dieser besonderen Art der E-Mail, die besonders sicher ist, dem Empfänger einen Anscheinsbeweis zur Seite stelle.⁵⁶⁵ Richtig erscheint jedoch die Gegenmeinung, die in § 292 a ZPO a.F./ 371 a n.F. eine Normierung eines Spezialfalles sieht und daraus keinen Ausschluss des Anscheinsbeweises für andere elektronische Erklärungen folgert. Über andere elektronische Formen treffe das Gesetz gerade keine Aussage.⁵⁶⁶ § 286 ZPO bleibt für andere elektronische Willenserklärungen anwendbar und damit auch der richterrechtlich entwickelte Anscheinsbeweis.⁵⁶⁷

Der Vergleich mit anderen Anscheinsbeweisen im elektronischen Rechtsverkehr zeigt, dass stets eine zusätzliche Sicherung gefordert wird bzw. vorhanden ist, die bei der Versendung einer einfachen E-Mail nicht gegeben ist. Bei Abhebungen am Geldautomaten bedarf es zusätzlich zur Eingabe einer PIN den Besitz der Karte. Auch beim Online-Banking wird neben der PIN eine weitere Transaktionsnummer vom

⁵⁶⁰ LG Bonn, CR 2002, 293, 295; i.E. *Roßnagel*, K&R 2003, 84, 85.

⁵⁶¹ LG Bonn, CR 2002, 293, 295.

⁵⁶² *Mankowski*, CR 2003, 44, 45.

⁵⁶³ *Mankowski*, CR 2003, 44, 45.

⁵⁶⁴ *Zöller²⁵-Greger* (Fn. 464), § 292 a, Rn. 2; *Roßnagel/Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1213; *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, 8, 12; *Heinemann*, ZNotP 2002, 414, 425.

⁵⁶⁵ *Roßnagel*, K&R 2003, 84, 85; *Lüdemann/Adams*, K&R 2002, 8, 12.

⁵⁶⁶ *Ernst*, MDR 2003, 1091, 1093; *Mankowski*, NJW 2002, 2822, 2827 f.

⁵⁶⁷ *Sosnitza/Gey*, K&R 2004, 465, 466f.; *Mankowski*, CR 2003, 44, 47; *ders.* NJW 2002, 2822, 2827;

Kunden abgefragt.⁵⁶⁸ Bei Telefonrechnungen ist neben der Auflistung der Einzelgespräche ein nachträgliches Prüfverfahren, welches zeigt, dass die für Dritte unzugängliche Zähleinrichtung richtig gearbeitet hat, erforderlich.⁵⁶⁹ Beim Btx ist neben der Teilnehmernummer und dem Kennwort der Besitz eines Btx-Gerätes Voraussetzung für den Zugang zum System.⁵⁷⁰

Selbst bei mittels Passwort geschützter E-Mails ist mangels eines einheitlichen Sicherheitsstandards bezüglich der Wahl des Passwortes⁵⁷¹ und im Hinblick dessen, dass es über das offene Netz verschickt wird, zumindest heute noch keine Möglichkeit gegeben, einen Anscheinsbeweis hierauf basieren zu lassen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es heute mit dem richtigen Softwareprogramm technisch durchaus ohne großes Know-how möglich ist, sich Zugang zum E-Mail-Account einer Person zu verschaffen. Es ist darüber hinaus ebenfalls unproblematisch möglich, den einfachen Header zu manipulieren. Aus technischer Sicht ist das Verschicken von E-Mails unter fremden Namen durch Nutzung einer fremden E-Mail-Adresse nicht so unwahrscheinlich, dass man hierbei von einer verschwindend geringen Wahrscheinlichkeit sprechen könnte, die bei einem Anscheinsbeweis nicht ins Gewicht fällt. Bezüglich der Tätermotivation besteht zum einen die Möglichkeit, dass der Empfänger selbst an sich die E-Mail unter falschem Namen verschickt hat, um in einem Prozess gegebenenfalls eine seiner Behauptungen leichter beweisen zu können. Es besteht aber auch gerade im E-Commerce die nicht nur verschwindend geringe Möglichkeit, dass ein Dritter im fremden Namen und unter einer fremden E-Mail-Adresse Bestellungen vornimmt und so einen unmittelbaren eigenen Nutzen daraus für sich ziehen kann.⁵⁷² Auch ist es denkbar, dass ein Dritter nur, um den Empfänger oder den Absender zu schädigen, einen Maskeradeangriff vornimmt.

Aus alledem kann nicht ein zuverlässiger Erfahrungssatz formuliert werden, der einen

Winter, CR 2002, 768, 769; *Schmidl*, CR 2002, 508, 514.

⁵⁶⁸ Obiter dictum LG Bonn, CR 2004, 218, 220; *Escher-Weingart*, in: *Gouanalakis*, Rechtshandbuch Electronic Business (2003) § 39 Rn. 50; *Werner*, MMR 1998, 232, 233; wegen der Möglichkeit von Phishing-Mails und Pharming-Angriffen a.A. *Kind/Werner*, CR 2006, 353.

⁵⁶⁹ OLG Koblenz, RTKom, 2000, 152; OLG Düsseldorf, ArchTP 1998, 52; OLG München, ArchTP 1997, 54; OLG Schleswig, ArchTP 1997, 59; OLG Zweibrücken, ArchTP 1996, 158; *Reinmann*, DuD 2001, 27.

⁵⁷⁰ OLG Oldenburg, CR 1993, 558, 559; *Paefgen*, CR 1993, 559, 561.

⁵⁷¹ OLG Köln, K&R 2003, 83; LG Bonn, MMR 2004, 179; LG Bonn, CR 2002, 293, 294; AG Erfurt, MMR 2002, 127, 128.

⁵⁷² Vgl. *Schindler*, K&R 2002, 481, 482.

Anscheinsbeweis bezüglich der Authentizität stützt.

3. Anscheinsbeweis für die Integrität der SMS

Zu prüfen ist nun, ob ein Erfahrungsgrundsatz dahingehend formuliert werden kann, dass bei Übertragung einer SMS diese grundsätzlich unverfälscht beim Empfänger ankommt und bei einer Vorlage bei Gericht ihre Integrität angenommen werden kann. Die Sicherheit des Mobilfunknetzes wurde bereits eingehend erläutert.⁵⁷³ Die SMS wird auf dem Handy des Ausstellers erzeugt. Hierfür ist zum einen der Besitz des Handys, zum anderen die Kenntnis der PIN erforderlich. Der Handyinhaber wird bei Einwahl in das Mobilfunknetz von diesem authentisiert. Nach erfolgreicher Authentifikation wird die SMS verschlüsselt über die Luftschnittstelle an das SMSC übertragen. Anschließend läuft sie über die Festnetzleitungen und wird von dem SMSC des Kommunikationspartners empfangen und sodann an diesen über die Luftschnittstelle verschlüsselt weitergeleitet.

Eingriffe Dritter in diesen Vorgang werden für unwahrscheinlich gehalten. Die bereits beschriebenen Übergriffsmöglichkeiten mit Hilfe der Authentication Triplets werden als zu kosten- und zeitintensiv eingeschätzt.⁵⁷⁴

Eine Veränderung der Daten der SMS bei der Strecke über Festnetzleitungen zwischen SMSC-Versender und SMSC-Empfänger ist technisch nur durch einen widerrechtlichen Übergriff auf eines dieser SMSC möglich.

Da die Einordnung der Gefahr der Verfälschung in einen Risikobereich einer Partei nicht möglich ist, ist zu klären, welche Auswirkungen dies für die Entscheidungsmöglichkeit des Gerichts hat. Muss es nun stets eine Beweislastentscheidung zu Lasten desjenigen fällen, der sich auf die inhaltliche Richtigkeit der SMS beruft, wenn er nicht darlegt und beweist, dass eine korrekte Übertragung stattgefunden hat? Diese Frage hängt davon ab, wie wahrscheinlich eine Verfälschung der SMS ist. Technische Übertragungsfehler sind nie ganz auszuschließen, können jedoch als niedrig eingeschätzt werden, so dass sie hier nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden müssen.

Es läuft auf die Bewertung der Frage hinaus, wie wahrscheinlich ein Übergriff eines Dritten auf den Inhalt einer SMS ist. Dabei lässt sich auf die bereits gefundenen Grundsätze zur E-Mail zurückgreifen, bei der eine Verfälschung durch einen Dritten

⁵⁷³ S.o., S.22 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. S.23 f..

als unwahrscheinlich eingestuft wurde.⁵⁷⁵ Zunächst ist festzustellen, welches Motiv ein Dritter haben könnte, die SMS inhaltlich zu verfälschen. Eigenen Nutzen könnte er eigentlich nur ziehen, wenn er den Inhalt der SMS so verfälscht, dass er sich als Leistungsempfänger eingibt und den Absender als Zahlungspflichtigen belässt. Dies wäre jedoch eine einfach nachzuvollziehende Fälschung und der Dritte liefe Gefahr, sofort erkannt zu werden. Das Motiv des Dritten, sich auf irgendeine Art zu bereichern, kann demnach nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Ein weiteres Motiv wäre, wie es auch bereits bei der E-Mail angesprochen wurde,⁵⁷⁶ den Absender oder Empfänger zu schädigen. Hierbei ist jedoch stets zu berücksichtigen, wie schwierig es für einen Dritten ist, ohne das mobile Endgerät und die dazugehörige PIN eine SMS inhaltlich zu verfälschen. Der Täter müsste in eines der beiden SMSC eindringen und dort die SMS, die er inhaltlich verändern wollte, ausfindig machen. Dies setzt einen Einbruch voraus. Bei Tätern, die durch Datenmanipulation andere schädigen wollen, den sogenannten Hackern, handelt es sich jedoch eher um solche, die möglichst anonym auf elektronischem Weg agieren. Sie besitzen keine kriminelle Energie dahingehend, in Gebäude einzubrechen. Insbesondere ist ein Einbruch deutlich gefährlicher für den Täter als das Abfangen und Verändern von Daten im Internet, wie ein Vergleich mit den Darstellungen zur E-Mail zeigt.⁵⁷⁷ Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Dritter sich in die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung begibt, dadurch, dass er bei einem SMSC einbricht, letztlich nur, um einen anderen zu schädigen, kann als verschwindend gering eingeschätzt werden, so dass auch dieser Gedankengang vernachlässigt werden kann.

Nach Angaben von Nokia und Sony Ericsson ist die Manipulation der auf der SIM-Karte gespeicherten Daten zur Zeit durch den Absender oder Empfänger nicht abänderbar. Dies gilt sowohl für die Angabe der Absenderrufnummer, die stets als Anhang zu einer SMS übertragen wird, als auch für die SMS selbst.

Eine Verfälschung durch den Absender oder Empfänger ist demnach auch unwahrscheinlich.

Ist die Wahrscheinlichkeit eines Übergriffs auf die inhaltliche Richtigkeit der SMS gering, spricht nichts gegen die Annahme eines Anscheinsbeweises für diese

⁵⁷⁵ Vgl. S.128.

⁵⁷⁶ Vgl. S. 128 f.

Tatsache.

Auch die Interessenverteilung der Parteien ergibt nicht, dass es unbillig wäre, demjenigen, der die SMS verschickt hat, das Risiko der Beweisbarkeit aufzubürden.

Im Rahmen der Privatautonomie, die Willenserklärungsfreiheit gewährleistet und sich aus Art. 2 I GG ableitet, muss es grundsätzlich möglich sein, beweiskräftig Erklärungen per SMS abzugeben.⁵⁷⁸ Ob aus der Verwendung der SMS als Kommunikationsmittel der Schluss gezogen werden darf, dass derjenige das Risiko trägt, der dieses Medium einsetzt, ist nicht ohne weiteres möglich. Der Vertragspartner hat sich schließlich in gleichem Maße auf einen Vertragsschluss per SMS eingelassen und zieht genauso daraus Vorteile, etwa eine schnelle ortsungebundene Übertragung, wie die Partei, die die SMS verschickte. Die Vorteile der SMS kommen beiden Parteien im gleichen Maße zugute, so dass sie auch deren Lasten gemeinsam tragen sollten.⁵⁷⁹

Sie liegen insbesondere in Folgendem: Derjenige, der eine Leistung per SMS anbietet, kann hier ein Medium nutzen, das den Kunden direkt anspricht und auf ihn individuell zugeschnitten ist. Der Kunde hingegen kann sofort auf ein Angebot reagieren, ist weder an einen Ort noch an Geschäftszeiten gebunden. Beide genießen den Vorteil der schnellen Übermittlung. Keinem von beiden kann das Risiko der fehlerhaften Übertragung deswegen aufgebürdet werden, weil er gerade die SMS als Übertragungsmedium genutzt hat, denn beide haben die Nutzung forciert: Der eine dadurch, dass er einen Vertragsschluss per SMS ermöglicht, indem er diesen per SMS anbietet, und der andere dadurch, dass er diese Möglichkeit nutzt und eine SMS zum Abschluss eines Vertrages verschickt.

Zu berücksichtigen bleibt noch, dass derjenige, der die SMS verschickt, eher Informationen über eine etwaige fehlerhafte Übertragung oder Drittübergriffe von seinem Mobilfunknetzbetreiber erhalten kann.

Sowohl die technisch sehr hohe Wahrscheinlichkeit einer korrekten Übertragung der SMS als auch die verschwindend geringe Wahrscheinlichkeit der Manipulation durch Dritte, den Absender oder den Empfänger und die Interessen der Parteien sprechen für die Annahme eines Anscheinsbeweises zugunsten der Tatsache, dass eine SMS

⁵⁷⁷ Vgl. S. 128.

⁵⁷⁸ Vgl. *Pordesch/ Roßnagel* DuD 1994, 84.

⁵⁷⁹ So schon zur E-Mail: OLG Köln, K&R 2003, 83; LG Bonn, CR 2002, 293; *Roßnagel/ Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1213; zu Onlineauktion: LG Bonn, MMR 2004, 179, 178.

inhaltlich richtig übertragen wird.

Es kann demnach folgender Erfahrungsgrundsatz formuliert werden:

Bei Übertragung einer SMS kommt diese grundsätzlich unverfälscht beim Empfänger an. Auch bei der Vorlage vor Gericht kann von der inhaltlichen Integrität der SMS ausgegangen werden.

4. Anscheinsbeweis für die Authentizität der SMS

Kann auch ein Anscheinsbeweis dahingehend formuliert werden, dass eine SMS grundsätzlich den tatsächlichen Absender erkennen lässt?

a. Übertragung der Telefonnummer

Die SMS wird stets mit der zur SIM-Karte gehörenden Telefonnummer übertragen. Dies geschieht automatisch durch den Netzbetreiber. Wie bereits erwähnt, ist bis heute laut Ericsson und Nokia nicht bekannt, dass diese durch den Absender oder Empfänger verfälschbar wäre. Wird die Telefonnummer stets automatisch mitübertragen, drängt sich der Gedanke auf, hierin eine Art Identitätsnachweis zu erblicken. Wie Mankowski für die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit der E-Mail bereits festgestellt hat, setzt dies voraus, dass diese Rufnummer ausschließlich einem Teilnehmer zugeordnet ist.⁵⁸⁰ Da die Rufnummer an eine SIM-Karte gebunden ist und sie weltweit nur einmal existiert, ist diese Voraussetzung gegeben.

b. Alleinige Verfügungsgewalt des Teilnehmers über die SIM-Karte

Weitere Voraussetzung für die Annahme eines Identitätsnachweises anhand der Telefonnummer ist, dass der Teilnehmer die alleinige Verfügungsgewalt über die SIM-Karte besitzt und selbst entscheiden kann, wer mit ihr eine SMS verschicken kann.

Die SIM-Karte wird bei Abschluss eines Mobilfunkvertrages oder bei Kauf einer Prepaid-Karte vom Mobilfunknetzbetreiber dem Kunden überlassen. Sie ist durch eine vierstellige PIN, die stets beim Einschalten des mobilen Endgeräts eingegeben werden muss, geschützt. Diese PIN erhält der Kunde zusammen mit der SIM-Karte vor Ort

⁵⁸⁰ Vgl. zur E-Mail: *Mankowski*, NJW 2002, 2822, 2826.

ausgehändigt, wo er den Vertrag abschließt oder die Prepaid-Karte kauft. Sie befindet sich grundsätzlich in einem besonderen Umschlag und ist so mit einem Klebstreifen überdeckt, dass der Kunde eine etwaige vorherige Kenntnisnahme durch einen Dritten erkennen und dies gegebenenfalls monieren kann. Diese PIN soll dazu dienen, eine missbräuchliche Nutzung durch einen Dritten zu verhindern.⁵⁸¹ Um ein Erraten eines Dritten durch mehrmaliges Ausprobieren zu verhindern, bestehen für die PIN-Eingabe prinzipiell nur drei Versuche. Danach bedarf es einer weiteren Geheimzahl, der sogenannten PUK, die wie die PIN dem Kunden überlassen wird.

Der Kunde hat es also selbst in der Hand, ob jemand mit seinem mobilen Endgerät telefoniert oder eine SMS verschickt. Da die SIM-Karte in das mobile Endgerät gesteckt wird und von dort durch Abdeckungsvorrichtungen nicht mit einem Handgriff herausgenommen werden kann, müsste ein unbefugter Dritter sich in den Besitz des mobilen Endgerätes bringen und darüber hinaus die PIN-Nummer des Kunden kennen, um dieses mit der SIM-Karte in Betrieb zu nehmen. Die Kenntnis der PIN ist nicht nötig, wenn sich das mobile Endgerät beim Diebstahl im eingeschalteten Zustand befand. Dann kann direkt ohne vorherige PIN-Eingabe eine SMS versandt werden.

Wird eine Mobilfunkstation gestohlen und beim Netzbetreiber als gestohlen gemeldet, wird zum einen die SIM-Karte gesperrt, zum anderen das mobile Endgerät im Mobilfunknetz im Geräteidentifizierungsregister⁵⁸² gespeichert. Loggt das mobile Endgerät sich nun erneut in das Mobilfunknetz ein (wie etwa bei einem abgehenden Telefonat oder dem Verschicken einer SMS), wird es vom Netz als gestohlen erkannt und abgewiesen. So kann gewährleistet werden, dass gestohlene Geräte nicht benutzt werden können. Dies kann sogar europaweit geschehen, da es ein für ganz Europa arbeitendes Geräteidentifizierungsregister in Irland gibt. Dieses europaweit arbeitende EIR ermöglicht es, die Geräte, die sich in ausländischen GSM-Netzen einzuloggen versuchen, zu erkennen.⁵⁸³ Leider wird nicht von jedem Netzbetreiber das EIR gepflegt, so dass dadurch gestohlene Geräte dieser Anbieter letztlich nicht erkannt werden können. Sie können dann mit einer neuen SIM-Karte unerkannt genutzt werden.

Die Möglichkeit der Nutzung der SIM-Karte wird jedoch durch ihre Sperrung

⁵⁸¹ Vgl. auch LG Rottweil, MMR 2006, 58, 59.

⁵⁸² Equipment Identity Register, EIR.

ausgeschlossen, so dass keine SMS von einer gesperrten SIM-Karte abgeschickt werden können.

Aus dem Vorherigen ergibt sich die für die Authentifikation eindeutige Risikozeuweisungsmöglichkeit, und zwar an den Absender der SMS. Es besteht eine vergleichbare Situation wie beim Btx, wo darauf abgestellt wurde, dass eine missbräuchliche Nutzung nur im Einflussbereich des Btx-Nutzers erfolgen konnte.⁵⁸⁴

Die gleiche Überlegung liegt der Nutzung der EC-Karte an Geldautomaten zugrunde, wo davon ausgegangen wurde, dass bei Annahme der Sicherheit des Verfahrens es nur auf einen Fehler des Kunden im Umgang mit der PIN zurückzuführen war, dass ein Missbrauch stattfinden konnte.⁵⁸⁵ Dieser hat es alleine in der Hand, sein Handy unter eigener Kontrolle zu behalten und bei längerem Nichtgebrauch ausgeschaltet zu lassen, damit der Schutz der PIN-Nummer greifen kann. Wird das Gerät gestohlen, liegt es bei ihm, es sogleich zu melden und sperren zu lassen. Deshalb erscheint es unter dem Vorgenannten legitim, dem Empfänger einer SMS eine Beweiserleichterung in Gestalt des Anscheinsbeweises dahingehend zu gewähren, dass die SMS die Rufnummer des Absenders grundsätzlich erkennen lässt.

Erschüttert werden kann diese Behauptung durch den Handyeigentümer dadurch, dass er nachweist, dass er zeitnah sein Handy als gestohlen gemeldet hat.

c. Ermittlung des Absenders anhand seiner Rufnummer

Für die Annahme, dass die Telefonnummer grundsätzlich den richtigen Empfänger erkennen lässt und damit als Identitätsnachweis gelten kann, ist es weiter erforderlich, dass von der Telefonnummer Rückschlüsse auf die Person, die hinter dieser Telefonnummer steht und der das Handy gehört, geschlossen werden können. Bei der E-Mail scheiterte dies daran, dass aus der E-Mail-Adresse, auch wenn eine Auskunft bei dem dazugehörigen Service-Provider eingeholt wurde, nicht von der Richtigkeit der Angaben ausgegangen werden konnte, da der Service-Provider diese nicht anhand von Legitimationspapieren überprüfte.⁵⁸⁶

Könnte der Empfänger keine Rückschlüsse von der Telefonnummer auf den Absender

⁵⁸³ Stoll, Frank, Dezentralisierung und Sicherheit in Mobilfunknetzen (1997) 79, Fn. 19.

⁵⁸⁴ Vgl. S. 125.

⁵⁸⁵ Vgl. S. 126.

⁵⁸⁶ Vgl. S. 132.

ziehen, könnte der Empfänger zwar beweisen, von welcher Rufnummer die SMS versandt wurde, jedoch nicht darlegen, welche Person sich hinter dieser Rufnummer verbirgt. Zwar könnte im Falle einer Klage das Gericht dem Beklagten aufgeben anzugeben, ob die Rufnummer ihm zugeordnet ist, dies setzte jedoch einen Prozess voraus, der vom Beklagten angestrengt werden müsste, ohne zu wissen, ob der Beklagte tatsächlich der Rufnummerninhaber ist. Oftmals würde eine Klage auch schon daran scheitern, dass der Beklagte gar nicht benannt werden kann, wenn es sich um eine dem Empfänger unbekanntes Rufnummer handelt.

Fraglich ist also, ob anhand der Rufnummer die Person ermittelt werden kann, der diese Rufnummer von ihrem Telekommunikationsdiensteanbieter zugeteilt worden ist. Dem Empfänger muss es zumindest durch Auskunft des Netzbetreibers möglich sein, den Absender ausfindig zu machen.

Dies kann notfalls durch Anstrengung eines Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft erfolgen, die gemäß § 112 Absatz 2 Nr. 1 und Absatz 4 TKG einen Anspruch auf Auskunftserteilung über Kundendaten besitzt. Über einen derartigen Umweg und Akteneinsicht in die Ermittlungsakten könnte so der Empfänger eine ihm unbekanntes Telefonnummer einer Person zuordnen.

Dies war vor der Telekommunikationsreform bei Prepaidkunden nicht ohne weiteres gegeben:

aa. Frühere Rechtslage

Gem. § 90 TKG aF⁵⁸⁷ war der Diensteanbieter verpflichtet, sog. Kundendateien mit den Kundendaten seiner Kunden zu führen und der Regulierungsbehörde den Abruf dieser Daten zu ermöglichen. Welche Daten erhoben werden durften, schrieb § 89 TKG aF vor. Nur unter den engen Voraussetzungen dieser Norm war es dem Anbieter gestattet, persönliche Daten der Kunden zu erheben. Hervorzuheben war hierbei vor allem die Möglichkeit des Anbieters, Daten der Kunden für Entgeltforderungen gegen sie zu erheben, § 89 II Nr. 3 TKG a.F.. Dieses Bedürfnis hatte ein Mobilfunkanbieter jedoch nur dann, wenn der Kunde nicht im Voraus bezahlte. Eine Vorkasse war und ist auch heute noch durch sog. "Prepaidprodukte" möglich. Auch die mobile Sprachtelefonie konnte und kann durch Vorkasse mit Hilfe einer Prepaid-Karte

⁵⁸⁷ In der Fassung vom 25.7.1996 (BGBl. I S. 1120).

bezahlt werden. Hatte der Kunde jedoch bereits gezahlt, bestand seitens des Diensteanbieters kein Bedürfnis mehr, persönliche Daten des Kunden zu erheben. Für Prepaid-Produkte griff die Datenerhebungsbefugnis des § 89 II TKG aF nicht ein. Nach dieser Rechtslage wäre es dem Empfänger nicht möglich, die in der SMS angezeigte Rufnummer einem Prepaid-Kunden zuzuordnen, da es keinerlei Informationen über die Verknüpfung von Rufnummer und Rufnummerninhaber gäbe.

bb. Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung vom 22.10.2003

Dass auch keine andere Rechtsgrundlage für eine solche Erhebung der Prepaid-Kundendaten gegeben war und insbesondere sich nicht aus § 90 II TKG aF ableiten ließ, hat das Bundesverwaltungsgericht 2003 entschieden.⁵⁸⁸

Zur Entscheidung stand eine Klage eines Diensteanbieters von Prepaid-Produkten gegen ein Schreiben der Regulierungsbehörde, in dem diese die Klägerin dazu anhielt, ihre Leitlinie zur Datenerhebung von Kunden zu beachten. Die Leitlinie schrieb vor, dass die Identität des Nutzers der Produkte durch einen amtlichen Lichtbildausweis nachzuweisen sei. Die Nummer dieses Ausweises sei vom Diensteanbieter zu notieren und wie Name, Adresse und telekommunikationstechnische Kennzeichnungsmerkmale in die Kundendatei gem. § 90 TKG aF einzustellen. Erst hiernach dürfe eine Freischaltung des Telekommunikationsdienstes erfolgen.⁵⁸⁹

Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass sie nicht befugt sei, Kundendaten außerhalb des Regelungsbereiches des § 89 TKG aF zu erheben und es ihr demnach nicht möglich sei, Daten von Prepaid-Kunden in die Verzeichnisse nach § 90 TKG aF einzustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht gab der Klägerin Recht.⁵⁹⁰

Dabei stellte es zunächst fest, dass die Erhebung von Daten durch den Diensteanbieter einen mittelbaren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden gem. Art. 2 I iVm 1 I GG darstelle. Für die Rechtfertigung eines derartigen Eingriffs müsse eine verfassungsgemäße gesetzliche Grundlage existieren.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ BVerwG, MMR 2004, 114- 117.

⁵⁸⁹ BVerwG, MMR 2004, 114.

⁵⁹⁰ BVerwG, MMR 2004, 114.

⁵⁹¹ BVerwG, MMR 2004, 114 f..

Einen Grundrechtsverzicht des Kunden durch Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages mit dem Diensteanbieter wollte das Gericht nicht annehmen, da die erforderliche Freiwilligkeit fehle.⁵⁹² Das Gericht stellte fest, dass die Sprachtelefonie heute "ein unverzichtbares Medium der Kommunikation" sei und es für die Teilnahme unumgänglich sei, einen Vertrag mit einem Diensteanbieter abzuschließen.⁵⁹³

Als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kunden komme neben § 89 TKG aF, der bei Prepaid-Produkten gerade nicht einschlägig sei, nur § 90 TKG aF in Betracht.⁵⁹⁴

Diese Norm sei weder nach ihrem Wortlaut noch aus gesetzessystematischen Gründen im Vergleich zu § 89 TKG aF als Rechtsgrundlage für einen derartigen Eingriff geeignet.

Ihr gesetzlicher Zweck sei es unter anderem, zwar das Strafverfolgungs- und Sicherheitsinteresse der zuständigen Stellen sicherzustellen, jedoch entspreche die Norm jedoch nicht dem Grundsatz der Normklarheit. Deshalb könne allein aus dem Normzweck nicht gefolgert werden, dass eine Datenerhebungspflicht bestehe. Die Norm ließe nicht erkennen, dass der Gesetzgeber bei ihrem Erlass den genannten Zweck mit dem informationellem Selbstbestimmungsrecht der Kunden abgewogen habe und diese Abwägung positiv für die Datenerhebungspflicht ausgefallen sei.⁵⁹⁵

Mangels Rechtsgrundlage für eine Datenerhebung für Kunden von Prepaid-Produkten bestand nach altem Recht also keine Pflicht der Diensteanbieter, diese Daten zu erheben.⁵⁹⁶

cc. Folge der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts

Dies führte letztlich dazu, dass bei Prepaid-Karten zwar auch die Rufnummer mit einer SMS übertragen wurde, diese jedoch nicht die Möglichkeit eröffnete, den Absender ausfindig zu machen, da seine Daten nirgends gespeichert wurden. Bei einer SMS von einem sogenannten Vertragshandy konnten hingegen die persönlichen Daten des Kunden gemäß § 89 TKG a.F. erhoben werden und in der Kundendatei gemäß § 90 TKG a.F. gespeichert werden.

⁵⁹² BVerwG, MMR 2001, 114 f..

⁵⁹³ BVerwG, MMR 2004, 114, 115.

⁵⁹⁴ BVerwG, MMR 2004, 114, 115.

⁵⁹⁵ BVerwG, MMR 2004, 114, 115f..

⁵⁹⁶ BVerwG, MMR 2004, 114, 117.

dd. Änderung des TKG vom 25.06.2004

Der Bundesrat hat in seiner 798. Sitzung am 2.4.2004 beschlossen, den Vermittlungsausschuss bezüglich des vom Bundestag am 12.3.2004 verabschiedeten Gesetzes mit dem Ziel einer grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes einzuberufen.⁵⁹⁷

Am 14.5.2003 hat der Bundesrat dem überarbeiteten Entwurf der Bundesregierung zugestimmt. Am 25.6.2004 trat das neue TKG in Kraft.⁵⁹⁸

§ 111 TKG nF sieht vor, dass alle diejenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken und dabei Rufnummern vergeben oder Telekommunikationsanschlüsse für von anderen vergebene Rufnummern bereitstellen, von Kunden Rufnummer, Name, Geburtsdatum und Datum des Vertragsbeginns erfassen müssen. Diese Daten sind für die Auskunftsverfahren im Sinne der §§ 112 und 113 TKG nF zu speichern und auch dann zu erheben, wenn sie nicht für betriebliche Zwecke erforderlich sind.

Nach dieser Gesetzesneufassung sollen unter anderem auch die Kundendaten der Prepaid-Kunden durch die Mobilfunknetzbetreiber erhoben werden.

Zwar ist damit ab Inkrafttreten des neuen TKG eine Rechtsgrundlage für die Erhebung von Kundendaten der Prepaid-Kunden gegeben, fraglich ist jedoch, ob die Grundlage verfassungsmäßig ist und daher auch künftig die Grundlage für die zuverlässige Erhebung von Kundendaten sein kann. Zu den inhaltlichen Anforderungen der Gesetzesgrundlage hatte sich das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 22.10.2003⁵⁹⁹ nicht geäußert, sondern hatte als Grundlage für die Erhebung zunächst eine gesetzliche Grundlage verlangt.

ee. Verfassungsmäßigkeit der Erhebung von Prepaidkundendaten

Im Folgenden wird geprüft, ob es überhaupt verfassungsrechtlich möglich ist, Daten von Prepaid-Kunden zu erheben.

⁵⁹⁷ BR-Drs. 200/04.

⁵⁹⁸ BGBl. I 29/2004, S. 1190.

⁵⁹⁹ BVerwG, MMR 2004, 114-117.

(1) Verstoß gegen Art. 2 Absatz 1 und Art. 1 Absatz 1 GG durch § 111 TKG n.F.

Da es sich hierbei nicht um sogenannte Verbindungsdaten der Telekommunikation handelt, die an Art. 10 GG zu messen sind, sondern vielmehr um Kundendaten, ist die neue gesetzliche Regelung des § 111 TKG am Grundrecht des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu messen. Dieses Grundrecht leitet sich aus Art. 2 I und 1 I GG ab.

Eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht.⁶⁰⁰ Es handelt sich nicht um ein neues eigenständiges Grundrecht auf Datenschutz, sondern es soll die Sensibilisierung bezüglich der durch moderne Techniken der Datenspeicherung, -vernetzung und -verarbeitung bedrohten Integrität des hiervon betroffenen Grundrechtsträgers erreicht werden.⁶⁰¹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll dazu dienen, den Persönlichkeitsschutz an die moderne Entwicklung anzupassen und stellt die interpretatorische Fortschreibung des Selbstdarstellungsrechts aus Art. 2 I, 1 I GG dar. Wie schon das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 15.12.1983⁶⁰² treffend bemerkte, gibt es kein belangloses Datum mehr. Durch die neuen Techniken der Informationsbranche besteht die Gefahr einer totalen Registrierung und Katalogisierung der Bürger und somit die Gefahr der Erstellung von umfassenden Persönlichkeitsprofilen und, gekoppelt mit dem Mobilfunk, auch von Bewegungsprofilen.⁶⁰³ Durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erlangt der Einzelne die Befugnis, selbst zu entscheiden, wie und wann seine persönlichen Daten verwendet werden.⁶⁰⁴

(2) Schranken des informationellen Selbstbestimmungsrechts

Natürlich wird dieses Grundrecht dem Einzelnen als gemeinschaftsbezogenes, soziales Wesen nicht schrankenlos gewährt. Der Staat bedarf zur Erledigung seiner Aufgaben gerade im Bereich der Gefahrenabwehr Informationen auf Vorrat, um effektiv handeln zu können.⁶⁰⁵ Jedoch müssen diese Eingriffe wegen der Nähe des

⁶⁰⁰ *Dreier-Dreier*, Grundgesetz² (2004) Art. 2 I, Rn. 78.

⁶⁰¹ *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (Stand: 2006) Art. 2, Rn. 173.

⁶⁰² BVerfGE 65, 1, 45.

⁶⁰³ *Maunz/Dürig* (Fn. 601), Art. 2, Rn. 173.

⁶⁰⁴ Vgl. *Jarass/Pieroth-Jarass*, Grundgesetz⁸ (2006) Art. 2 Rn. 44.

⁶⁰⁵ *Maunz/Dürig* (Fn.601), Art. 2 Rn. 179.

Grundrechts zu Art. 1 GG entweder mit Zustimmung des Betroffenen vollzogen oder durch eine gesetzlich Grundlage gedeckt werden.⁶⁰⁶ An diese sind im Falle der nicht anonymisierten Verwendung hohe Anforderungen zu stellen. Es bedarf eines überwiegenden Allgemeininteresses und die Einschränkung muss nur hingenommen werden, wenn sie zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.⁶⁰⁷

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in seiner Rechtsprechung zum informationellen Selbstbestimmungsrecht, dass im Zusammenhang mit dessen Schutz prozedurale und organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, damit der Staat die Informationen nur verwendet, wenn sie inhaltlich richtig und ausschließlich zu dem von der Ermächtigungsgrundlage abgedeckten Zweck benutzt werden.⁶⁰⁸

Wegen des Gebots der Normklarheit und der Verhältnismäßigkeit muss zwar der legitimierende Zweck im Gesetz mit hinreichender Bestimmtheit gesetzlich fixiert sein, jedoch reicht es aus, wenn sich bei einem Bestimmtheitsminus gerade im Zusammenspiel mit sonstigen Normen der Zweck erkennen lässt.⁶⁰⁹

(3) Verhältnismäßigkeit

Ob die Erhebung von Kundendaten der Prepaid-Kunden mit der Verfassung vereinbar ist, hängt letztlich also davon ab, ob die Norm verhältnismäßig ist. Der Zweck der Datenerhebung liegt unter anderem in der Verfolgbarkeit von Straftaten und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Dieses sind zweifellos Werte von hohem Verfassungsrang.

Datenschützer kritisieren im Zusammenhang mit der Erhebung von Prepaid-Kundendaten, dass es keinen nennenswerten Informationsgewinn für die Sicherheitsbehörden darstelle, wenn auch die Prepaid-Kundendaten legal erhoben werden könnten. Der überwiegende Teil der Nutzer von Prepaid-Produkten stamme nicht aus der kriminellen Szene.⁶¹⁰ Außerdem bestehe kein aktueller Bedarf nach den

⁶⁰⁶ Jarass/ Pieroth⁸- Jarass (Fn. 604), Art. 2, Rn.59.

⁶⁰⁷ Vgl. Maunz/ Dürig (Fn. 601), Art. 2 Rn. 177, 181.

⁶⁰⁸ Vgl. Maunz/ Dürig (Fn. 601), Art. 2 Rn. 137.

⁶⁰⁹ Maunz/ Dürig (Fn. 601), Art. 2 Rn. 182; v. Mangoldt/ Klein/ Starck⁵-Starck (Fn. 469), Art. 2 Abs. 1, Rn. 116.

⁶¹⁰ Hülsmann, in: Stellungnahme zu den Eckdaten zur Anpassung der Regelungen nach § 90 TKG und dem Textentwurf mit Begründung zur Änderung der §§ 89, 90 und 96 TKG gegenüber dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (vom 7.5.2002) unter www.almerprom.de/fiff/material/tag-89-90-96-Stellungnahme.htm, S.2).

Daten. Demnach handele es sich um eine unzulässige Vorratsspeicherung.⁶¹¹ Die hoheitliche Maßnahme sei ungeeignet, da sie vielfältige Umgehungsmöglichkeiten biete: Die Prepaid-Karten könnten im Ausland erworben werden und durch das Angebot des internationalen Roamings in Deutschland eingesetzt werden, denn mit Ausnahme von Frankreich würden die Prepaid-Kundendaten im Ausland nicht erhoben. Strohleute könnten für den Erwerb eingesetzt werden und auch die Einführung der Kontrollpflicht durch Vorlage von Ausweispapieren trage nichts zur Geeignetheit bei, da die ungeschulten Verkäufer leicht durch manipulierte Ausweispapiere getäuscht werden könnten.⁶¹²

Auch die Zweckmäßigkeit wird bezweifelt: Rund 50 % der Prepaid-Produkte würden innerhalb eines Jahres nach Kauf verschenkt, getauscht oder weiterverkauft.⁶¹³ Die übernehmenden Dritten ließen sich gerade nicht nachregistrieren,⁶¹⁴ so dass die Kenntnis der Daten nicht bedeute, dass tatsächlich auch die Person das Handy benutzt habe, deren Daten ursprünglich gespeichert worden seien.

Im Übrigen sei die Datenerhebung von knapp 32 Mio. Prepaid-Kunden nicht mit dem Ziel der Datenvermeidbarkeit und -sparsamkeit aus § 3 a BDSG vereinbar. Auch werde die anonyme Kommunikation, die sowohl durch die deutsche als auch durch die europäische Rechtsordnung begünstigt werde, hierdurch unmöglich. So schrieben §§ 4 VI TDDSG, 18 MDStV vor, dass Anbieter von Tele- und Mediendiensten eine anonyme Bezahlung oder eine Pseudonymisierung ermöglichen mussten. Dabei wurden bei Vergabe von Pseudonymen personenbezogene Daten durch eine Zuordnungsvorschrift derart verändert, dass die Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand von Kosten, Zeit und Arbeitskraft einer bestimmten Person zugeordnet werden konnten.⁶¹⁵ Bei den Tele- und Mediendiensten sei die Möglichkeit von vorbezahlten Wertmarken und Chipkarten als Beispiel in den Gesetzesmaterialien aufgeführt worden. Diese sind vergleichbar mit den Prepaid-Produkten im Mobilfunk.⁶¹⁶ Auch in Erwägungsgrund 33 der sog. Datenschutzrichtlinie werde darauf hingewiesen, dass Mitgliedsstaaten darauf hinwirken mussten, dass bei elektronischen

⁶¹¹ VG Köln, DuD 2002, 358.

⁶¹² Tiedemann, CR 2004, 95, 97.

⁶¹³ Hülsmann, aaO, S. 2:

⁶¹⁴ Tiedemann, CR 2004, 95, 97.

⁶¹⁵ Tiedemann, CR 2004, 95, 97.

⁶¹⁶ Tiedemann, CR 2004, 95, 98.

Kommunikationsdiensten alternative Funktionen entwickelt wurden, die einen anonymen Zugang zu den öffentlichen Kommunikationsdiensten ermöglichten.⁶¹⁷

Diese Argumente überzeugen nicht: Gerade das Beispiel Frankreich zeigt, dass es schon ein europäisches Land gibt, das diese Daten erheben lässt. Die EU-Datenschutzrichtlinie erlaubt den Mitgliedsstaaten, aus zwingenden Strafverfolgungs- und Sicherheitsinteressen Daten der Bürger zu erheben und zu verarbeiten.⁶¹⁸ Im übrigen hat sich die Sicht der Dinge nach den terroristischen Anschlägen des 11. Septembers 2001 auch in der EU gewandelt. So wurde den Mitgliedsstaaten vom Europäischen Rat in seiner Sitzung am 8.5.2003 empfohlen, rechtliche Maßnahmen zur Rückverfolgung der Verwendung von Guthabekarten für die Mobiltelefonie zu ergreifen.⁶¹⁹

Der mangelnden Zurückverfolgbarkeit bei Weitergabe an Dritte kann durch Sensibilisierung der Kunden leicht entgegengetreten werden. Weiß der Kunde, wofür diese Daten gespeichert werden, wird er darauf achten, dass bei Weitergabe der Prepaid-Produkte an Dritte die Daten in der Kundendatei geändert werden. Eine solche Änderung der Daten durch den Telekommunikationsdiensteanbieter ist in § 111 I 3 TKG nF vorgesehen.

Verkäufer können geschult werden, um verfälschte Ausweise besser erkennen zu können. Dass dies möglich ist, zeigten die Schulungen bei Einführung des EURO.

Es bleibt auch zu bedenken, dass die Erhebung der Kundendaten zwingende Voraussetzung für die Auskunftsansprüche der Strafverfolgungsbehörden ist. Sie ist erforderlich, um im Vorfeld der organisierten Kriminalität und des Drogenhandels die erforderlichen Informationen durch richterliche Anordnungen gemäß §§ 100 a ff. StPO zu erhalten. Ohne sie käme dies einer Handlungsanweisung für Kriminelle, sich der Telekommunikationsüberwachung zu entziehen, gleich. Es bestände weiter eine immense Lücke bei Straftaten mit hohem kriminellem Unwertgehalt.⁶²⁰ Diese hatte sich mittlerweile bei den Straftätern herumgesprochen und wird in nahezu allen Deliktsbereichen ausgenutzt, um die Beweisführung der Ermittler unmöglich zu

⁶¹⁷ Tiedemann, CR 2004, 95, 98.

⁶¹⁸ Enderle, MMR 2002, 565.

⁶¹⁹ Dok. 7807/ 03, zitiert in BVerwGE 6 C 23.02, Abs. 37.

⁶²⁰ Tiedemann, CR 2004, 95, 97.

machen.⁶²¹

Auch zum Schutz vor internationalem Terrorismus ist die Zurückverfolgbarkeit von Mobilfunkteilnehmern, wie jüngst die Anschläge in Madrid am 11.3.2004 gezeigt haben, von elementarer Bedeutung.⁶²²

Die rasante Entwicklung in der Mobilfunktechnologie und der Nutzen, der unter anderem aus der Ortsunabhängigkeit von Straftätern gezogen wird, zeigt, dass der Staat, um sich in Zukunft wirkungsvoll gegen terroristische Übergriffe und andere kriminelle Vorgehensweisen verteidigen zu können, die anfangs gewährte Freiheit wieder einschränken muss.

Der Gesetzgeber hat sich in der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes dazu entschlossen, die Daten durch die Telekommunikationsunternehmen erheben zu lassen. Dass der Staat hier eine Vorratsspeicherung von Daten vornimmt, ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, im Wandel der heutigen Zeit jedoch notwendig, damit der Staat seine Aufgaben der Verbrechensbekämpfung und des Staatsschutzes wirkungsvoll wahrnehmen kann.

ff. Erhebung der Kundendaten durch Private

Problematisch könnte es jedoch sein, dass der Staat diese Pflicht Privaten aufbürdet. Die Entscheidung der Frage der Rechtmäßigkeit hängt hierbei davon ab, in welcher Funktion die Diensteanbieter ihre Aufgabe der Datenerhebung und -vorhaltung erfüllen.

(1) Formen der Übertragung von Aufgaben auf Private

Der Staat hat verschiedene Möglichkeiten, Private mit Staatsaufgaben zu betrauen: als Beliehene, Verwaltungshelfer, Verwaltungssubstituenten, in einem staatlich gebundenen Beruf oder durch Indienstnahme Privater.

1. Beliehene werden durch einen Hoheitsakt mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und erfüllen eine bestimmte Verwaltungsaufgabe in Selbstverantwortung.
2. Ein Verwaltungshelfer wird im Rahmen des technischen Vollzuges oder der technischen Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe einbezogen. Diese Aufgabe bleibt

⁶²¹ Tiedemann, CR 2004, 95, 97.

im staatlichen Zuständigkeitsbereich und der Private erhält keine eigenen Hoheitsbefugnisse.

3. Eine Verwaltungssubstitution liegt dann vor, wenn eine bestimmte Verwaltungsaufgabe aus der staatlich-verwaltungsmäßigen Zuständigkeit entlassen wird und der Private diese Aufgabe selbständig wahrnimmt und somit die Verwaltung ersetzt.

4. Bei staatlich gebundenen Berufen gestaltet der Gesetzgeber Berufsbilder bzw. Berufsqualifikationen derart aus, dass der Berufsträger in die Lage versetzt wird, bestimmte Aufgaben, die im Verwaltungsinteresse liegen, eigenverantwortlich zu erfüllen. Hierbei handelt es sich um Aufgaben, die der Staat wahrgenommen wissen will, jedoch selbst keine kompetentielle Verantwortung übernehmen will.

5. In Ermangelung oder zur Schonung eigener Mittel geschieht die Indienstnahme Privater. Hierbei wird der Private Partner eines öffentlich-rechtlichen Kooperationsverhältnisses. Dort ist er grundsätzlich hoheitlichen Einwirkungen besonderer Art unterstellt, hat selbst keine hoheitlichen Amtsbefugnisse, sondern bleibt Privatrechtssubjekt. Den Privaten werden also berufliche oder gewerbliche Selbst- bzw. Eigenständigkeiten im Rahmen der betreffenden Aufgabenerfüllung belassen.⁶²³

(2) Klassifizierung der Aufgabe der Telekommunikationsdiensteanbieter

Die Telekommunikationsdiensteanbieter sollen Kundendaten erheben und in einer der Regulierungsbehörde zugänglich zu machenden Kundendatei speichern. Die Daten müssen so vorgehalten werden, dass bei dem Abruf der dafür zuständigen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post der Anbieter hiervon keine Kenntnis erlangt, § 112 I 6 TKG nF. Die Regulierungsbehörde wacht darüber, dass der Anbieter seine Aufgabe korrekt erfüllt. Hierfür stehen der Behörde mehrere Anordnungsbefugnisse und Maßnahmen zur Verfügung, wie Verhängung von Zwangsgeldern, § 115 TKG nF.

Eine Entschädigung für die Bereitstellung der Kundendaten, wie Rufnummer, Name und Datum des Vertragsbeginns, wird ausdrücklich nicht gewährt, § 113 I 5 TKG nF. Die Diensteanbieter stehen bei der Kundendatenerhebung im Dienst einer originären

⁶²² Vgl. Plenarprotokoll 798 Bundesrat, Stenografischer Bericht, 798. Sitzung, 2. April 2004, 140 C.

Staatsaufgabe, nämlich der Sicherheitsaufgabe im Sinne des G 10, der StPO und des TKG. Sie werden lediglich im Rahmen dieser konkreten Aufgabenerfüllung herangezogen und nicht selbst zu entsprechenden Aufgabenträgern. Demnach liegt keine Privatisierung, Verwaltungssubstitution oder Beleihung vor. Vielmehr bleiben die Abhörmaßnahmen und -befugnisse im Verantwortungsbereich des Staates. Da der Telekommunikationsdiensteanbieter nur am Rande und nur im Rahmen seiner Durchführung zu unterstützenden Dienstleistungen verpflichtet wird, kann von einem staatlichen Beruf nicht die Rede sein. Das Berufs- oder Gewerbeprofil wird durch die Zusatzaufgabe der Erhebung und Speicherung der Kundendaten nicht verändert. Vorliegend kommt demnach nur die Indienstnahme Privater oder Verwaltungshilfe in Betracht.

Eine Indienstnahme Privater würde gegeben sein, wenn die Diensteanbieter zur Erhebung der Daten selbständig eine äußerst aufwendige Entwicklung einer neuen Software betreiben müssten, um den staatlichen Leistungsanforderungen gerecht zu werden.

Vorliegend sollen die Diensteanbieter lediglich rein technische und untergeordnete Leistungen erbringen, so dass sie eher als Verwaltungshelfer anzusehen sind.

Die Zuordnung zu den letzten beiden Gruppen kann jedoch auch dahingestellt bleiben, da letztlich keine substantiellen Unterschiede zwischen ihnen gemacht werden. Es gelten für sie dieselben Grundsätze.

(3) Vereinbarkeit der entschädigungslosen Übertragung der Aufgabe auf Private mit Art. 12 GG

Die Regelung des § 111 TKG nF muss sich am Maßstab des Art. 12 GG messen lassen.⁶²⁴

§ 111 TKG nF regelt mit der Pflicht zur Datenspeicherung auch der Prepaid-Kunden die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit des Diensteanbieters und ist damit eine Berufsausübungsregelung.⁶²⁵ Eine solche wird durch eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert.⁶²⁶

⁶²³ Vergleich zu diesem Themengebiet *Scholz*, Archiv PT, 1995, 169, 177.

⁶²⁴ BVerfGE 33, 240, 244 ff..

⁶²⁵ Vgl. BVerfGE 30, 292, 313.

⁶²⁶ *Jarass/Pieroth*, (Fn. 604) Art. 12 Rn. 23.

Dieser Zweck liegt, wie eingangs schon erörtert, in der Förderung des Staatsschutzes und der Strafverfolgung. Hierbei handelt es sich zweifellos um vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls, die Verfassungsrang genießen.⁶²⁷ Ohne die Diensteanbieter wäre es dem Staat kaum möglich, die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs zu bewerkstelligen, so dass er auf eine Mitwirkung der Diensteanbieter angewiesen ist.⁶²⁸ Die Maßnahme der Verpflichtung der Anbieter ist geeignet um zumindest den Zweck zu fördern. Die Erforderlichkeit, dass heißt die Nichtexistenz eines mildereren Mittels, ist jedoch fraglich. Die Anbieter sollen ihre Aufgabe ohne jegliche Entschädigung staatlicherseits durchführen, § 111 Absatz 1 Satz 4 TKG nF. Milder wäre es natürlich, ihnen eine gewisse Entschädigung zu zahlen. Bei dieser Sicht der Dinge wäre eine kostenlose Indienstnahme Privater bzw. die Inanspruchnahme Privater als Verwaltungshelfer jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht nie erforderlich. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht die Kostentragungspflicht noch nicht isoliert betrachtet. Diese Frage wird stets bei der Zumutbarkeit diskutiert. Hierfür wurden im Großen und Ganzen drei Fallgruppen durch das Bundesverfassungsgericht gebildet, die zur unterschiedlichen Bewertung der Ausgleichspflicht durch den Staat geführt haben:

1. Zunächst gibt es die Gruppe der Privaten, die in einer besonderen Sach- und Verantwortungsnähe zur staatlichen Aufgabe stehen. Beispiele hierfür stellen die Verpflichtung der Tabakhersteller für Warnhinweise auf ihren Produkten dar oder die Pflicht der Arbeitgeber, die Kirchenlohnsteuer für ihre Arbeitnehmer aufgrund ihrer Fürsorgepflicht abzuführen. Für solche Fälle ist eine Kostenerstattungspflicht nicht gegeben.⁶²⁹

2. Weiter existiert eine Fallgruppe, bei der die Privaten kein eigenes Interesse an der Erfüllung der Aufgabe haben und auch keine besondere Sachnähe zur staatlichen Aufgabe aufweisen. Hierbei soll die Inanspruchnahme nur dann verfassungsgemäß sein, wenn eine Entschädigung gewährt wird.⁶³⁰ Ein Beispiel stellt die Verpflichtung der Arbeitgeber dar, Mitarbeiter für Jugendpflege bezahlten Sonderurlaub zu gewähren.⁶³¹

3. Schließlich gibt es die Fälle, in denen die Tätigkeit nicht unternehmensfremd ist, die

⁶²⁷ BVerfGE 49, 24, 56f.; BVerfG NJW 2003, 1787, 1789; *Scholz*, ArchivPT 1995, 169, 185.

⁶²⁸ *Schenke*, AÖR 125 (2000), 1 ff.; *Scholz*, ArchPT 1995, 169, 185.

⁶²⁹ BVerfGE 95, 173; 44, 103; v. *Hammerstein*, MMR 2004, 222, 224.

⁶³⁰ BVerfGE 68, 115.

Belastungen durch die kostenlose Erfüllung der staatlichen Aufgabe gering sind und aufgrund der überwiegenden Interessen des Allgemeinwohls als zumutbar anzusehen sind. Hierbei dürfen der Gesamtgewinn nicht maßgeblich beeinflusst und nur einzelne Betriebsmittel gebunden werden. Hierzu zählen unter anderem die Abführung der Kuponsteuer durch die Banken.⁶³²

In die letztgenannte Gruppe fällt das Führen der Kundendatei auch für Prepaid-Kunden. Die Diensteanbieter erheben die Daten der Vertragskunden für eigene Zwecke, um eine Abrechnung und korrekte Erfüllung der Telekommunikationsdienste zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist die Pflicht, nun auch die Daten der Prepaid-Kunden zu erheben und in die Kundendatei einzustellen, nicht unternehmensfremd. Theoretisch betrachtet müsste diese Datei lediglich erweitert werden. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Mobilfunknetzbetreiber bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.10.2003 von der Regulierungsbehörde durch deren Leitlinien verpflichtet worden waren, diese zu erheben, und durch das Verwaltungsgericht Köln bis Ende des Rechtsstreits durch eine einstweilige Verfügung angehalten waren, dieser Pflicht weiter nachzukommen. Die vier großen Diensteanbieter haben aufgrund der damaligen bevorstehenden Gesetzesänderung des TKG auch nach der endgültigen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu ihren Gunsten weiterhin auch die Kundendaten für Prepaid-Produkte erhoben. Demnach kann nicht von einer großen zusätzlichen Belastung der Diensteanbieter gesprochen werden. Die Infrastruktur zur Erhebung der größeren Datenmenge besteht bereits aufgrund der gesetzeswidrigen Handhabung vor dem Bundesverwaltungsgerichtsurteil. Die Diensteanbieter müssen demnach keine größeren Änderungen an ihrer Soft- und Hardware vornehmen, um die durch das neue TKG nun rechtmäßig gestellte Aufgabe zu erfüllen. Die Mehrbelastung der Erhebung der Kundendaten ist demnach nur geringfügig und unter Berücksichtigung des überragenden Gemeinwohlinteresses des Staatsschutzes und der besseren Verbrechensbekämpfung als zumutbar anzusehen. Der Gesamtgewinn der Telekommunikationsdiensteanbieter dürfte hierdurch nicht maßgeblich beeinflusst werden, so dass sie ihre Tätigkeit nicht mehr gewinnbringend ausüben können.

Bei dieser Bewertung ist auch zu berücksichtigen, dass bereits geleistete

⁶³¹ BVerGE 85, 226.

⁶³² BVerfGE 22, 380; v. *Hammerstein*, MMR 2004, 222, 224.

Erweiterungen der Hard- und Software im Nachhinein aufgrund von Staatshaftungsansprüchen nicht gewährt werden müssen. Dies liegt an dem Grundsatz, dass Staatshaftungsansprüche dann ausscheiden, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht das Verhalten der Behörde als rechtmäßig angesehen hat und diese Ansicht vertretbar erscheint.⁶³³ Die oben dargestellte Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung hob die Entscheidung des OVG Münster zu Gunsten der Diensteanbieter auf. In seiner Entscheidung hatte das OVG die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Prepaid-Kundendaten aufgrund der ursprünglichen Gesetzesgrundlage des § 90 I TKG aF bejaht. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die Pflicht der Führung einer Kundendatei im Sinne des § 90 TKG aF voraussetzt, dass diese Daten auch erhoben werden. Das OVG sah § 90 TKG aF als selbständige Ermächtigungsgrundlage für die Diensteanbieter zur Erhebung auch von Prepaidkundendaten neben § 89 TKG aF an. Die beiden Vorschriften seien in ihrer Zielrichtung unterschiedlich: § 89 TKG aF gewähre den Mobilfunkunternehmen, Kundendaten unter den dort genannten Voraussetzungen zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen. Hierin sei eine Befugnis zum Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Kunden zu sehen. § 90 TKG aF hingegen sei eine Verpflichtung der Anbieter, ganz bestimmte Kundendaten in einer Kundendatei zu führen. Dies setze logisch betrachtet jedoch die Erhebung voraus, so dass dies nicht unbedingt ausdrücklich in der Vorschrift genannt sein müsse. Im Übrigen zeige auch die spezielle Ermächtigung der Regulierungsbehörde, auf Verstöße gegen die Verpflichtung aus § 90 TKG aF zu reagieren, die es für § 89 TKG aF nicht gebe, dass es sich hierbei um zwei voneinander unabhängige Ermächtigungsgrundlagen zur Datenerhebung handele.⁶³⁴

Dass diese in sich schlüssige Ansicht völlig abwegig und daher unvertretbar ist, kann nicht behauptet werden. Dies hat die Konsequenz, dass die Mobilfunknetzbetreiber den Kostenaufwand für eine in der Vergangenheit erweiterte Soft- und Hardware nicht erstattet bekommen.

Die weitere Nutzung und Pflege dieser Soft- und Hardware ist nicht ein so großer Kostenfaktor, dass er beträchtlich ins Gewicht fällt, zumal nur die Hälfte dieser Kosten für Prepaid-Kunden und demnach ausschließlich im staatlichen Interesse anfällt. Ein

⁶³³ St. Rechtsprechung, BGHZ 17, 153, 158; 27, 338, 343; 117, 240, 250, 134, 268, 275.

⁶³⁴ OVG Münster, MMR 2002, 563.

Verstoß gegen Art. 12 GG aufgrund der kostenlosen Indienstnahme Privater ist folglich abzulehnen.

5. Fazit

1. Die Erhebung der Kundendaten für Prepaid-Produkte ist sowohl aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten als auch im Hinblick darauf, dass Private diese Daten kostenlos erheben und dem Staat abrufbar zur Verfügung stellen müssen, verfassungsrechtlich unbedenklich.
2. Durch die Änderung des TKG ist es zur Pflicht für die Diensteanbieter geworden, die Kundendatei auch bezüglich der Daten der Prepaid-Kunden zu führen.
3. Dies ermöglicht es, die Identität des Absenders durch die per SMS mitübertragene und grundsätzlich nicht manipulierbare Telefonnummer über den Diensteanbieter herauszufinden.
4. Der Kunde hat es in der Hand, sein Handy und dessen Nutzung zum Verschicken von SMS zu kontrollieren. Demnach ist es gerechtfertigt, dem Empfänger einer SMS den Anscheinsbeweis dahingehend zur Seite zu stellen, dass die Telefonnummer des Absenders ihn als Urheber der SMS erkennen lässt. Hiergegen kann er sich wehren, indem er Tatsachen vorträgt, die den Anscheinsbeweis erschüttern.
5. Es besteht weiter ein Anscheinsbeweis dahingehend, dass eine SMS inhaltlich unverfälscht übertragen und dem Gericht unverfälscht in einem Rechtsstreit vorgelegt wird.

III. Anwendung der Vorschriften des Urkundsbeweises (§§ 415 ff. ZPO) auf die SMS

Nach Feststellung der Anwendbarkeit der Regeln über den Anscheinsbeweis auf die SMS bezüglich ihrer Authentizität und Integrität soll nun untersucht werden, ob nicht noch ein Schritt weitergegangen werden kann und die Vorschriften über den Urkundsbeweis in der ZPO angewendet werden können und sollten.

1. Direkte Anwendung der Urkundsvorschriften in der ZPO auf die SMS

Der Begriff der Urkunde ist im Gesetz nicht definiert. Die Tatbestandsmerkmale bestimmen sich deshalb nach dem, was eine Urkunde im Zivilprozess leisten muss.⁶³⁵

Danach hat sich folgende Definition durchgesetzt: Eine Urkunde ist eine Gedankenäußerung, die sich auf einem gegenständlich und räumlich abgegrenzten Träger befindet und unmittelbar aus sich heraus wahrgenommen werden kann. Man spricht auch von einer Verkörperung eines Gedankens in Schriftzeichen.⁶³⁶

Dass eine SMS eine Gedankenäußerung sein kann, daran besteht kein Zweifel. Sie ist eine elektronische Willenserklärung bestehend aus 140 Byte.⁶³⁷ Fraglich ist jedoch, ob sie sich auf einem gegenständlich und räumlich abgegrenzten Träger befindet, also verkörpert ist.

Die Kurznachricht wird dadurch erzeugt, dass sie mit Hilfe der Tastatur des mobilen Endgeräts erstellt und auf dem Display sichtbar gemacht wird. Sie kann auf der SIM-Karte dauerhaft gespeichert werden. Zum Versenden wird sie über das Mobilfunknetz geschickt, bis sie das mobile Endgerät des Empfängers erreicht und dort auf dessen SIM-Karte zum Abruf gespeichert wird. Sie kann jederzeit von der SIM-Karte gelöscht, jedoch nicht geändert werden.

Nach Empfang ist die SMS auf der SIM-Karte des Empfängers gespeichert und, falls der Erklärende sie gespeichert hat, auch auf dessen SIM-Karte. Daraus könnte geschlossen werden, dass die SMS auf einer Speichereinheit der SIM-Karte gesichert und damit auf ihr verkörpert ist. Hiergegen spricht jedoch, dass die Kurzmitteilung

⁶³⁵ Zoller, NJW 1993, 429 (430).

⁶³⁶ vgl. statt aller: BGHZ 65, 300; OLG Köln, CR 1991, 612; *Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann⁶⁴-Hartmann* (492), Übers. § 415, Rn. 5; *Zöller²⁵-Stephan* (Fn. 464), § 416, Rn. 1; *Thomas/ Putzo²⁷-Reichold* (Fn. 481), Vorbem. § 415, Rn. 1; *MüKo-ZPO-Schreiber*, Band 2 §§ 355-805² (2000) § 415 Rn. 4 f.; Ebbing, CR 1996, 771, 774; Heun, CR 1995, 2,3; von Sponeck, CR 1991, 269, 270; Zoller, NJW 1993, 429, 430 ff.; *Bizer*, DuD 1993, 619, 622 f.; *Geis*, CR 1993, 653, 654.

während des Übertragungsvorganges ihre Verkörperung verliert und erst beim Empfänger diese wiedererlangt. Gegenstand des Rechtsverkehrs ist demnach nicht die SIM-Karte, sondern die Erklärung.⁶³⁸ Sie wird lediglich mit Hilfe eines mobilen Endgeräts sichtbar gemacht. Sie muss wie jedes elektronische Dokument lesbar gemacht werden.⁶³⁹ Es handelt sich hierbei um ein Derivat der SMS, nicht um ihre Verkörperung.⁶⁴⁰ Die Darstellung auf dem Display ist flüchtig.

Auch hinsichtlich der Wahrnehmbarkeit aus sich heraus kann die SMS wie andere digitale Dokumente nicht als Urkunde anerkannt werden.⁶⁴¹ Es bedarf stets eines mobilen Endgeräts mit der SIM-Karte, auf welcher sich die SMS befindet, um sie zu lesen.

2. Analoge Anwendung der Urkundsvorschriften in der ZPO auf die SMS

Kann die SMS nicht unter den Begriff der Urkunde direkt subsumiert werden, besteht die Frage, ob eine analoge Anwendung der Beweisvorschriften über die Urkunde möglich ist. Die analoge Anwendung dürfte dem Sinn und Zweck der Urkundsvorschriften der ZPO nicht widersprechen: Die SMS müsste der Schrifturkunde in prozessualer Hinsicht wesensmäßig gleich sein.⁶⁴²

Die Schrifturkunde erfüllt zwei Wesensmerkmale: die Fälschungssicherheit und die Verkehrsfähigkeit.⁶⁴³ Aus diesem Grund besitzt der Urkundsbeweis im Zivilprozess einen so hohen Stellenwert.⁶⁴⁴

Die Vorschriften, die die Vorlagefähigkeit voraussetzen, gehen von der Verkehrsfähigkeit aus (so z.B. §§ 134 I, 420, 595 III ZPO).

Durch ihre Verkehrsfähigkeit ermöglicht es die Schrifturkunde, jederzeit von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen zu können. Diese Eigenschaft ist nicht gegeben, wenn der

⁶³⁷ *Turowski/ Pousttchi*, Mobile Commerce (2004) 86.

⁶³⁸ Vgl. zur allgemeinen Problematik der Verkörperung digitaler Dokumente: BVerwGE 85, 169, 171; *Fringuelli/ Wallhäuser*, CR 1999, 93; *Abel*, MMR 1998, 644, 645; *Spindler* MMR 1998, 119, 121; *Ebbing*, CR 1996, 271, 274; *Heun*, CR 1995, 2, 3.

⁶³⁹ Vgl. *Heun*, CR 1995, 2, 3; *Geis*, CR 1993, 653, 654.

⁶⁴⁰ So zur E-Mail: *Heun*, CR 1995, 2, 3; zum elektronischen Dokument: *Geis*, CR 1993, 653, 654.

⁶⁴¹ Vgl. auch *Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann⁶⁴-Hartmann* (Fn. 492), § 415, Rn. 3; *Zöller²⁵-Stephan* (Fn.464), vor § 415 Rn. 2.

⁶⁴² So zum digitalen Dokument: *Abel*, MMR 1998, 644, 645.

⁶⁴³ *Vehslage*, K&R 2002, 531, 532; *MüKo-ZPO-Schreiber* (Fn. 636), § 415 Rn. 3; *Tschentscher*, CR 1991, 141, 146.

⁶⁴⁴ *MüKo-ZPO-Schreiber* (Fn. 636) § 415 Rn. 4, 6 m.w.N.

Inhalt nur mit sehr aufwendigen technischen Hilfsmitteln wahrnehmbar ist.⁶⁴⁵ Die unmittelbare Wahrnehmbarkeit des Erklärungsinhalts kann nicht ausschlaggebend sein für die Verkehrsfähigkeit. Sonst müsste fremdsprachigen Urkunden, die nur mit Hilfe eines Dolmetscher gelesen werden können, die Urkundseigenschaft mangels Verkehrsfähigkeit abgesprochen werden.⁶⁴⁶ Diese sind jedoch allgemein als Urkunden anerkannt.⁶⁴⁷

Die SMS ist nicht unmittelbar wahrnehmbar, da sie nur mit Hilfe eines mobilen Endgeräts, in das die SIM-Karte, auf der sie sich befindet, eingesteckt wird, wahrgenommen werden kann. Doch dies kann verglichen mit fremdsprachigen Urkunden nicht ausschlaggebend sein. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass eine SMS heute fast genauso einfach wahrgenommen werden kann, wie eine Schrifturkunde. Ein mobiles Endgerät ist aufgrund seiner starken Verbreitung in der Bevölkerung fast überall vorhanden. Die SIM-Karte kann aufgrund ihrer genormten Größe in jedes Handy eingeführt und von dort gelesen werden. Demnach macht es keine große Mühe, ein SMS im Prozess lesbar zu machen.

Bezüglich der Verkehrsfähigkeit ist sie mit einer Urkunde vergleichbar.⁶⁴⁸

Das zweite Merkmal ist die Fälschungssicherheit. Hierbei handelt es sich nicht um die Frage der Echtheit. Unechte Urkunden, die von einem anderen Aussteller stammen als ersichtlich, gibt es im Strafprozess, jedoch nicht im Zivilprozess. Fälschungssicherheit bedeutet vielmehr die Erkennbarkeit von nachträglichen Änderungen.⁶⁴⁹ Bei Schrifturkunden können Veränderungen grundsätzlich durch Radierungen oder Streichungen oder ähnlichem mit bloßem Auge erkannt werden.⁶⁵⁰

Bei der SMS sind Fälschungen durch Dritte oder die Beteiligten nur sehr schwer möglich.⁶⁵¹ Nach Übertragung einer SMS wird diese auf der SIM-Karte des Empfängers in dem nicht überschreibbaren Teil gespeichert. Bei Vorlage dieser SMS ist es also nahezu ausgeschlossen, dass es zu einer Fälschung gekommen ist. Ganz ausgeschlossen kann dies nie sein, da bislang noch unbekannte Hackermethoden eine Änderung des Inhalts ermöglichen könnten. Die SMS kann also nicht generell als

⁶⁴⁵ Abel, MMR 1998, 644, 647.

⁶⁴⁶ Abel, MMR 1998, 644, 648.

⁶⁴⁷ MüKo ZPO- *Schreiber* (Fn. 636), § 415 Rn. 4 m.w.N.

⁶⁴⁸ So auch *Ebbing* zur Verkehrsfähigkeit einer Textdatei auf einem Computer, da die Nutzung eines Computers heute selbstverständlich sei: *Ebbing*, CR 1996, 271, 274.

⁶⁴⁹ *Vehslage*, K&R 2002, 531, 532.

⁶⁵⁰ Vgl. *Abel*, MMR 1998, 644, 646.

⁶⁵¹ Vgl. S.23 ff..

fälschungssicher gelten. Jedoch besteht auch bei der Schrifturkunde die Möglichkeit originalgetreuer Fälschungen, die nicht erkennbar sind.

Schrifturkunden sind stets im Original vorzulegen, § 420 ZPO. Eine SMS wird jedoch nur in Ausnahmefällen im Original noch vorhanden sein, da der Absender diese oftmals nicht speichert. Es ist vielmehr das Abbild der SMS, so wie sie nach ihren Umwandlungen auf dem Weg durch das Mobilfunknetz beim Empfänger ankommt, welches im Rechtsverkehr von Bedeutung sein könnte.⁶⁵² Fraglich ist jedoch, was unter einem Original zu verstehen ist. Kommt es darauf an, dass der Aussteller selbst die Verkörperung des Gedankens vorgenommen hat? Oder kommt es vielmehr darauf an, dass der Inhalt vom Aussteller stammt und dieser in seinem Erscheinungsbild vom Aussteller autorisiert wurde?

Letzteres ist zu bejahen. Bei dem Begriff der Urkunde kommt es nicht darauf an, dass der Aussteller die Verkörperung selbst vorgenommen hat. Die Urkunde soll das Recht nur beweisen, nicht beinhalten.⁶⁵³

Ansonsten wäre das Merkmal der Echtheit der Urkunde immanent und es gäbe keine unechten Urkunden. Dass das Gesetz jedoch davon ausgeht, dass es auch unechte, d.h. nicht vom Ausstellerwillen getragene Urkunden gibt, zeigt § 416 ZPO. Diese Vorschrift unterscheidet zwischen Urkundsqualität und Echtheit.⁶⁵⁴

Demnach scheidet eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Urkunde auf die SMS nicht an dem fehlenden Merkmal der eigenhändigen Wiedergabe des Ausstellers. Es kann von einer Autorisierung durch den Aussteller ausgegangen werden, wenn er eine SMS über die Leitungen des Mobilfunknetzes verschickt.

Es stellt sich jedoch die Frage, welchen Wert es für die SMS haben könnte, analog der Urkunde behandelt zu werden. Gäbe es einen beweisrechtlichen Vorteil im Vergleich zur Anwendung des Anscheinsbeweises?

Die Vorschrift der ZPO, die den Privaturkunden einen gehobenen Beweiswert zuordnet, § 416, setzt voraus, dass die Privaturkunde unterschrieben ist. Dann besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die darüberstehende Schrift echt ist, also vom Aussteller stammt, § 440 II ZPO. Dies gilt jedoch nur, wenn die Echtheit der Unterschrift zwischen den Parteien unstrittig oder bewiesen ist, § 439 ZPO. Der Beweis des Gegenteils ist zulässig gem. § 292 ZPO. Anders als bei der Erschütterung

⁶⁵² So zur E-Mail: *Heun*, CR 1995, 2, 3; *Geis*, CR 1993, 653, 654.

⁶⁵³ Eingehend: BGH WM 1967, 367; *Zoller*, NJW 1993, 429, 431.

eines Anscheinsbeweises muss der Gegner einen Hauptbeweis führen. Er ist erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache bewiesen ist.⁶⁵⁵ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird zugunsten des Beweisführers beschränkt und dadurch der Urkunde ein besonders hoher Beweiswert verliehen.⁶⁵⁶

Eine SMS wird nicht vom Aussteller eigenhändig unterschrieben. Die SMS könnte jedoch ein der Unterschrift vergleichbares Merkmal enthalten. Die eigenhändige Unterschrift wird von § 416 ZPO zunächst deshalb verlangt, damit die Unterschrift zweifelsfrei einer bestimmten Person zugeordnet werden kann (Identitätsfunktion) und hat zusätzlich die Funktion, eine unlösbare Verknüpfung zwischen dem Text der Erklärung und dem Unterschriftenzeichen des Ausstellers (Abschlussfunktion) herzustellen.⁶⁵⁷

Die eigenhändige Unterschrift wird verlangt, damit eine Identifizierung des Erklärenden an Hand des biometrischen Merkmals möglich ist.⁶⁵⁸

Die SMS kann natürlich mit einem über die Tastatur eingegebenen Namen oder Kürzel versehen werden. Dann wäre die Abschlussfunktion erfüllt. Anhand dieser Unterzeichnung könnte jedoch nicht wie bei einem biometrischen Merkmal festgestellt werden, ob die Unterschrift tatsächlich vom Aussteller stammt. Es besteht immer die Möglichkeit, dass ein anderer, der Zugriff auf das eingeschaltete Handy hatte, dies getan hat. Eine eindeutige Identifizierungsmöglichkeit besteht deshalb nicht. Hier ist es anders als bei dem Anscheinsbeweis, wo keine Bedenken bestanden, trotz der Möglichkeit der Nutzung des Handys durch einen Dritten den Anscheinsbeweis dahingehend zu bejahen, dass die SMS von dem Besitzer der Mobilstation stammt. Dies liegt daran, dass der Anscheinsbeweis nur zu erschüttern ist, nicht jedoch ein Gegenbeweis zur Überzeugung des Gerichts dahingehend geführt werden muss, dass das Handy durch einen Dritten genutzt worden ist. Bei dem Anscheinsbeweis genügt es, wenn diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist.

Dieselben Bedenken bestehen, sollte man in der stets mitübertragenen Telefonnummer am Ende der SMS, also abschließend, eine Unterschrift erblicken wollen. Zwar wird die Telefonnummer nicht durch den Besitzer der SIM-Karte gesetzt, jedoch könnte der Netzbetreiber, der die Übertragung der Telefonnummer in

⁶⁵⁴ Zoller, NJW 1993, 429, 431.

⁶⁵⁵ BGH, NJW 2002, 2101.

⁶⁵⁶ Abel, MMR 1998, 644.

⁶⁵⁷ Geis, NJW 1997, 3002; Heun, CR 1995, 2, 6; Seidel, CR 1993, 409, 412 f.

seinen Vermittlungsstellen veranlasst, als Vertreter des Kunden angesehen werden. Dem Verfasser der SMS wird es nicht bewusst sein, dass seine Mobilfunknummer mitübertragen wird, so dass hierbei auch nicht von einer Autorisierung des Netzbetreibers zur Vertretung durch den Verfasser gesprochen werden kann.

Nach alledem liegt keine eigenhändige Unterschrift bei einer SMS vor.

Es kann auch auf dieses Merkmal nicht verzichtet werden, selbst wenn die Gerichte in ihrer Telefax-Rechtsprechung⁶⁵⁹ dies zu tun scheinen. Dies ist jedoch nur oberflächlich betrachtet der Fall. Hiernach soll es genügen, wenn bestimmende Schriftsätze durch Einreichung per Fax erfolgen. Sinn und Zwecke dieser Rechtsprechung besteht darin, dass die Parteien nicht von dem technischen Fortschritt des Fernmeldeverkehrs ausgeschlossen werden und die Möglichkeit erhalten sollen, die Einreichungsfrist bis zur letzten Minute ausschöpfen zu können. Das Fax wird nur dann als fristwahrender bestimmender Schriftsatz anerkannt, wenn die Kopiervorlage für das Fax unterschrieben war und als Original unverzüglich nachträglich zu den Akten gereicht wird.⁶⁶⁰

Die SMS kann demnach nur einer nicht unterschriebenen Urkunde gleichgestellt werden und unterläge dann der freien richterlichen Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO.⁶⁶¹

3. Fazit

Zwar ist eine SMS mit einer Urkunde vergleichbar, jedoch ergibt es für sie beweisrechtlich gesehen keinen Vorteil im Vergleich zum Anscheinsbeweis, wenn sie analog zu den Vorschriften über die Urkunden behandelt wird. Der hohe Beweiswert, den die Urkunde gem. § 416 ZPO erlangt, kann mangels eigenhändiger Unterschrift bzw. eines vergleichbaren Unterzeichnungsaktes nicht erreicht werden.

⁶⁵⁸ *Roßnagel/Pfitzmann*, NJW 2003, 1209, 1212.

⁶⁵⁹ Vgl. statt aller: BAG NJW 1989, 1822 ff.; BGH NJW 1990, 188; OLG Köln CR 1991, 612 m.w.N; LG Wiesbaden NJW 2001, 3636 ff..

⁶⁶⁰ Vgl. statt vieler: OLG Köln CR 1991, 612 m.w.N; LG Wiesbaden NJW 2001, 3636, 3637.

⁶⁶¹ Vgl. zur nicht unterschriebenen Urkunde: BGHZ 53, 245, 256; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann⁶⁴-Hartmann* (Fn. 492), § 416 Rn. 3; *Thomas/Putzo²⁷-Reichold* (Fn. 481), § 440, Rn. 1 ; *Seidel*, CR 1993, 409, 412.

IV. Anwendung der Vorschrift des § 371 a ZPO auf die SMS

Da die SMS kein digital signiertes elektronisches Dokument nach dem Signaturgesetz darstellt, kann § 371 a ZPO, der dies voraussetzt, nicht direkt angewendet werden.

Wie bei den Urkundsvorschriften lässt sich fragen, ob eine analoge Anwendung in Betracht kommt.

§ 371 a ZPO ist durch Art. 1 Nr. 29 JKomG mit Wirkung vom 01.04.2005 in die ZPO eingefügt worden und löst die vorherige Regelung des § 292 a ZPO über die digitale Signatur ab. § 292 a ZPO a.F. ist in den Absatz 1 Satz 2 des § 371 a ZPO aufgenommen worden. § 292 a ZPO a.F. wurde durch die Neufassung in § 371 a Absatz 1 Satz 2 ZPO dahingehend erweitert, dass die neue Vorschrift nicht mehr nur auf Willenserklärungen, sondern auf alle Arten der elektronischen Erklärung anwendbar ist. Der Gesetzgeber wollte hierdurch die Bedeutung der qualifiziert elektronisch signierten Dokumente im Rechtsverkehr stärken.⁶⁶² Dadurch unterfällt die qualifiziert signierte E-Mail nicht mehr der freien und ergebnisoffenen Beweiswürdigung des Gerichts gemäß § 286 ZPO.⁶⁶³

Durch § 371 a Absatz 1 Satz 1 ZPO wird nunmehr die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Beweiskraft der Privaturkunde für Dokumente mit einer qualifizierten elektronischen Signatur angeordnet. Dies bedeutet, dass ein qualifiziert signiertes Dokument vollen Beweis dafür erbringt, dass der Inhaber des Signaturschlüssels auch der Urheber der Erklärung ist, §§ 371 a Absatz 1 Satz 1; 416 ZPO.

Bei einer schriftlichen Privaturkunde muss bei fehlender Anerkennung der Privaturkunde durch den Gegner voller Beweis für die Echtheit der Urkunde erbracht werden, § 440 Absatz 1 ZPO. Hiervon macht § 371 a ZPO für die elektronischen Dokumente, für die sich nach dem Signaturgesetz die Echtheit ergibt, eine Ausnahme.⁶⁶⁴ Durch Absatz 1 Satz 2 des § 371 a ZPO wird der Anscheinsbeweis der Echtheit einer qualifiziert signierten elektronischen Erklärung angeordnet.⁶⁶⁵ Im Gegensatz zur Schrifturkunde ist deswegen kein Vollbeweis darüber zu führen, dass die Signatur dem Dokument willentlich vom Signaturschlüsselinhaber beigefügt

⁶⁶² Amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz, BT-Drs. 15/ 4067, S. 83.

⁶⁶³ Schmidl, CR 2002, 508, 514.

⁶⁶⁴ Saenger-Eichele (Fn. 491), § 371 a, Rn. 4.

⁶⁶⁵ Saenger-Eichele (Fn. 491), § 371 a Rn. 1; Thomas/ Putzo²⁷-Reichold (481), § 371 a, Rn. 2; Zöller²⁵-Greger (Fn.464), § 292 a Rn. 2.

wurde.⁶⁶⁶ Von der Echtheit ist die Unverfälschtheit zu unterscheiden, also das Fehlen nachträglicher Veränderungen. Der gesetzliche Anscheinsbeweis erfasst nur die Echtheit der Erklärung und bezieht sich daher lediglich auf die elektronische Dokumentation und nicht auf das Fehlen nachträglicher Verfälschungen.⁶⁶⁷

Dieser gesetzlich angeordneten Anscheinsbeweis kann nur durch Tatsachen entkräftet werden, die ernstliche Zweifel daran begründen, dass die Erklärung nicht mit dem Willen des Signaturschlüsselinhabers abgegeben worden ist, den Anschein der Echtheit der elektronischen Willenserklärung also erschüttern.⁶⁶⁸ Diese Entkräftungsmöglichkeit wird zum Teil als kritisch angesehen, da so der Signaturschlüsselinhaber vortragen könnte, dass ein Dritter die Möglichkeit zur Verfügung über die qualifizierte Signatur besitze, da er diesen in einem anderen Zusammenhang hierzu autorisiert hatte.⁶⁶⁹

Anders als bei dem von den Gerichten entwickelten Anscheinsbeweis beruht der gesetzlich angeordnete Anscheinsbeweis nicht auf einem nach der Lebenserfahrung typischen Geschehensablauf, sondern auf der gesetzlichen Vorgabe.⁶⁷⁰ Als Grundlage für den gesetzlichen Anscheinsbeweis dient der verbriefte Sicherheitsstandard der qualifizierten elektronischen Signatur, wie er durch das Signaturgesetz festgelegt wird.⁶⁷¹ Letztlich ist Greger darin zuzustimmen, dass hinter der Vorschrift eine materiell-rechtliche Wertung dahingehend zu erkennen ist, dass der Inhaber eines zertifizierten Signaturschlüssels die Folgen des Missbrauchs zu tragen hat. Es obliegt ihm, die Wahrscheinlichkeit seiner Urheberchaft mit konkreten Tatsachen zu entkräften.⁶⁷²

In der praktischen Umsetzung scheidet jedoch diese vermeintliche Beweiserleichterung. Der Grund für diese Aussage liegt in Folgendem: Dass der

⁶⁶⁶ *Saenger-Eichele* (Fn. 491), § 371 a, Rn. 4; *Zöller²⁵-Greger* (Fn. 464), § 292 a Rn. 2.

⁶⁶⁷ *Baumbach/ Lauterbach/Albers/ Hartmann⁶⁴-Hartmann* (Fn. 492), Einf. vor 437-443, Rn. 1; *Saenger-Eichele* (Fn. 462), § 371 a, Rn. 4.

⁶⁶⁸ *Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann⁶⁴-Hartmann* (Fn. 492), § 371 a ZPO, Rn. 5; vgl. auch *Roßnagel*, NJW 2001,1817,1826.

⁶⁶⁹ *Dästner*, NJW 2001, 3469; *Oertel*, MMR 2001, 419, 420.

⁶⁷⁰ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 37; *Musielak⁴-Huber* (Fn. 486), § 292 a ZPO Rn. 12; *MüKo-ZPO-Prütting*, Aktualisierungsband (2002), § 292 a ZPO Rn. 10.

⁶⁷¹ *Musielak⁴-Huber* (Fn. 486), § 292 a ZPO, Rn. 13; *Viefhues/ Scherf*, K&R 2002, 170,172; Gegenäußerung des Bundesrates zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/ 4987, S. 44; *Kaiser/ Voigt*, K&R 1999, 445, 449.

⁶⁷² *Zöller²⁵-Greger* (Fn. 464), § 292 a ZPO, Rn. 2.

Anschein der Echtheit vom Gericht zugrunde gelegt wird, gilt nur dann, wenn der Signaturempfänger alle sechs Voraussetzungen der Signatur nach § 2 Nrn. 2, 3 SigG nachweisen kann. Dies wird jedoch spätestens an dem Nachweis der technisch-organisatorischen Sicherheit des Signaturverfahrens scheitern. Sollte dem Beweisführer dies in seltenen Fällen gelingen, dann ist er nicht mehr auf den Beweis des ersten Anscheins angewiesen.⁶⁷³ Es liegt vielmehr ein Vollbeweis vor.

In der Praxis kann nur ein Beweisführer, der eine akkreditierte Signatur als Beweismittel vorweisen kann, die Beweisvermutung des § 371 a ZPO in Anspruch nehmen. Eine akkreditierte Signatur ist eine Signatur, bei der vorab durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen und Prüf- und Bestätigungsstellen die Sicherheit des Zertifizierungsdienstes und der eingesetzten technischen Komponenten geprüft wurden.

Liegt eine solche akkreditierte Signatur vor, dann greift die technisch-organisatorische Sicherheitsvermutung des § 15 I 4 SigG und das Gericht muss die Echtheit der elektronischen Willenserklärung zugrunde legen, es sei denn, es bestehen ernstliche Zweifel daran, dass ohne den Willen des Signaturschlüsselinhabers die Willenserklärung in den Rechtsverkehr gelangt ist. Diese Vorschrift nimmt den Richtern, die häufig neuen technischen Entwicklungen skeptisch gegenüberstehen, die Entscheidung über die Anwendbarkeit der Regeln über den Anscheinsbeweis auf elektronische Willenserklärung ab und gibt ihnen den Erfahrungssatz für den Anscheinsbeweis vor.

Übertragen auf die SMS bedeutet dies, dass, wenn eine analoge Anwendung in Betracht gezogen werden soll, die SMS genauso sicher wie die qualifizierte elektronische Signatur sein muss. Da es zur Zeit bezüglich der SMS keine mit der akkreditierten Signatur vergleichbare Möglichkeit gibt, also eine auf ihre technisch-organisatorische Sicherheit vorab geprüfte SMS, kann schon deswegen von einer analogen Anwendung des § 371 a ZPO Abstand genommen werden. Es stellt sich in der praktischen Durchführung dasselbe oben geschilderte Problem der Beweisbarkeit der technisch-organisatorischen Sicherheit wie bei den qualifizierten Signaturen.

Eine analoge Anwendung des § 371 a ZPO ist demnach abzulehnen.

⁶⁷³ MüKo-ZPO-Prütting (Fn. 670), § 292 a, Rn. 9; *Roßnagel*, NJW 2001, 1817, 1826.

V. Konklusion: Einfügen ähnlicher Beweisvorschriften für die SMS wie die des § 371 a in die ZPO?

Fraglich ist, ob es sinnvoll wäre, eine vergleichbare Regelung auch für die SMS in die ZPO aufzunehmen.

Diese Möglichkeit ist jedoch zu verwerfen. Es sollte davon Abstand genommen werden, alle zukünftig möglich erscheinenden elektronischen Willenserklärungen und ihre Beweiskraft in einzelnen Gesetzen festzulegen. Dies wäre auf die Dauer gesehen und gerade im Hinblick auf die wahrscheinlich starke Entwicklung des M-Commerce und seiner unterschiedlichen Facetten gerade bezüglich des Austausches von Willenserklärungen mit dem üblichen Gesetzgebungsverfahren nicht möglich. Es müsste dann für jede neuartige Technologie ein Gesetz in dem Umfang des Signaturgesetzes ausgearbeitet werden. Dies ist bei der immer schneller werdenden Entwicklung gerade im Mobilfunkbereich illusorisch. So schnell, wie die Entwicklung in diesem Bereich voranschreitet, kann der Gesetzgeber nicht handeln. Das starre Gesetzgebungsverfahren eignet sich für eine sinnvolle und schnelle Anerkennung neuartiger Technologien im Rechtsverkehr nicht.

Die Lösung des Problems besteht darin, dass der Gesetzgeber nicht für jede neue Technik ein Gesetz erlässt, sondern ein allgemeingehaltenes Gesetz, in dem er festlegt, welche Anforderungen an Rechtsgeschäfte zu stellen sind, die über die neuen Medien abgeschlossen werden. In diesem Gesetz sollten Regelungen über die Fälschungssicherheit von Willenserklärungen seitens der Netze und der benutzten technischen Geräte generalklauselartig getroffen werden. Hierbei sollten die unbestimmten Rechtsbegriffe "erforderliche Sicherheit nach dem heutigen Stand der Technik" verwendet werden. Die nähere Ausgestaltung sollte wie im Signaturgesetz der Bundesregierung in Form einer Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Bereich der neuen Medien übertragen werden. Dann liegt es in der Hand der Exekutive, technische Regeln für die einzelnen Übertragungsmöglichkeiten aufzustellen. Ähnlich wie im Bundesimmissionsschutzrecht sollte der Bundesregierung eine Beteiligung der betroffenen Wirtschaftskreise aufgegeben und damit gewährleistet werden, dass ein Erfahrungsaustausch auf nationaler und internationaler Ebene mit Landesbehörden und Unternehmen sowie der Forschung stattfindet.

Gleichzeitig sollte in die ZPO eine Regelung über den Anscheinsbeweis zugunsten der

Integrität und Authentizität der Willenserklärungen im Bereich der neuen Medien unter der Voraussetzung eingeführt werden, dass die Vorgaben des Gesetzes über die neuen Medien zur Übertragung von Willenserklärungen erfüllt werden.

Diese Lösung bietet die größte Rechtssicherheit und Flexibilität im Bereich des M-Commerce.

Bis dahin muss mit dem Anscheinsbeweis bezüglich Integrität und Authentizität der SMS vorliebgenommen werden.

H. Endzusammenfassung

Diese Arbeit zeigt, dass die SMS durchaus eine gute Alternative zu den bislang genutzten Kommunikationsmitteln bei Vertragsschlüssen darstellt. Die Beurteilung aller Sicherheitsrisiken bei der Übertragung über das GSM-Netz ergibt, dass sie auch eine ausreichend sichere Lösung darstellt.

Im Rahmen der Behandlung der SMS als elektronische Willenserklärung ist mit Wiebe ein Umdenken zu fordern: Aufgrund der starken Technisierung im Geschäftsverkehr, bei dem die Kommunikationspartner immer mehr auf Technik vertrauen müssen, die sie selbst nicht beherrschen können, muss bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Willenserklärung die Bewertung der Interessen der Partner in den Vordergrund treten. Es gilt die Schäden, die durch den erlaubten Einsatz neuer Kommunikationsmittel wie der SMS entstehen, privatrechtlich zu verteilen. Dies kann nur durch eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Kommunikationspartnern vorgenommen werden. Das Verschuldensmerkmal tritt mangels Beherrschbarkeit der Kommunikationsmittel immer weiter in den Hintergrund, während das Risikoprinzip in den Vordergrund rückt und ersteres verdrängt.

Bezüglich der Abgabe einer Willenserklärung per SMS bedeutet die Anwendung des Risikoprinzips, dass eine Zurechnung versehentlich oder durch unberechtigte Dritte gesendeter Willenserklärungen dem vermeintlich Erklärenden nicht zugerechnet werden können. Grund hierfür ist, dass heute allein im Besitz einer Mobilfunkstation noch keine Bereitschaft zur Teilnahme am M-Commerce gesehen werden kann und hierin demnach keine Schaffung eines erhöhten Risikos liegt. Dies wäre jedoch Voraussetzung für eine Zurechnung nach dem Risikoprinzip.

Bei dem Zugang der SMS ist von einer verkörperten Willenserklärung unter Abwesenden auszugehen, so dass es zu einer Anwendung des § 130 Absatz 1 Satz 1 BGB kommt. Wichtig für den Zeitpunkt des Zugangs ist, dass die SMS, die heute noch eher als soziales Kommunikationsmittel dient, ausdrücklich oder konkludent als Geschäftsmedium vom Empfänger zugelassen worden ist. Ist dies durch einen Zusatz auf der Visitenkarte - "gerne auch per SMS" - in der Werbung oder gegenüber dem einzelnen Vertragspartner etwas durch Kontaktaufnahme mittels SMS geschehen, geht die Willenserklärung im Zeitpunkt der Möglichkeit der Speicherung der SMS im SMSC des Empfängers zu. Nur so kann eine angemessene Risikoverteilung zwischen

Erklärendem und Empfänger stattfinden. Der Empfänger trägt das alleinige Risiko des Funktionierens des SMSC seines Anbieters, da er es war, der diesen Anbieter gewählt hat und die geschäftliche Kommunikation per SMS über diesen Anbieter bewusst zugelassen hat. Bei fehlender Widmung der SMS als Geschäftsmedium geht die SMS nach allgemeinen Regeln mit Kenntnisnahme zu, also mit Lesen auf dem Display.

Beim Vertragsschluss via SMS ist bei der Beurteilung, ob ein Angebot vorliegt, zwischen der Nutzung der SMS als Teledienst (Premium-SMS) oder als Telekommunikationsdienst und damit als Übertragungsmedium zu unterscheiden. Bei den Telediensten liegt ein Angebot bereits mit Veröffentlichung der Telefonnummer des Diensteanbieters vor. Dies ergibt sich aus § 312 e Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BGB. Im Übrigen ist eine Entscheidung, ob ein Angebot vorliegt, in jedem Einzelfall durch eine Interessen- und Risikobewertung unter Berücksichtigung der technischen Standards zu treffen. Eine pauschale Einordnung nach Geschäftszweigen verbietet sich.

Hinsichtlich der Annahme des Angebots ist zu berücksichtigen, dass die SMS sofort zugeht. Aufgrund dessen, dass bei diesem Medium die Eilbedürftigkeit und Kurzfristigkeit im Vordergrund steht, kann der Anbietende mit einer sofortigen Annahme rechnen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn aufgrund der Komplexität des Angebots eine längere Überlegungszeit dem Empfänger des Angebots zuzubilligen ist.

Auch allgemeine Geschäftsbedingungen lassen sich trotz geringer Zeichenzahl bei Vertragsschluss per SMS durch einen Medienbruch einbeziehen: Hierfür bietet es sich an, die AGB auf einer Internetseite zu veröffentlichen. Bei einem veröffentlichten Angebot ist der nach § 305 Absatz 2 Nr. 1 BGB erforderliche Hinweis auf die AGB unter Angabe der Internetadresse, unter der die AGB zu finden sind, gleichzeitig zu veröffentlichen. Bei Angebotsunterbreitung durch den Kunden kann das Unternehmen seine AGB dadurch einbeziehen, dass es dem Kunden eine SMS mit Hinweis auf seine im Internet veröffentlichten AGB, inklusive Internetadresse, als abänderndes Angebot im Sinne des § 150 Absatz 2 BGB unterbreitet und eine Bestätigung des Kunden per SMS verlangt.

Grundsätzlich sind die Informationspflichten nach § 312 c BGB einzuhalten. Eine Ausnahme besteht nur im Rahmen des § 312 c Absatz 3 BGB. Den vorvertraglichen Informationspflichten kann durch einen externen Link auf eine Internetseite nachgekommen werden. Vertragliche Informationspflichten sind dadurch zu erfüllen,

dass sie dem Verbraucher zur Verfügung gestellt werden. Dies kann dadurch geschehen, dass die Informationen in die AGB auf der Internetseite integriert werden und zum Download bereitgestellt werden. Da den Unternehmer für den Zugang der Informationen die Beweispflicht trifft, ist von dem Verbraucher eine Bestätigung bezüglich der Erteilung der Informationen per SMS zu verlangen.

Die Informationspflichten des § 312 e BGB und des § 6 TDG gelten nur für Teledienste wie die Premium-SMS. Auch diesen Pflichten kann durch einen externen Link auf die Homepage des Unternehmens mit der Möglichkeit zum Download der Informationen nachgekommen werden.

Bei einem Verstoß gegen die Informationspflichten der §§ 312 c; 312 e BGB und § 6 Absatz 1 Nrn. 1, 2, 4 TDG kann ein Unterlassungsanspruch eines Konkurrenten gemäß §§ 3, 4 Nr. 11; 8 Absatz 1 Nr. 3 UWG gegeben sein. Auch Verbraucherschutzverbände können eine Unterlassungsklage gemäß § 2 Absatz 1, 2 Nr. 3; 3 UKlaG erheben. Bei einem Schaden des Kunden kann ein Schadensersatzanspruch aus §§ 241 Absatz 2; 280; 311 Absatz 2 Nr. 1 BGB bestehen. Bezüglich der Beweiskraft der SMS ist festzustellen, dass sowohl hinsichtlich ihrer Authentizität als auch ihrer Integrität ein Anscheinsbeweis zu Gunsten des Empfängers anzunehmen ist. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Urkundsbeweis und des § 371 a ZPO ist mangels eines praktischen Nutzens abzulehnen.