

## Subventionierte Mobiltelefone: Ungeklärte Fragen des Widerrufs von Kauf- und Mobilfunkvertrag

von Dr. Francis Limbach, Kiel

*Ob die Subventionierung von Mobiltelefonen bei Abschluss eines befristeten Dienstleistungsvertrags eine sonstige Finanzierungshilfe i.S.d. § 499 Abs. 1 BGB darstellt, ist vom Verfasser dieser Zeilen bereits erörtert worden (ZGS 2006, 332). Im Kontrast zu einer noch spärlichen Rechtsprechung hat das Schrifttum seither Anstöße geliefert, die weitere Ausführungen zur verbraucherrechtlichen Qualifizierung der betreffenden Vertragskonstruktion zweckmäßig erscheinen lassen. Im Fokus der nachfolgenden Untersuchung sind neben dem Problem der Vermischung von finanzierenden und Dienstleistungselementen im Mobilfunkvertrag auch die Qualifizierung der sog. „Provisionslösung“ und außerdem die Rechtslage, wenn der Handykaufvertrag – etwa als Fernabsatzvertrag – ein originäres Recht begründet.*

### I. Einleitung

Trotz der vor einigen Jahren verbreiteten Meldungen, die Subventionierung von Mobiltelefonen sei ein auslaufendes Modell, erfreut sich diese Vertragskonstruktion nach wie vor eines reichhaltigen Angebots der Mobilfunkunternehmer und einer gesunden Nachfrage auf Kundenseite. Zwar haben „Discount-Anbieter“, die auf verbilligte Handys größtenteils verzichten, mittlerweile ihren Markt gefunden. Die großen Anbieter setzen jedoch nach wie vor auf das Subventionierungsmodell und erweitern sogar ihr Angebot, etwa auf sog. „Netbooks“, besonders leichte tragbare Computer, die über eine mitgelieferte UMTS-Karte einen mobilen Internetzugang ermöglichen. Ferner subventionieren DSL-Betreiber ihre Breitbandrouter nach der gleichen Vertragskonstruktion;<sup>1</sup> man muss i.Ü. nicht lange im Internet suchen, um Zwischenhändler zu finden, die Mobilfunkverträge in Verbindung mit verbilligten Videospielekonsolen, Navigationsgeräten, Fernsehern, Digitalkameras, Motorrollern oder einfach nur mit einer Bargeldzahlung anbieten.

Soweit sich die Subventionierung auf Mobiltelefone bezieht, entspricht die Vertragskonstruktion folgendem Muster:<sup>2</sup> Ein Netzbetreiber oder ein Zwischenhändler (beides im Folgenden „Provider“) schließt mit einem Kunden einen regelmäßig auf zwei Jahre befristeten Vertrag zur Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen („Mobilfunkvertrag“), der dem Kunden insbesondere erlauben soll, mobile Telefongespräche zu führen oder sonstige Informationen über ein mobiles Endgerät zu versenden und zu empfangen. Dieser Vertrag kann innerhalb der festgelegten Laufzeit nicht ordentlich gekündigt werden. Zeitgleich mit dem Mobilfunkvertrag schließt der Kunde einen Kaufvertrag über ein Mobiltelefon. Vertragspartner kann der Provider selbst sein. In diesem Fall gewährt dieser dem Kunden einen substanziellen Preisnachlass auf das Gerät, den er über die Mobilfunkgebühren zu amortisieren hofft. Der Kaufvertrag kann aber auch mit einem unabhängigen Dritten geschlossen werden, welcher das Gerät im eigenen Namen verkauft, gleichzeitig als provisionsberechtigter Vertreter des Providers auftritt und für diesen den Mobilfunkvertrag mit dem Kunden abschließt. Auch dann kommt es zu einem Preisnachlass zugunsten des Käufers, den der Händler über die vom Provider gewährte Vertragsprovision finanziert. Letztendlich rechnet hier der

Provider damit, die gezahlte Provision durch zukünftige Mobilfunkgebühren auszugleichen. In beiden Vertragskonstellationen werden die Kaufverträge zum verbilligten Preis nur mit einem gleichzeitigen Mobilfunkvertrag geschlossen. Dennoch handelt es sich in erster Linie um zwei voneinander getrennte Verträge.

Zum einen ist auf die verbraucherdarlehensrechtliche Qualifizierung der Subventionierung von Mobiltelefonen bei gleichzeitigem Abschluss eines Mobilfunkvertrags einzugehen. Zum anderen sind die Folgen eines selbstständigen Widerrufsrechts in Bezug auf den Kaufvertrag zu erörtern. Ergebnis und Ausblick schließen diesen Beitrag ab.

### II. Widerruf des Mobilfunkvertrags gem. §§ 495 Abs. 1, 499 Abs. 1 BGB

#### 1. Allgemeines

Die Vorschrift des § 499 Abs. 1 BGB sieht die entsprechende Anwendung der meisten verbraucherdarlehensrechtlichen Regelungen vor, wenn der Unternehmer dem Verbraucher eine „sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe“ gewährt. Die sich stellende Frage ist, ob die Verbilligung eines Handys, gekoppelt an einen Mobilfunkvertrag, diesen Tatbestand erfüllt.<sup>3</sup>

Die Finanzierungshilfe wird definiert als „zeitweilige Überlassung von Kaufkraft an den Verbraucher in einer nicht als Darlehen oder Zahlungsaufschub zu qualifizierenden Form zur vorgezogenen Verwendung künftigen Einkommens für konsumtive oder investive Zwecke“.<sup>4</sup> Auf Grundlage dieser Definition stellt die Verbilligung eines Mobiltelefons bei gleichzeitigem Abschluss eines Mobilfunkvertrags nach der hier vertretenen Auffassung eine Finanzierungshilfe i.

1 Dazu Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl. 2008, § 499, Rn. 12a.

2 S. im Einzelnen: Coenenberg, Die bilanzielle Behandlung von Handysubventionen bei Mobilfunkunternehmen, 2007, S. 21 ff.; Köhler, Der Mobilfunkvertrag, 2004, S. 74; Marten/Köhler/Schlereth, DB 2003, 2713 f.; Steinhöfel, GRUR 1998, 27.

3 Dazu im Einzelnen Limbach, ZGS 2006, 332, 335 ff.

4 S. MünchKomm-BGB-BGB/Schürmbrand, 5. Aufl. 2008, § 499, Rn. 23.

S.d. § 499 Abs. 1 BGB dar:<sup>5</sup> Der Kunde muss den regulären Kaufpreis für das Handy nicht bezahlen, kann also die dadurch bei ihm zunächst unangetastet gebliebene Kaufkraft anderweitig einsetzen. Im Verlauf der Vertragslaufzeit muss er hingegen die im Mobilfunkvertrag vorgesehenen Nutzungsgebühren entrichten. Diese stehen zwar in erster Linie für die in Anspruch genommenen Mobilfunkdienstleistungen. Es ist aber zu vermuten,<sup>6</sup> dass sie nach der Kalkulation des Mobilfunkanbieters auch den Zweck haben, die Vorfinanzierung des Endgeräts wieder auszugleichen. So wird die dem Kunden zunächst gewährte Kaufkraft nachträglich wieder entzogen – diese war ihm damit nur „zeitweise“ überlassen. In dem Zusammenhang kann es keinen Unterschied machen, dass der Provider bei einem atypischen Vertragsverlauf den für die Verbilligung des Geräts eingesetzten Betrag möglicherweise nicht vollständig zurückerhält, etwa bei vorzeitiger (außerordentlicher) Kündigung oder bei einem besonders sparsamen Telefonverhalten des Nutzers. Nach richtiger Ansicht ist für die Qualifizierung einer Vertragskonstruktion als „sonstige Finanzierungshilfe“ nämlich nicht der Zeitpunkt maßgeblich, an dem die Rückzahlung der finanzierten Summe erfolgt ist, sondern der Zeitpunkt des Zustandekommens des betreffenden Vertrags.<sup>7</sup> Auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, kann die Gewährung einer lediglich theoretischen Chance darauf, die gewährte Finanzierung nicht vollständig zurückzahlen zu müssen, i.a.R. als Umgehung der verbraucherdarlehensrechtlichen Vorschriften i.S.d. § 506 BGB qualifiziert werden, welche dann gleichwohl zur Anwendung kämen. Allenfalls in Grenzfällen wird man davon absehen, etwa dann, wenn es der Käufer aufgrund der besonderen Vertragsgestalt in der Hand hat, das erworbene Handy zu nutzen, ohne die Mobilfunkdienstleistungen des Providers in Anspruch nehmen zu müssen und i.Ü. von festen Zahlungsverpflichtungen (Grundgebühren, Mindestumsätze u.ä.) befreit ist.<sup>8</sup>

Die gem. § 499 Abs. 1 BGB erforderliche Entgeltlichkeit der Finanzierungshilfe ist schließlich aufgrund der Tatsache zu vermuten, dass der Provider die Kosten seines vorzeitigen Kapitalabflusses regelmäßig in seiner Gebührenkalkulation berücksichtigen wird.<sup>9</sup> Sind die sonstigen Voraussetzungen gegeben, insbesondere die Verbrauchereigenschaft des Kunden und das Übersteigen der Bagatellgrenze von 200 € (§§ 491 Abs. 2 Nr. 1, 499 Abs. 3 Satz 1 BGB), sind die meisten verbraucherdarlehensrechtlichen Vorschriften anwendbar, insbesondere steht dem Verbraucher gem. § 495 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu, welches regelmäßig den Mobilfunkvertrag sowie gem. § 358 Abs. 2 Satz 1 BGB den Kaufvertrag in Bezug auf das Mobiltelefon umfasst.<sup>10</sup> Soweit in der Praxis eine verbraucherdarlehensrechtliche Belehrung nicht erfolgt, beginnen gem. § 355 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 BGB auch die jeweiligen Widerrufsfristen nicht zu laufen. Allenfalls bei vollständiger Erbringung der beiderseitigen vertraglichen Verpflichtungen wird man seit der neueren Rechtsprechung des EuGH auf eine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts hoffen können.<sup>11</sup>

## 2. Die Frage der Vermischung von Finanzierungs- und Dienstleistungselementen im Mobilfunkvertrag

### a) Problemstellung

Der Mobilfunkvertrag hat eine hybride Natur. Er hat zum einen Mobilfunkdienstleistungen zum Gegenstand,<sup>12</sup> für die der Kunde monatliche Zahlungen nach festgelegten Tarifen leistet. Zum anderen erfüllt er die Funktion der nachträglichen Finanzierung der Anschaffung des Mobiltelefons.<sup>13</sup> Letzterer Aspekt spielt damit zwar eine wichtige Rolle, bildet aber nicht den einzigen und i.a.R. noch nicht einmal den Hauptzweck des Vertrags. *Saenger* lehnt daher die Anwendung von § 499 Abs. 1 BGB bei Mobilfunkverträgen mit subventioniertem Kauf eines Mobiltelefons im Grundsatz ab.<sup>14</sup> Das Endgerät sei lediglich technische Voraussetzung zur Abwicklung des Mobilfunkvertrags, insofern ein „notwendiges Übel zur Überwindung der Zugangsschwierigkeiten“ in Bezug auf die jeweiligen Netze. Eine verbraucherrechtlich relevante „sonstige Finanzierung“ könne freilich bei Telefonen neuerer Gattung angenommen werden, welche mit besonderen Sonderfunktionen ausgestattet seien.<sup>15</sup>

- 5 Wie hier: *Jauernig/Mansel*, BGB, 12. Aufl. 2007, § 499, Rn. 7; *Martis/Meinhof*, Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl. 2005, Nachtrag, Teil 1, S. 9 (<http://www.beck-shop.de/downloads/Nachtrag%20Teil%201.pdf>); für eine Anwendung von § 499 Abs. 1 BGB unter bestimmten Voraussetzungen: *Köhler*, Der Mobilfunkvertrag (Fn. 2), S. 114 ff.; Ders., JR 2006, 489, 491; *Erman/Saenger* (Fn. 1), § 499, Rn. 12a; ausdrücklich ablehnend: AG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2007 – 12 C 169/07, BeckRS 2008, 23033; AG Staufen, Urt. v. 14.12.1998 – 2 C 193/98, JurPC Web-Dok. 103/2001 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010103.htm>); *Graf v. Westphalen/Grothe/Pohl*, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 193; bezeichnend ist, dass ein Mobilfunkvertrag bei verbilligtem Handy bilanzrechtlich als Verbindlichkeit gewertet wird: *Kußmaul/Delp/Meyering*, BB 2004, 1551, 1555.
- 6 *Köhler* (Fn. 2), S. 117, sieht hingegen die Beweislast beim Verbraucher; den Provider treffe lediglich die wettbewerbsrechtliche Pflicht, den Kunden über einen möglicherweise enthaltenen Finanzierungsanteil aufzuklären; entsprechend bei Prepaid-Angeboten: Ders., JR 2006, 489, 491.
- 7 OLG Karlsruhe, WM 1998, 2156 f.; Einzelheiten bei *Limbach*, ZGS 2006, 332, 335 f.
- 8 Entsprechende Angebote finden sich nicht selten im Internet. Der Sinn solcher Konstruktionen ist undurchsichtig; vielleicht stehen sie für Bemühungen des Providers, seinen Marktanteil zu erhöhen, möglicherweise handelt es sich aber auch um unseriöse Lockangebote. Festzustellen ist, dass entsprechende Vertragskonstruktionen Kollusionsgeschäfte zwischen provisionsberechtigtem Vermittler und Kunden leicht machen.
- 9 So auch *Martis/Meinhof* (Fn. 5), S. 9.
- 10 S. im Einzelnen *Limbach*, ZGS 2006, 332, 337 f.
- 11 EuGH, Urt. v. 10.04.2008 – Rs. C-412/06 (*Hamilton*), NJW 2008, 1865 = ZGS 2008, 180.
- 12 Zur vertragstypologischen Einordnung der Telekommunikationsdienstleistungen, *Schuster*, CR 2006, 444, 446 ff.
- 13 So im Tenor, *Spindler/Fuchs*, Vertragsrecht der Telekommunikationsanbieter, 2000, Teil II, Rn. 253; a. A. *Graf v. Westphalen/Grothe/Pohl* (Fn. 5), S. 193, die jegliche Finanzierungsfunktion des Mobilfunkvertrags ablehnen und diesem ausschließlich Verpflichtungen über Mobilfunkdienstleistungen entnehmen wollen.
- 14 *Erman/Saenger* (Fn. 1), § 499, Rn. 12a.
- 15 *Erman/Saenger* (Fn. 1), § 499, Rn. 12a.

## b) Anwendung des Rechtsgedankens des § 139 BGB

### aa) Die rechtliche Regelung des § 139 BGB und der Teilwiderruf

Ein Mobilfunkvertrag enthält Elemente eines Finanzierungs- und eines Dienstleistungsvertrags. Grundlage des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts kann aber nur der finanzierende Aspekt sein. Ist nun ein Vertrag so beschaffen, dass lediglich einzelne Bestandteile den Tatbestand eines verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts erfüllen, ist sinnvoller Weise der Gedanke des § 139 BGB heranzuziehen.<sup>16</sup>

Die Vorschrift des § 139 BGB regelt grds. den Fall, dass ein einheitliches Rechtsgeschäft aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist und eines hiervon einen Nichtigkeitstatbestand erfüllt. Zwei Alternativen sind zu unterscheiden. Zum einen kann das Rechtsgeschäft „unteilbar“ sein. Das bedeutet, das nichtige Element ist mit den gesunden Bestandteilen so miteinander verwoben, dass es nicht möglich ist, sie in der Weise zu trennen, dass die juristisch unbedenklichen Teile als eigenständiges Rechtsgeschäft fortbestehen können.<sup>17</sup> Die Vorschrift des § 139 BGB kommt dann erst gar nicht zur Anwendung, es ist vielmehr von vornherein von der Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen.<sup>18</sup> Ist das betreffende Rechtsgeschäft hingegen teilbar, bestimmt § 139 BGB, dass sich die Nichtigkeit grds. trotzdem auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt. Der gesunde Vertragsteil gilt aber dann als wirksam, wenn angenommen werden kann, dass die Parteien das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten.

Der hinter § 139 BGB stehende Gedanke lässt sich auf die Problematik des „Teilwiderrufs“ bei Mobilfunkverträgen anwenden. Entscheidend ist auch hier, ob dieser in seine Finanzierungs- und Dienstleistungsbestandteile teilbar ist oder nicht.

### bb) Teilbarkeit des Mobilfunkvertrags in Finanzierungs- und Dienstleistungsvertrag

Einigermaßen klar ist das Ergebnis, wenn der Mobilfunkvertrag in einen Finanzierungs- und in einen Dienstleistungsvertrag zerlegt werden kann. Eine solche Teilbarkeit liegt etwa vor, wenn „nach dem Willen der Parteien eine Aufschlüsselung der Gegenleistung auf die verschiedenen Teile der Leistung der anderen Seite möglich“ ist.<sup>19</sup> Das ist bei einem Mobilfunkvertrag dann der Fall, wenn sich ermitteln lässt, welcher Betrag der Mobilfunkgebühren für die Finanzierung des Handys steht. Selbst wenn der Provider hierzu regelmäßig schweigt, kann der betreffende Gebührenanteil manchmal indirekt bestimmt werden. Plastisch ist etwa das Beispiel, in welchem der Provider zwei Vertragsvarianten anbietet. In der ersten Variante wird eine Handysubventionierung gewährt und die monatliche Grundgebühr beträgt 25 €. In der zweiten Variante ist der Vertrag grds. inhaltsgleich ausgestaltet, außer dass auf eine Handysubventionierung verzichtet wird und die monatliche

Grundgebühr dafür nur 15 € beträgt.<sup>20</sup> Daraus lässt sich schließen, dass in der ersten Vertragsvariante 15 € für die Mobilfunkdienstleistungen und die restlichen 10 € für die Finanzierung des Mobiltelefons stehen. Eine Teilbarkeit durch Aufschlüsselung der Gegenleistung auf die verschiedenen Teile der Leistung ist dann gegeben.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass die Parteien den Mobilfunkvertrag auch ohne das Finanzierungselement abgeschlossen hätten. Lässt sich dies nicht feststellen, erfasst der Widerruf den gesamten Mobilfunkvertrag, einschließlich seiner Dienstleistungsbestandteile. Andernfalls beschränkt sich der Widerruf auf den finanzierenden Teil und es bleibt ein „reiner“ Mobilfunkdienstleistungsvertrag bestehen. Welche Lösung jeweils vorzuziehen ist, muss grds. Tatfrage bleiben. Zu berücksichtigen ist aber, dass aus dem Gedanken des § 139 BGB eine Vermutung für einen Gesamtwiderruf herzuleiten ist und ggf. vom Provider widerlegt werden muss. Je nach Vertragsgestaltung wird dabei die Frage zu stellen sein, ob sich der Kunde ohne verbilligtes Handy vernünftigerweise auf eine 2-jährige Vertragsbindung eingelassen oder ob er ggf. nicht eher auf ein „Prepaid“-Angebot zurückgegriffen hätte.

### cc) Unteilbarkeit des Mobilfunkvertrags in Finanzierungs- und Dienstleistungsvertrag

Besonderer Begründung bedarf die hier vertretene Auffassung der Widerrufbarkeit des gesamten Mobilfunkvertrags, wenn sich die Dienstleistungs- und die Finanzierungselemente nicht in der Weise identifizieren lassen, dass ihre Zerlegung in zwei unabhängige Rechtsgeschäfte möglich ist. Dies dürfte in der heutigen Praxis der häufigere Fall sein. So ist von einer Unteilbarkeit dann auszugehen, wenn das Mobilfunkunternehmen über die jeweilige Zuordnung der Mobilfunkgebühren schweigt und der für die Finanzierung stehende Teil der Gebühren auch nicht indirekt ermittelt werden kann; dabei kommt eine Schätzung der Höhe der Finanzierungsraten und des Werts der einzelnen Bestandteile nicht in Betracht.<sup>21</sup>

Ist ein Vertragskomplex so beschaffen, dass Teile hiervon den Tatbestand eines verbraucherrechtlichen Widerrufs-

16 So auch MünchKomm-BGB/Masuch, 5. Aufl. 2007, § 355, Rn. 21; MünchKomm-BGB/Wendehorst, § 312d, Rn. 102 m.w.N.; für die Zulässigkeit des Teilwiderrufs zu Zeiten, als der Widerruf noch zur Unwirksamkeit führte: BGHZ 97, 351, 360 (AbzG); BGHZ 128, 156, 165 (VerbrKrG); grds. gegen die Zulässigkeit eines Teilwiderrufs: Staudinger-BGB/Kaiser, 2004, § 355, Rn. 22.

17 BGHZ 146, 37, 47; BGH NJW 1996, 773, 774; BGH LM § 139 Nr. 13.

18 S. Erman/Palm (Fn. 1), § 139, Rn. 13; MünchKomm-BGB-BGB/Busche, 5. Aufl. 2006, § 139, Rn. 24; Staudinger-BGB/Roth, 2003, § 139 Rn. 60.

19 S. BGH, NJW 1996, 773, 774; sinngemäß auch BGH, LM § 139 Nr. 13.

20 Entsprechend etwa das Angebot von „T-Mobile“, das im Flatrate-Tarif „Max S“ bei verbilligtem Handy eine monatliche Gebühr von 24,95 €, hingegen ohne entsprechendes Handy eine monatliche Gebühr von 14,95 € ansetzt (Stand Januar 2009).

21 A.A. Brönneke, MMR 2004, 127, 128 f., im Zusammenhang mit dem fernabsatzrechtlichen Widerruf gekoppelter Hardwarekauf- und Softwarelizenzverträge.

rechts erfüllen, ohne dass eine Teilbarkeit i.S.d. § 139 BGB gegeben ist, plädieren einige Autoren dafür, auf den jeweiligen Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts abzustellen.<sup>22</sup> Liegt der Schwerpunkt im nicht widerrufbaren Teil, führt diese Lösung also dazu, dass der Vertrag insgesamt nicht widerrufen werden kann. Berücksichtigt man, dass die Finanzierung des Mobiltelefons zwar ein wichtiger, das Dienstleistungselement aber regelmäßig der wichtigere Gesichtspunkt im Mobilfunkvertrag ist, würde die Anwendung einer solchen Regel bei der Finanzierung subventionierter Endgeräte letztlich dazu führen, dass ein Widerruf des Mobilfunkvertrags ausgeschlossen wäre. Insofern käme man im Ergebnis zu der von *Saenger* vertretenen Lösung.<sup>23</sup> Einer solchen Vorgehensweise stehen aber grds. Bedenken gegenüber. Sie folgt nicht der Konsequenz des § 139 BGB, wonach die Nichtigkeit eines unteilbaren Rechtsgeschäfts von vornherein zur Gesamtnichtigkeit führt.<sup>24</sup> In gleicher Weise wie die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften stellt die Widerrufbarkeit von Verbraucherverträgen zwingendes Recht dar, das sich gegen die vom Parteiwillen abhängende Vertragsgestaltung und -zusammensetzung durchsetzt. Würde die fehlende Teilbarkeit dazu führen, dass der Mobilfunkvertrag trotz seiner finanzierenden Elemente nicht mehr widerrufen werden kann, wäre es für den Provider ein Leichtes, das ungeliebte Widerrufsrecht fernzuhalten. Er müsste nur dafür Sorge tragen, keine direkten oder indirekten Hinweise über die jeweilige Zuordnung der Mobilfunkgebühren zu liefern. Ein solches Ergebnis ist aber nach dem Verständnis des Verbraucherrechts und nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Umgehungsverbots nach § 506 BGB abzulehnen. Man muss vielmehr zu dem Schluss kommen, dass ein unteilbarer Vertrag, der nur z.T. einen Widerrufstatbestand erfüllt, als Ganzes widerrufen werden kann.<sup>25</sup>

### 3. Das Sonderproblem des Dreiecksverhältnisses zwischen Provider, Verkäufer mit Vermittlerfunktion und Kunden

Wie oben bereits angesprochen, greifen Mobilfunkunternehmen auch auf Vertriebsmodelle zurück, bei denen nicht etwa der Provider Verkäufer des verbilligten Handys ist, sondern ein Vermittler, welcher die Verbilligung über die ihm vom Provider für die Vermittlung des Mobilfunkvertrags zugestandene Provision finanziert. *Köhler* schließt in dieser Konstellation die Anwendung von § 499 Abs. 1 BGB aus: Einer solchen „Provisionslösung“ sei ein Finanzierungselement zur Amortisierung der Verbilligung des Mobiltelefons nicht zu entnehmen.<sup>26</sup>

Anders als im Fall, in dem der Provider das Gerät selbst verkauft, handelt es sich hier nicht um eine Vertragsbeziehung zwischen zwei Personen, sondern um ein Dreiecksverhältnis, an welchem Verkäufer, Provider und Kunde beteiligt sind. Richtig ist, dass der Kunde in dieser Konstellation seine durch die Verbilligung des Mobiltelefons erlangte Kaufkraft dem Verkäufer nicht zurückgewähren muss. Tatsächlich wird er diesem gegenüber durch Zahlung des verbilligten Kaufpreises von jeder weiteren Verpflichtung frei. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass einerseits der Verkäufer vom Provider eine „Pro-

vision“ erhält und andererseits der Kunde dem Provider während der Vertragslaufzeit „Mobilfunkgebühren“ entrichten muss, die ihm die zunächst gesparte Kaufkraft in der gleichen Weise nachträglich wieder entziehen, als wären Provider und Verkäufer personenidentisch gewesen. Nun stimmt es zwar, dass die Zahlung des Providers an den Verkäufer die Bezeichnung „Provision“ trägt und nach dem Willen beider Parteien in erster Linie die Vermittlung des Mobilfunkvertrags durch den Verkäufer entlohnen soll. Doch kann die als Auffangtatbestand ausgestaltete und mit einem Umgehungsverbot abgesicherte Vorschrift des § 499 Abs. 1 BGB weder an die formale Terminologie der Vertragskonstruktion noch überhaupt an den Vertragswillen von Provider und Verkäufer gebunden sein. Es ist ausschließlich eine funktionale Betrachtung der „Provision“ vorzunehmen, d.h. es muss geprüft werden, ob diese tatsächlich nur den Zweck hat, die Bemühungen des Verkäufers als Vertragsvermittler zu entlohnen, oder ob sie darüber hinaus auch darauf hinzielt, die Anschaffungskosten für das Mobiltelefon zu finanzieren. Letzteres ist i.a.R. zu bejahen: Der dem Vermittler zugewendete Geldbetrag bleibt diesem nicht vollständig erhalten, er wird teilweise dafür verwendet, um die Anschaffungskosten des Mobiltelefons zu finanzieren, welches der Verkäufer dem Kunden ohne entsprechende Gegenleistung überlässt. Durch die Verbilligung des Mobiltelefons bewirkt damit die Provisionszahlung, dass der Kunde über eine Kaufkraft verfügt, die dieser durch Zahlung der Mobilfunkgebühren nachträglich wieder verliert. Insofern hat der Mobilfunkvertrag eine Finanzierungsfunktion, die § 499 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommen lässt. Dass der vom Provider gezahlte Geldbetrag z.T. auch das Ziel hat, dem Verkäufer seine erfolgreiche Vermittlertätigkeit zu entlohnen, tut dem keinen Abbruch. Sieht man nun den Mobilfunkvertrag als einen Fall der on tigen entgeltlichen Finanzierung führt der Widerruf des Vertrags auch zur Rückabwicklung des Kaufvertrags gem. § 358 BGB. Zwar sind Provider (Finanzierer) und Verkäufer (Unternehmer) in dieser Konstellation nicht personenidentisch, doch „bedient“ sich der Provider „der Mitwirkung“ des Verkäufers beim Abschluss des Mobilfunkvertrags i.S.d. § 358 Abs. 3 Satz 2 BGB insofern, als er den Verkäufer als Vermittler für den Mobilfunkvertrag einsetzt. Eine wirtschaftliche Einheit und folglich eine Verbundenheit beider Verträge ist damit zu vermuten.

### III. Auswirkungen des Widerrufs des Kaufvertrags auf den Mobilfunkvertrag

Unabhängig von der Frage, ob der Mobilfunkvertrag gem. §§ 499 Abs. 1, 459 Abs. 1 BGB widerrufen werden kann, tritt in Fällen subventionierter Mobilfunkgeräte manchmal

22 *Fuchs*, ZIP 2000, 1273, 1283, Fn. 94; *AnwKomm-BGB/Ring*, 2005, § 312d, Rn. 52; *MünchKomm-BGB/Wendehorst* (Fn. 16), § 312d, Rn. 102.

23 *Erman/Saenger* (Fn. 1), § 499, Rn. 12a.

24 *S. Erman/Palm* (Fn. 1), § 139, Rn. 13; *MünchKomm-BGB/Busche* (Fn. 18), § 139, Rn. 24; *Staudinger-BGB/Roth* (Fn. 18), § 139, Rn. 60.

25 Zu dieser Lösung passt insofern, dass *Staudinger-BGB/Kaiser* (Fn. 16), § 355, Rn. 22, bereits im Grundsatz keinen Teilwiderruf nach dem Gedanken des § 139 BGB zulässt.

26 *Köhler* (Fn. 2), S. 117; entsprechend bei Prepaid-Angeboten: *Ders.*, JR 2006, 489, 491 f.

die Situation auf, dass der Kunde über ein originäres Widerrufsrecht in Bezug auf den Kaufvertrag verfügt. Praktisch bedeutsam sind die Fälle des Fernabsatzrechts gem. §§ 312d ff. BGB. Übt der Käufer wirksam ein solches Widerrufsrecht aus, betrifft dieses zunächst den Kaufvertrag, d.h. der Käufer muss das Handy gem. §§ 357 Abs. 1 Satz 1, 346 Abs. 1 BGB zurückübereignen und übergeben.<sup>27</sup> Würde sich der Widerruf auf den Kaufvertrag beschränken, erhielte der Käufer im Gegenzug nur den verbilligten, mitunter sogar symbolischen Kaufpreis zurück. Die hier vertretene Auffassung erkennt im Mobilfunkvertrag jedoch auch eine sonstige entgeltliche Finanzierung gem. § 499 Abs. 1 BGB, die sich auf den Kauf des Mobiltelefons bezieht.<sup>28</sup> Folgerichtig ist daher gem. § 358 Abs. 3 BGB zu prüfen, ob beide Verträge im Sinne dieser Vorschrift verbunden sind, mit der Folge, dass der Widerruf des Kaufvertrags gem. § 358 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB auch den Mobilfunkvertrag erfasst. Dies ist i.a.R. zu bejahen, sei es, weil Verkäufer und Provider personenidentisch sind (§ 358 Abs. 3 Satz 2, 1. Alt. BGB), sei es, weil der Provider sich der Mithilfe des Verkäufers als provisionsberechtigter Vermittler bedient (§ 358 Abs. 3 Satz 2, 2. Alt. BGB). Grds. führt der Widerruf des Kaufvertrags also auch zur Rückabwicklung des Mobilfunkvertrags als Ganzes. Lediglich dann, wenn im Mobilfunkvertrag der finanzierende Teil von den Dienstleistungsbestandteilen abtrennbar ist und angenommen werden kann, dass die Parteien den Mobilfunkvertrag auch ohne finanzierenden Teil geschlossen hätten, lässt der Widerruf das nur noch mit den Dienstleistungselementen versehene Rumpfgeschäft unversehrt.<sup>29</sup>

Im Ergebnis deckt sich diese Sichtweise weitgehend mit denjenigen Stimmen, die nicht den Weg des § 358 Abs. 1 BGB gehen, sondern eine Erweiterung des Widerrufs des Kaufvertrags auf den Mobilfunkvertrag unter Zugrundelegung des Gedankens des § 139 BGB vertreten. Dazu zählt etwa das AG Karlsruhe, das den Mobilfunkvertrag ausdrücklich nicht als „sonstige Finanzierung“ i.S.d. § 499 Abs. 1 BGB anerkennt.<sup>30</sup> Auch die Literatur spricht sich vielfach für den Weg des § 139 BGB aus.<sup>31</sup> Die Idee ist, dass Kauf- und Mobilfunkvertrag eine einheitliche Vertragskonstruktion darstellen. Der Widerruf des Kaufvertrags habe so unter Anwendung des Gedankens der Teilnichtigkeit gem. § 139 BGB grds. auch die Rückabwicklung des damit zusammenhängenden Mobilfunkvertrags zur Folge.<sup>32</sup> Damit wird verhindert, dass der Käufer sich mit der Rückabwicklung des Kaufvertrags und folglich mit der Rückerstattung des verminderten Kaufpreises, etwa 1 €, begnügen muss.<sup>33</sup>

#### IV. Ergebnis und Ausblick

Es lässt sich zusammenfassen, dass der Mobilfunkvertrag in Verbindung mit dem Kauf eines subventionierten Mobiltelefons eine sonstige entgeltliche Finanzierung gem. § 499 Abs. 1 BGB darstellt. Unter dem Vorbehalt der Verbrauchereigenschaft des Kunden und der Bagatellgrenze von 200 € hat dies regelmäßig zur Folge, dass der Kunde den Mobilfunkvertrag gem. §§ 495 Abs. 1, 355 ff. BGB widerrufen kann. Ein solcher Widerruf erfasst gem. § 358 Abs. 2 BGB auch den Kaufvertrag über das Mobiltelefon. Daran ändert

sich grds. nichts, wenn man berücksichtigt, dass der Mobilfunkvertrag nicht nur eine Finanzierungsfunktion hat, sondern vor allem auch Dienstleistungselemente enthält. Allenfalls dann, wenn sich im Mobilfunkvertrag beide Teile nach dem Gedanken des § 139 BGB voneinander abtrennen lassen und im Einzelfall davon ausgegangen werden kann, dass die Parteien den Mobilfunkvertrag auch isoliert als reinen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen hätten, erfasst das Widerrufsrecht nur den finanzierenden Teil des Vertrags. Der Verbraucher verfügt weiter auch dann über ein Widerrufsrecht, wenn Provider und Verkäufer des Mobiltelefons nicht personenidentisch sind, der Verkäufer den Kaufvertrag vielmehr im eigenen Namen und den Mobilfunkvertrag als provisionsberechtigter Vermittler im Namen des Providers abschließt. Kann schließlich der Verbraucher den Kaufvertrag etwa gem. § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB eigens widerrufen, ist sein verbraucherdarlehensrechtliches Widerrufsrecht in Bezug auf den Mobilfunkvertrag gem. § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen, doch führt der Widerruf des Kaufvertrags auch zur Rückabwicklung des Mobilfunkvertrags gem. § 358 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Am 23.4.2008 ist eine neue Richtlinie zum Verbraucherkreditrecht verabschiedet worden,<sup>34</sup> welche die Besonderheit hat, den nationalen Gesetzgebern grds. keinen Spielraum einer überschießenden Umsetzung zugunsten der Verbraucher zu lassen.<sup>35</sup> In der Folge ist bereits ein deutscher Gesetzesentwurf eingebracht worden, der die Richtlinie berücksichtigt und umfassende Neuregelungen für das nationale Verbraucherdarlehensrecht vorsieht.<sup>36</sup> Die Problematik der Subventionierung von Mobiltelefonen wird hierdurch jedoch nicht entschärft, insbesondere ist das für Ver-

27 Zwar verfügt der Verbraucher in einer solchen Konstellation regelmäßig auch hinsichtlich des Mobilfunkvertrags über ein fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht, dieses spielt aber praktisch keine Rolle, da es durch die Inanspruchnahme von Mobilfunkdienstleistungen gem. § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB erlischt, s. dazu AG Karlsruhe (Fn. 5).

28 S. o., II 1.

29 S. o., II 2.

30 AG Karlsruhe (Fn. 5).

31 So etwa MünchKomm-BGB/Wendehorst (Fn. 16), § 312d, Rn. 102; Palandt/Ellenberger, 68. Aufl. 2009, § 139, Rn. 6; Schöpffin, BB 1997, 106, 111 f.; Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1283, Fn. 94; wohl auch Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2008, S. 83.

32 AG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2007 – 12 C 169/07; MünchKomm-BGB/Wendehorst (Fn. 16), § 312b, Rn. 30; § 312d, Rn. 55 f., 102; Palandt/Ellenberger (Fn. 31), § 139, Rn. 6.

33 Einen anderen Weg geht Brönneke, MMR 2004, 127, 129, der den Mobilfunkvertrag bestehen lässt, den zurück zu gewährenden Kaufpreis des Handys aber um einen zu schätzenden Betrag erhöht, der dem „Aufpreis für das Kombinationsangebot gegenüber dem reinen Netzkartenvertrag“ entspricht.

34 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133/66 v. 22.5.2008, im Folgenden „VerbrKrRL-2008“.

35 So der 9. Erwägungsgrund; zur Reichweite der notwendigen Vollharmonisierung der VerbrKrRL-2008, s. Gsell/Schellhase, JZ 2009, 20.

36 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BT-Drucks. 16/11643, Inkrafttreten geplant zum 31.10.2009.

brauchercreditverträge auf europäischer Ebene bisher unbekanntes Widerrufsrecht in die Richtlinie aufgenommen worden (Art. 14 VerbKrRL-2008). I.Ü. bleiben sowohl der Begriff der „sonstigen ähnlichen Finanzierungshilfe“ in der neuen Richtlinie (Art. 3 Buchst. c VerbKrRL-2008) als auch der Begriff der „entgeltlichen Finanzierungshilfe“ im RegE (§ 506 Abs. 1 BGB-RegE) unverändert.<sup>37</sup>

Eine Klärung der Problematik durch die Gerichte bleibt damit nach wie vor wünschenswert. Die Zahl der (bekannten) Fälle aus der Rechtsprechung ist jedoch auffallend gering geblieben. Man kann annehmen, dass angesichts der auf dem Spiel stehenden Summen weder die Mobilfunkunternehmen noch die Verbraucher ein großes Interesse haben, entsprechende Streitigkeiten in höhere Instanzen zu tragen.

Auch die von konkreten Streitfällen unabhängigen Verfahrensmöglichkeiten nach § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG bleiben in der Praxis weitgehend ungenutzt.<sup>38</sup> Stellungnahmen von Verbraucherverbänden finden sich zu dem Thema selten;<sup>39</sup> sie sind jedenfalls nicht zu den betroffenen Akteuren durchgedrungen. Man wird einsehen müssen, dass die Praxis der Subventionierung von Mobilfunkgeräten einen gesellschaftlichen Konsens zwischen Unternehmern und Verbrauchern gefunden hat, der sich wenig um die mühevollere Regulierung des Verbraucherrechts durch den europäischen und den deutschen Gesetzgeber kümmert.

37 So auch die Begründung des RegE: BT-Drucks. 16/11643, S. 144.

38 S. Stillner, VuR 2008, III (Editorial).

39 S. aber iff-Infobrief 36/02 (online unter <http://news.iff-hh.de/view.php?id=32086>) des Instituts für Finanzdienstleistungen e.V. (iff).

## Nutzungersatz des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Sache – Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung contra legem

von Rechtsanwältin Ines Heimermann, Düsseldorf

*Der BGH hat mit dem mit Spannung erwarteten Ur. v. 26.11.2008 in zweifacher Hinsicht Grundlegendes klargestellt: Zum einen, dass der Verkäufer einer mangelhaften Sache keinen Nutzungersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache vom Verbraucher-Käufer verlangen kann. Um einiges weitgehender ist die zweite Feststellung, dass das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts über eine Gesetzesauslegung im engeren Sinne hinausgehend verlangt, das nationale Recht auch entgegen eines eindeutigen Gesetzeswortlauts richtlinienkonform fortzubilden.*

### I. Einleitung

Mit seinem Ur. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 ist der BGH der Vorabentscheidung des EuGH v. 17.4.2008 – C-404/06 gefolgt und hat entschieden, dass § 439 Abs. 4 BGB entgegen seines Wortlauts beim Verbrauchsgüterkauf einschränkend anzuwenden ist. Demnach gilt der Verweis auf die §§ 346 – 348 BGB nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führt aber nicht zu einem Anspruch des Verkäufers auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache. Diese Einschränkung war erforderlich, da die Verpflichtung des Verbraucher-Käufers zur Zahlung von Nutzungersatz nach der Entscheidung des EuGH nicht mit Art. 3 der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)<sup>1</sup> vereinbar ist.

Diese mutige und richtige Entscheidung des BGH, die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB entgegen deren eindeutigen Wortlauts richtlinienkonform fortzubilden, stellt eine Revolution dar und ist wegweisend für das Verhältnis europäischer Richtlinien zum nationalen Recht.

### II. Das Urteil des BGH v. 26.11.2008

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt betraf die Klage des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände e.V. im Auftrag einer Verbraucherin,

die im Sommer 2002 bei einem Versandhandelsunternehmen ein Herd-Set zum Preis von 524,90 € gekauft hatte. Im Januar 2004 stellte sich heraus, dass sich die Emailleschicht im Backofen abgelöst hatte. Da eine Reparatur des Gerätes nicht möglich war, tauschte das beklagte Versandhandelsunternehmen den Backofen aus. Für die Nutzung des ursprünglich geliefertes Gerätes verlangte die Beklagte ca. 70 €, die die Käuferin entrichtete. Aufgrund einer Ermächtigung durch die Käuferin forderte der Kläger von der Beklagten die Rückzahlung dieses Betrags sowie die Unterlassung zukünftiger Nutzungersatzforderungen gegenüber Verbrauchern für die Nutzung mangelhafter Ware.<sup>2</sup>

Das LG Nürnberg-Fürth hatte dem Zahlungsantrag mit Ur. v. 22.4.2005 – 7 O 10714/04 stattgegeben und den Unterlassungsantrag abgewiesen. Das OLG Nürnberg hat dieses Urteil am 23.8.2005 im Berufungsverfahren (3 U 991/05) bestätigt. Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Der VIII. ZS des BGH hat das Verfahren mit Beschl. v. 16.8.2006 ausgesetzt und dem EuGH gem. Art. 234 die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob § 439 Abs. 4 BGB mit der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie) ver-

1 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171/12 v. 12.7.1999.

2 Vgl. BGH, Ur. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, Rn. 1 – 3.