

Die Telefonnummer in der Anbieterkennzeichnung

Von Rechtsanwalt Dr. Bernd Lorenz, Essen*

Der EuGH hat mit Urteil vom 16.10.2008 entschieden, dass die E-Commerce-Richtlinie die Angabe der Telefonnummer in der Anbieterkennzeichnung nicht vorschreibt. Damit ist die Frage, ob das deutsche Recht eine solche Verpflichtung enthält, noch nicht entschieden. Die E-Commerce-Richtlinie dient nur der Mindestharmonisierung, sodass das deutsche Recht auch strengere Regeln treffen kann. Mit der Entscheidung des EuGH und der deutschen Rechtslage befasst sich der folgende Beitrag.

A. Einleitung

Der EuGH hat mit Urteil vom 16.10.2008 entschieden, dass die Angabe der Telefonnummer in der Anbieterkennzeichnung nicht zwingend erforderlich ist.¹ Damit hat er zu einer langjährigen Streitfrage Stellung genommen. Die Frage ist nicht nur im deutschen Recht sehr umstritten gewesen. Der Entscheidung des EuGH lässt sich entnehmen, dass in einer Reihe von Mitgliedsländern hierüber unterschiedliche Auffassungen herrschten.²

Ausgangspunkt der Streitfrage, ist die Frage wie der Begriff der unmittelbaren Kommunikation in Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL³ zu verstehen ist. Eine Ansicht geht davon aus, dass mit dem Begriff die Möglichkeit einer direkten Kommunikation zwischen Diensteanbieter und Nutzer gemeint ist.⁴ Dieser Ansicht hat sich nun auch der EuGH angeschlossen. Nach a. A. bezeichnet der Begriff nicht die am Kommunikationsprozess teilnehmenden Personen, sondern die Art und Weise der Kommunikation.⁵ Eine unmittelbare Kommunikation liegt damit vor bei einer Kommunikation in Echtzeit, d. h. bei einer Kommunikation ohne spürbare Zeitverzögerung.

B. Die Entscheidung des EuGH

I. Die Auffassung des EuGH

Der EuGH geht bei seiner Auslegung von Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL davon aus, dass neben der E-Mail-Adresse weitere Kommunikationsmittel angegeben werden müssen.⁶ Dies schließt er zum einen aus dem Wortlaut der Vorschrift. Danach müssen Kommunikationsangaben „einschließlich“ der Adresse der elektronischen Post erfolgen. Das Wort „einschließlich“ verdeutlicht, dass die E-Mail-Adresse nicht das einzige Kommunikationsmittel ist. Zum anderen soll sich dies auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift ergeben. Die Angabe eines weiteren Kommunikationsmittels sieht der EuGH als geboten an, damit Nutzer, die vorübergehend vom Internet getrennt sind, nicht vom Markt abgeschnitten werden.

Im Folgenden stellt der EuGH fest, dass die nach Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL vorgeschriebene unmittelbare Kommunikation sich nicht auf eine Kommunikation in Form von Rede und Gegenrede bezieht.⁷ Eine direkte Kommunikation in Form eines Dialogs ist nach dem EuGH nicht erforderlich. Der Diensteanbieter muss allerdings Anfragen innerhalb einer angemessenen Frist beantworten. Der Begriff der unmittelbaren Kommunikation soll lediglich bedeuten, dass ein Dritter

in der Kommunikation nicht zwischengeschaltet ist. Vor diesem Hintergrund kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Angabe der Telefonnummer in der Anbieterkennzeichnung nicht zwingend ist.

Abschließend ordnet der EuGH eine elektronische Anfragemaske, also ein Kontaktformular, grundsätzlich als einen unmittelbaren und effizienten Kommunikationsweg ein.⁸ Lediglich in den Fällen, in denen der Nutzer vorübergehend keinen Zugang zum Internet hat, soll eine elektronische Anfragemaske nicht mehr genügen.

II. Kritik

1. Das Kontaktformular als eigenständiges Kommunikationsmittel?

Die Auffassung des EuGH vermag nicht zu überzeugen. Zutreffend ist der Ansatzpunkt, dass neben der E-Mail-Adresse noch ein weiteres Kommunikationsmittel angegeben werden muss. Die Auffassung des EuGH überzeugt jedoch deshalb nicht, weil es sich bei Kontaktformular im Wesentlichen um dasselbe Kommunikationsmittel wie bei der E-Mail-Adresse handelt.⁹ Über ein Kontaktformular wird nämlich eine E-Mail an den Diensteanbieter gesandt, genau wie von einem E-Mail-Programm aus. Auch die über das Kontaktformular versandte Nachricht ist nichts anderes als eine E-Mail, die im Posteingang des E-Mail-Programms des Diensteanbieters landet.

Wenn der Nutzer eine E-Mail an den Diensteanbieter senden will, so gibt es hierfür verschiedene Möglichkeiten:

- Der Nutzer ruft sein eigenes E-Mail-Programm auf. Er gibt dort die E-Mail-Adresse des Diensteanbieters ein, die er in der Anbieterkennzeichnung gelesen hat oder er kopiert die E-Mail-Adresse in sein E-Mail-Programm.

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht bei STS Schulz Tegtmeier Sozien in Essen. Er hat zu dem Thema „Die Anbieterkennzeichnung im Internet“ promoviert.

- 1 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553 = JurPC Web-Dok. 163/2008, abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.
- 2 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553, 3554 f. = JurPC Web.-Dok. 163/2008 Abs. 14, 27, abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.
- 3 Richtlinie 2000/31/EG v. 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), (E-Commerce-Richtlinie), ABl. EG 2000 Nr. L 178 S. 1, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu>.
- 4 OLG Hamm, Urt. v. 17.03.2004, Az.: 20 U 222/03, CR 2005, 64, 65; Spindler/Schmitz/Geis-Spindler, Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz, 2004, § 6 TDG Rn. 26.
- 5 Lorenz, Die Anbieterkennzeichnung im Internet, 2007, S. 161 ff.; Manssen/Brummer, Telekommunikations- und Multimediarecht, 22. Ergl. 8/2008, § 6 TDG Rn. 33; Roßnagel/Brönneke, Recht der Multimedia-Dienste, 7. Ergl. 4/2005, § 6 TDG Rn. 51.
- 6 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553, 3554 = JurPC Web.-Dok. 163/2008 Abs. 17 ff., abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.
- 7 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553, 3555 = JurPC Web.-Dok. 163/2008 Abs. 29, abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.
- 8 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553, 3555 = JurPC Web.-Dok. 163/2008 Abs. 33 ff., abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.
- 9 Ott, MMR 2009, 27; Schöttle, K&R 2008, 672, 673.

- Der Diensteanbieter bietet eine verlinkte E-Mail-Adresse an. Durch das Klicken auf den Link öffnet sich ein E-Mail-Programm mit der E-Mail-Adresse des Diensteanbieters. Diese Aktion wird durch den HTML-Befehl `E-Mail` ausgelöst.¹⁰ Diese Möglichkeit setzt voraus, dass entweder der Web-Browser des Nutzers das Absenden von E-Mails unterstützt oder automatisch ein auf dem PC des Nutzers installiertes E-Mail-Programm gestartet werden kann.
- Der Diensteanbieter bietet ein Kontaktformular an. Der Nutzer trägt seine Nachricht auf der Webseite des Diensteanbieters ein und schickt diese anschließend ab. So ein Kontaktformular lässt sich bspw. mittels PHP generieren.¹¹ Auch die Nachricht des Kontaktformulars wird als eine E-Mail an den Diensteanbieter versandt.

Die vorgenannten Methoden beschreiben die Möglichkeit, wie man eine E-Mail versenden kann. Es handelt sich in allen Fällen um ein Kommunikationsmittel, nämlich um das Kommunikationsmittel „E-Mail“, und nicht um mehrere Kommunikationsmittel. Man vergleiche dies einmal mit dem Telefon: Heutzutage kann man jemanden über das Festnetz, über ein Mobiltelefon oder über das Internet anrufen. Trotz dieser unterschiedlichen Möglichkeiten handelt es sich nicht um mehrere Kommunikationswege, sondern um ein Kommunikationsmittel „Telefon“.

2. Abhängigkeit des Kommunikationsmittels vom Nutzerverhalten?

Nicht überzeugend sind die Feststellungen des EuGH zum Kontaktformular. Grundsätzlich soll das Kontaktformular als weiteres Kommunikationsmittel neben der E-Mail-Adresse ausreichen. Das soll jedoch dann nicht gelten, wenn der Nutzer vorübergehend vom Internet getrennt ist. Dieser Standpunkt macht in doppelter Hinsicht keinen Sinn.

Zum einen macht der EuGH das Kommunikationsmittel vom Nutzerverhalten abhängig. Es kommt nicht darauf an, ob das Kommunikationsmittel generell zur unmittelbaren Kommunikation taugt. Vielmehr kommt es nach dem EuGH auf den einzelnen Nutzer an und die Frage, welche Kommunikationsmittel ihm zur Verfügung stehen. Es macht jedoch keinen Sinn, das Kommunikationsmittel von einzelnen Nutzern abhängig zu machen. Sinnvoller ist es darauf abzustellen, welche Kommunikationsmittel den Nutzern üblicherweise zur Verfügung stehen.

Zum anderen führt der EuGH damit ein weiteres Kommunikationsmittel über die Hintertür wieder ein. Wenn ein Kontaktformular im Einzelfall nicht ausreicht, dann muss der Diensteanbieter doch ein weiteres Kommunikationsmittel wie die Telefon- oder Telefaxnummer auf Anfrage benennen.¹² Dann stellt sich die Frage, wie denn der Nutzer dem Diensteanbieter seine Anfrage übermitteln soll. Ein Nutzer, der z. B. wegen eines Netzausfalls vorübergehend vom Internet getrennt ist, hat keine Möglichkeit seine Anfrage per E-Mail oder über ein Kontaktformular zu übermitteln. Im Übrigen entsteht durch die Beantwortung einzelner Anfragen ein beträchtlicher Arbeitsaufwand für den Diensteanbieter. Der Diensteanbieter ist zur Vermeidung des Arbeitsaufwands dann doch gehalten, die Telefonnummer generell in der Anbieterkennzeichnung bereitzustellen.

3. Pflichten zur Datensicherheit für den Diensteanbieter?

Nach dem EuGH bedeutet „unmittelbare Kommunikation“, dass ein Dritter in der Kommunikation nicht zwischengeschaltet ist. Damit folgt der EuGH der Ansicht des OLG Hamm in der Entscheidung vom 17.03.2004.¹³ Danach müssen Personen, die außerhalb der betrieblichen Organisation des Diensteanbieters stehen, vom Kommunikationsprozess ausgeschlossen werden.

Hier stellt sich zunächst die Frage, wie der Begriff der betrieblichen Organisation zu verstehen ist. Es in jedem Fall eine weite Auslegung des Begriffs der betrieblichen Organisation geboten. Andernfalls könnte der Diensteanbieter nicht ein externes Callcenter beauftragen, die Kommunikation mit den Nutzern abzuwickeln.

Nach Auffassung des OLG Hamm dürfen Dritte zwar den Inhalt der Nachricht weiterleiten, nicht aber den Inhalt der empfangenen bzw. erteilten Informationen beeinflussen. Wenn man den Begriff der unmittelbaren Kommunikation in diesem Sinne versteht, dann resultieren hieraus Pflichten zur Datensicherheit für den Diensteanbieter.¹⁴ Unverschlüsselte E-Mails können leicht im Wege einer Man in the Middle Attack verfälscht werden. Der Diensteanbieter wäre deshalb verpflichtet, eine verschlüsselte https-Verbindung¹⁵ anzubieten. So müssten Nachrichten über Kontaktformulare über eine solche verschlüsselte Verbindung übertragen werden. Im Internet ist es aber bislang nicht üblich, für Kontaktformulare verschlüsselte Verbindungen anzubieten.

C. Die deutsche Rechtslage

I. Telefonnummer als Mindestangabe

Soweit der EuGH die Entscheidung getroffen hat, dass die Telefonnummer nach Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL nicht zwingend angegeben werden muss, schließt dies eine andere Entscheidung des BGH im Hinblick auf die deutschen Vorschriften nicht aus. Die E-Commerce-Richtlinie dient nur der Mindestharmonisierung,¹⁶ sodass das deutsche Recht auch strengere Regeln treffen kann. Damit kann das deutsche Recht unabhängig von Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL die Angabe der Telefonnummer zwingend vorgeben.

1. Historische Auslegung

Auf den Gedanken, dass die Angabe der Telefonnummer im deutschen Recht zwingend ist, kann man aufgrund der Gesetzesbegründung kommen. In der Begründung zum Telemediengesetz und Mediendienste-Staatsvertrag heißt es, dass „zumindest“ die Telefonnummer und die E-Mail-Adresse ver-

10 SELFHTML, E-Mail-Verweise, abrufbar unter: <http://de.selfhtml.org/html/verweise/email.htm>, abgerufen am 14.03.2009.

11 SELFHTML, Verwenden Sie ein Kontaktformular, abrufbar unter: http://www.selfhtml.de/artikel_6_3_Kontaktformular.htm, abgerufen am 14.03.2009.

12 EuGH, Urt. v. 16.10.2008, Az.: C-298/07, NJW 2008, 3553, 3555 = JurPC Web.-Dok. 163/2008 Abs. 36 ff., abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080163.htm>.

13 OLG Hamm, Urt. v. 17.03.2004, Az.: 20 U 222/03, CR 2005, 64, 65.

14 Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 162 f.

15 Wikipedia (Hypertext Transfer Protocol Secure), abrufbar unter: <http://de.wikipedia.org/wiki/Https>, abgerufen am 14.03.2009.

16 Begründung EGG BT-Drs. 14/6098, 21, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf>; Begründung 6. RfStV NRW LT-Drs. 13/2302, 65, abrufbar unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD13-2302.pdf>; Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 165 f.

öffentlich werden müssen.¹⁷ Bei einer historischen Interpretation der Vorschriften stellt sich die Frage, welche Bedeutung den Gesetzesmaterialien zukommt. Nach dem BVerfG kann der Wille des Gesetzgebers nur dann bei einer historischen Auslegung berücksichtigt werden, wenn er im Text der Norm Niederschlag gefunden hat.¹⁸ Das ist hinsichtlich der Telefonnummer insofern der Fall als dass § 6 S. 1 Nr. 2 TDG, § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MDStV wie auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG von mehreren Kommunikationsangaben ausgehen. Aus dem Wortlaut „Angaben [...] einschließlich der Adresse der elektronischen Post“ folgt, dass neben der E-Mail-Adresse noch ein weiteres Kommunikationsmittel zwingend angegeben werden muss. Allerdings ergibt sich hieraus nicht, dass es sich dabei zwingend um eine Telefonnummer handeln muss. Der BGH misst den Gesetzesmaterialien bei einer historischen Auslegung eine wichtige Bedeutung zu.¹⁹ Richtigerweise wird man im Einzelfall prüfen müssen, ob ein rechtspolitischer Konsens bestand, die Telefonnummer zur Pflichtangabe zu machen.²⁰

Indes setzen sich die übrigen Gesetzesmaterialien mit der Telefonnummer als Pflichtangabe nicht auseinander. Es entsteht der Eindruck, dass der Gesetzgeber mit seiner Formulierung in den Begründungen gar nicht erkannt hat, dass er von Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL abweicht. Soweit der Gesetzgeber irrtümlich davon ausging, dass die Telefonnummer zwingend vom Begriff der unmittelbaren Kommunikation erfasst wird, hätte ein gesetzgeberischer Wille bestanden, die Telefonnummer zur Pflichtangabe zu machen. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber auch einfach nur eine eigene Formulierung der Vorschriften treffen. So fehlt bspw. in § 6 S. 1 Nr. 2 TDG, § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MDStV wie auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG das durch Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL vorgegebene Wort „effizient“ im Hinblick auf eine effiziente Kommunikation. Stattdessen wurde zusätzlich das Wort „elektronisch“ im Hinblick auf eine elektronische Kontaktaufnahme eingefügt. Entscheidend dürfte sein, dass die Gesetzesbegründung im Hinblick auf die Telefonnummer im Gesetzgebungsverfahren widerspruchsfrei geblieben ist. Daraus kann man schließen, dass ein allgemeiner Konsens bestand, die Telefonnummer zur Pflichtangabe zu machen. Da die Vorschriften des § 6 S. 1 Nr. 2 TDG, § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MDStV unverändert in § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG übernommen wurden, kann man dies auch für das TMG annehmen.

2. Teleologische Auslegung

Entscheidende Bedeutung kommt dem Sinn und Zweck der Informationspflicht zu. Die Informationspflicht macht nur dann Sinn, wenn das zwingend anzugebende weitere Kommunikationsmittel auch allen Nutzern zur Verfügung steht.²¹ Andernfalls würden bestimmte Nutzerkreise von der Möglichkeit einer unmittelbaren Kommunikation mit dem Diensteanbieter ausgeschlossen. Das Telefon ist ein derart weit verbreitetes Kommunikationsmittel, das man davon ausgehen kann, dass es praktisch allen Nutzern zur Verfügung steht. Hinzu kommt, dass derjenige, der einen Internetanschluss hat, regelmäßig auch über einen Telefonanschluss verfügt. Es ist üblich, dass die Nutzer die Internetverbindung über den Telefonanschluss herstellen. Vor diesem Hintergrund ist das Telefon ein für praktisch alle Nutzer geeignetes Mittel zur unmittelbaren Kommunikation.

Es stellt sich die Frage, ob neben dem Telefon auch andere Kommunikationsmittel für breite Nutzerkreise zur unmittelbaren Kommunikation geeignet sind. Hier mag man z. B. an

ein Telefaxgerät oder einen Chat denken. Ein Telefaxgerät ist jedoch nicht soweit verbreitet wie ein Telefon und in vielen Privathaushalten nicht vorhanden. Zwar kann man Telefaxe auch über den Computer versenden und empfangen, dies setzt aber die Installation von zusätzlicher Software voraus. Auch die Teilnahme an einem Chat setzt die Installation zusätzlicher Software voraus. Ein Computerfax und ein Chat sind deshalb nicht als unmittelbares Kommunikationsmittel geeignet, denn das unmittelbare Kommunikationsmittel muss ohne die Installation von zusätzlicher Software verfügbar sein.²² Das Kommunikationsmittel muss dem Nutzer vielmehr ohne zusätzlichen Aufwand zugänglich sein. Beim Chat kommt noch hinzu, dass dieser öffentlich ist. Er scheidet deshalb aus datenschutzrechtlichen Gründen aus. Der Nutzer muss gemäß § 13 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 TMG Telemedien gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen können. Die Kommunikation mit dem Diensteanbieter erfordert jedoch in vielen Fällen eine Identifikation des Nutzers. Aus diesem Grunde ist ein Chat als Kommunikationsmittel zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer untauglich. Schließlich kommt nach der hier vertretenen Auffassung hinzu, dass das Telefax auch kein Mittel zur unmittelbaren Kommunikation, sondern ein Mittel zur elektronischen Kontaktaufnahme ist.

Im Ergebnis ist deshalb das Telefon das einzige Kommunikationsmittel, das neben der E-Mail-Adresse breiten Nutzerkreisen zur Verfügung steht. Da andere Kommunikationsmittel ausscheiden, verbleibt nur das Telefon. Die Telefonnummer ist deshalb in der Anbieterkennzeichnung zwingend.

II. Geeignete Rufnummern

Umstritten ist die Frage, ob in der Anbieterkennzeichnung die Angabe einer teureren Mehrwertrufnummer mit der Vorwahl 0900 oder eines teuren Auskunftsdienstes mit der Vorwahl 118 zulässig ist. Eine Ansicht hält dies für zulässig, weil der Diensteanbieter nicht verpflichtet sei, einen aufwendigen Telefonsupport zu betreiben.²³ Nach zutreffender Auffassung ist die Angabe jedoch unzulässig, wenn durch den Telefonanruf Kosten fällig werden, die die Kosten für ein normales Telefongespräch erheblich übersteigen.²⁴

Dies ergibt sich zum einen aus einer richtlinienkonformen Auslegung im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL. Danach muss der Diensteanbieter eine unmittelbare und effiziente Kommunikation ermöglichen. Das Wort „effizient“ wurde in § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG nicht übernommen. Der deutsche Gesetzgeber hat es insofern versäumt, Art. 5 Abs. 1 lit. c ECRL vollständig umzusetzen. Im Wege einer europarechtskonformen Auslegung muss man die Vorgabe der effizienten Kommunikation berücksichtigen. Effizienz bedeutet Wirksamkeit

17 Begründung EGG BT-Drs. 14/6098, 21, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/060/1406098.pdf>; Begründung 6. RfStV NRW LT-Drs. 13/2302, 66, abrufbar unter: <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD13-2302.pdf>.

18 BVerfG, Urt. v. 16.02.1983, Az.: 2 BvE 1, 2, 3, 4/83, BVerfGE 62, 1, 45.

19 BGH, Urt. v. 18.11.1993, Az.: V ZB 43/92, BGHZ 124, 147, 149 f.; BGH, Urt. v. 30.06.1966, Az.: KZR 5/65, BGHZ 46, 74, 79 ff.

20 Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 165 f.; Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 129 f.

21 Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 166 f.; Roßnagel/Brönneke, a.a.O. (s. Fn. 5), § 6 TDG Rn. 55.

22 Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 164.

23 V. Gravenreuth/Kleinjung, JurPC Web-Dok. 273/2003, Abs. 7 ff., abrufbar unter: <http://www.jurpc.de/aufsatz/20030273.htm>; Ernst, jurisPR-ITR 2/2009 Anm. 2 D.; Schulte, CR 2004, 55, 56; Spindler/Schmitz/Geis-Spindler, a.a.O. (s. Fn. 4), § 6 TDG Rn. 26.

24 Fezer/Mankowski, Lauterkeitsrecht, 2005, § 4-S12 Rn. 149; Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 168.

und Wirtschaftlichkeit.²⁵ Wenn der Diensteanbieter verpflichtet ist, eine wirtschaftliche Kommunikation anzubieten, dann hat er eine Kommunikation zu angemessenen Kosten zu ermöglichen.

Dies ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Informationspflicht. Die Anbieterkennzeichnung dient vor allen Dingen der Möglichkeit der Rechtsverfolgung.²⁶ Die betroffenen Nutzer sollen die Möglichkeit haben, sich bei Rechtsverletzungen auf der Website, bei dem Diensteanbieter zu beschweren. Wenn der Diensteanbieter durch sein Angebot Rechte eines Nutzers verletzt, darf dem Nutzer durch eine teure Telefonnummer die Geltendmachung seiner Rechte nicht noch erschwert werden. Dem Diensteanbieter steht es nicht zu, bei einer Beschwerde über sein Angebot, für den Anruf auch noch ein Entgelt zu erhalten. Vielmehr muss er eine telefoni-

sche Kontaktaufnahme zu den üblichen Kosten eines normalen Telefonanrufs ermöglichen.

D. Fazit

Im Hinblick auf die deutsche Gesetzgebungsgeschichte und den Sinn und Zweck der Informationspflicht muss man die Telefonnummer als eine Pflichtangabe in der Anbieterkennzeichnung ansehen. Die Angabe von teureren Mehrwertrufnummern ist allerdings ausgeschlossen.

²⁵ Duden, Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 375 (effizient, Effizienz); Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2007, S. 446 (effizient, Effizienz).

²⁶ Lorenz, a.a.O. (s. Fn. 5), S. 62 f., 71 f.

RECHTSPRECHUNG*

BANKRECHT

Verschulden und Kausalität bei verschwiegenen Rückvergütungen („Kick-Backs“) – Beweislast des Anlageberaters

1. Verletzt ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen seine Pflicht, den Kunden über Rückvergütungen aufzuklären, trägt es die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es nicht vorsätzlich gehandelt hat, auch dann, wenn seine Haftung für fahrlässiges Handeln nach § 37a WpHG verjährt ist (Fortführung von BGHZ 170, 226).

2. Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens gilt auch im Falle unterlassener Aufklärung über Rückvergütungen.

(Leitsätze des Gerichts)

BGH, *Urt. v. 12.05.2009, Az.: XI ZR 586/07* (Vorinstanz: OLG München, *Urt. v. 19.12.2007, Az.: 7 U 3009/04*)

(ID 43507)

bearbeitet von RA Arne Maier, Esslingen

Sachverhalt (zusammengefasst):

Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus abgetretenem Recht einer GmbH in Anspruch. Die GmbH hatte – nach einem Beratungsgespräch mit Mitarbeitern der Beklagten – zwischen Februar und Juni 2000 über die Beklagte Anteile an Aktienfonds und Aktien erworben. Für die Fondsanteile wurden Ausgabeaufschläge zwischen 3 % und 5 % erhoben. Die Beklagte, die aus diesen Aufschlägen Rückvergütungen erhält, gewährte der GmbH insoweit Bonifikationen von zumeist 1 %, in einem Fall von 2,5 %. Über die Ausgabeaufschläge wurde die GmbH informiert, nicht aber über die Rückvergütungen an die Beklagte. Nach erheblichen Kursverlusten veräußerte die GmbH einen Teil der Wertpapiere. Die Klage auf den Differenzbetrag wurde im August 2003 eingereicht.

LG und Berufungsgericht hatten die Klage wegen Verjährung abgewiesen (§ 37a WpHG). Auf die Revision des Klägers hatte der erkennende Senat das Berufungsurteil aufgehoben mit *Urt. v. 19.12.2006* (BGHZ 170, 226). Die Beklagte habe durch das Ver-

schweigen der Rückvergütungen den Beratungsvertrag verletzt und ein etwaiger Schadensersatzanspruch der GmbH aus vorsätzlichem Handeln der Beklagten sei nicht nach § 37a WpHG verjährt.

Das Berufungsgericht hatte die Berufung des Klägers nach Vernehmung des Anlageberaters erneut zurückgewiesen (WM 2008, 351 = ZIP 2008, 66). Der Anlageberater habe seine Beratung damals als rechtlich ausreichend erachtet und nicht als möglich erkannt, dass er Aufklärungspflichten verletze. Dieser Rechtsirrtum schließe den Vorsatz aus. Auch ein vorsätzliches Organisationsverschulden der Beklagten sei nicht bewiesen. Aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. (§ 282 BGB a. F.) ergebe sich keine Beweislast der Beklagten für ihr fehlendes Verschulden. Komme – wie vorliegend wegen Verjährung (§ 37a WpHG) der auf Fahrlässigkeit gestützten Ansprüche – nur eine Haftung wegen Vorsatzes in Betracht, obliege es dem Geschädigten, das Vorliegen des Vorsatzes darzulegen und ggf. zu beweisen.

Gründe (zusammengefasst):

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Die Beklagte trage die Beweislast für ihren fehlenden Vorsatz (1). Hinsichtlich der Kausalität des Beratungsfehlers könne sich der Kläger auf die Grundsätze aufklärungsrichtigen Verhaltens berufen (2).

(1) Das Berufungsgericht hat ein *vorsätzliches Organisationsverschulden der Beklagten* zu Unrecht verneint. Eine Bank muss ihren Geschäftsbetrieb zum Schutz des Rechtsverkehrs so organisieren, dass bei ihr vorhandenes Wissen den Mitarbeitern zur Verfügung steht. Danach ist hier ein vorsätzliches Organisationsverschulden der Beklagten gegeben, wenn sie ihre Verpflichtung zur Aufklärung der Kunden gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat (bedingter Vorsatz) und es gleichwohl bewusst unterlassen hat, ihre Anlageberater anzuweisen, die Kunden entsprechend aufzuklären (*Nobbe*, ZBB 2009, 93, 104; *Koller*, ZBB 2007, 197, 201).

Ob der Kläger zu diesem Organisationsverschulden der Beklagten ausreichend vorgetragen hat, kann letztlich dahin-

* Alle Urteile sind im Volltext in der FIS-Datenbank mit der jeweiligen ID abrufbar unter: www.iff-hamburg.de