

KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes
Verkündet am 27. Januar 2003
26.U.205/01

In dem Rechtsstreit
Beklagte und Berufungsklägerin
gegen
Klägerin und Berufungsbeklagte

hat der Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Strauch, die Richterin am Kammergericht Sternagel und den Richter am Kammergericht von Gélieu

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11. Juli 2001 verkündete Teil- und Schlussurteil des Landgerichts Berlin – 18.O.63/01 – geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 585,25 € (1.144,65 DM) nebst Zinsen von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 595,46 € (1.146,60 DM) seit dem 12. Dezember 2000 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen, soweit nicht durch das Anerkenntnisteilurteil vom 6. Juni 2001 über sie entschieden worden ist.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 94 % und die Beklagte 6 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung der jeweiligen Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

Die Klägerin ist Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit i.S.v. § 3 Nr. 19 TKG. Sie betreibt im Raum Berlin ein Teilnehmernetz und stellt Hausanschlüsse für ihre Kunden bereit. Soweit Telekommunikationsverbindungen nicht zwischen Netzkunden der Klägerin hergestellt werden, nutzt die Klägerin entgeltlich aufgrund einer zwischen ihr und der Deutsche Telekom AG (DTAG) geschlossenen „Vereinbarung über den Besonderen Netzzugang der Telekom“, wegen deren Inhalt im einzelnen auf die als Anlage V/K4 zum Schriftsatz der Klägerin vom 19. Dezember 2002 eingereichte Fotokopie Bezug genommen wird, das Telekommunikationsnetz der DTAG,

um ihren Kunden Verbindungen in andere Teilnehmernetze zu ermöglichen. Die Klägerin bietet ihren Kunden – vermittelt über das Netz der DTAG – in diesem Rahmen auch die Anwahl von sog. Premium Rate oder Mehrwertdiensten an, deren Rufnummer regelmäßig mit der Ziffernfolge 0190 beginnt. Je nach der im Anschluss daran folgenden Ziffer in der Rufnummer werden unterschiedliche Verbindungsentgelte ausgelöst, die nach der Preisliste der Klägerin (Anlage V/K6) derzeit zwischen 0,41414 EUR/Min., und 1,85599 EUR/Min. liegen. Die 0190-Rufnummern sind bei weiteren Netzbetreibern, an die von der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation Rufnummernblöcke vergeben wurden, eingerichtet und werden von einzelnen Diensteanbietern betrieben.

Die Parteien schlossen auf Antrag der Beklagten vom 15. Dezember 1999 einen Vertrag über die Einrichtung eines ISDN-Telefonanschlusses. Wegen der Einzelheiten wird auf den Auftrag der Beklagten vom 15. Dezember 1999 (Anlage I/K1 zur Klageschrift) sowie auf die als Anlage K5 zum klägerischen Schriftsatz vom 27. April 2001 (Bl. 51 d.A.) eingereichten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verwiesen. Die Klägerin erbrachte ihre vertraglichen Leistungen ab dem 27. April 2000.

In den Monaten Mai 2000 bis einschließlich August 2000 stellte der damals 16 Jahre alte Sohn Sebastian Schaaf der Beklagten eine Vielzahl von Telekommunikationsverbindungen zu der Rufnummer 0190-8-26778 her, für die Verbindungsentgelte von insgesamt 15.770,92 DM anfielen. Darüber hinaus wurden über den Telefonanschluss der Beklagten in dem genannten Zeitraum weitere Verbindungen mit Premium Rate-Services hergestellt., die Entgelte von insgesamt 1.201,28 DM anfielen ließen. Wegen der Einzelheiten wird auf die mit Anlage B10 zum Schriftsatz der Beklagten vom 9. April 2001 (Anlagenkonvolut II) eingereichten Abrechnungen der Klägerin für die Monate Mai bis August 2000 einschließlich der darin enthaltenen Einzelverbindungs nachweise Bezug genommen.

Den Verbindungen mit der Rufnummer 0190-8-26778 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Sohn Sebastian der Beklagten hatte auf den Internetseiten eines Dritten eine Werbung für einen „Highspeed Zugang in bester Bildqualität durch neueste Streaming-Technologie“ gefunden. Nachdem er den damit verbundenen Link angewählt hatte, wurde er mit den öffentlichen Internetseiten der Domain www erotower.com verbunden. Diese Internetseiten enthielten die Aufforderung, eine „Gratis-Zugangs-Software“ herunterzuladen. Wegen der Einzelheiten wird auf die in Anlage B12 im Anlagenkonvolut II eingereichten Bildschirmfotos verwiesen. Nachdem der Sohn der Beklagten, der nach seinen Angaben lediglich erhofft hatte, eine Software zu erhalten, mit der er im Internet surfen könne, die angebotene Software „Erotower.EXE“ heruntergeladen und auf seinem Computer installiert hatte, stellte er bei Aufruf der Software fest, dass diese lediglich dazu diente, eine Verbindung zu „Erotower“ zum Preis von 3,63 DM/Min. herzustellen, wie sich auch aus einem Hinweisfenster während der laufenden Verbindung über das Programm „Erotower.EXE“ ergab. Er löschte daraufhin die Programmdatei „Erotower.EXE“ von seinem Computer, ohne zu erkennen oder vor dem Herunterladen bzw. beim erstmaligen Aufruf von „Erotower.EXE“ darauf hingewiesen worden zu sein, dass durch den Aufruf der Programmdatei „Erotower.EXE“ in sog. DFÜ-Netzwerk unter dem Betriebssystem Microsoft Windows 98 eine neue DFÜ-Verbindung „Erotower“ eingerichtet und diese als Standard-Verbindung zum Internet im Betriebssystem eingestellt wurde. Da er in den Verbindungsoptionen der Software „Internet Explorer“ die Option „immer Standardverbindung wählen“ (wegen der Einzelheiten dieser Option wird auf den

als Anlage B29 im Anlagenkonvolut IV eingereichten Bildschirmausdruck Bezug genommen) vorgenommen hatte, erfolgte in der Folgezeit jede Einwahl in das Internet über die Rufnummer 0190-8-26778, obgleich von der Klägerin ebenfalls eine Möglichkeit zur Einwahl in das Internet für 0,03448 DM/Min. zuzüglich Mehrwertsteuer angeboten war. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang mit dem eingereichten Bildschirmfoto der Anlage B29 darauf hingewiesen, dass ihr Sohn – entgegen der Behauptung der Klägerin – hierbei nicht erkennen konnte, dass die Einwahl in das Internet über die Rufnummer 0190-8-26778 erfolgte.

Bei dem unter der Rufnummer 0190-8-26778 auftretenden Diensteanbieter handelte es sich, wie die Beklagte im Nachhinein ermitteln konnte, um den unter der Geschäftsbezeichnung „Multimedia EDV“ auftretenden Harald Haase in Spanien.

Die Klägerin rechnete ihre Leistungen für den Monat Mai 2000 gegenüber der Beklagten unter dem 17. August 2000 ab, die Rechnungen für die Monate Juni bis August 2000 wurden im Laufe des Monats September 2000 erstellt. Insgesamt ermittelte die Klägerin dabei einen Vergütungsanspruch für die Monate Mai bis August 2000 von insgesamt 17.582,22 DM. Die Beklagte erhob mit Schreiben vom 6. September 2000 (Anlage B4) Einwendungen gegen die Rechnung vom 17. August 2000 und focht vorsorglich etwaige Willenserklärungen nach § 123 BGB an. Sie widersprach der Abbuchung der Rechnungsbeträge im zuvor vereinbarten Lastschriftverfahren und beglich im folgenden lediglich 590,07 DM auf die Rechnungsforderung der Klägerin für die Monate Mai bis August 2000.

Nachdem die Klägerin eine Anschluss Sperre gem. § 19 TKV vornahm, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 15. November 2000 die fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2000 kündigte die Klägerin ihrerseits das Vertragsverhältnis fristlos.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Zahlung offener Rechnungsbeträge in Höhe von 16.992,08 DM, auf Ersatz von Lastschriftkosten in Höhe von 40,50 DM sowie auf Zahlung von Schadensersatz für entgangene Grundgebühren in Höhe von 951,21 DM in Anspruch genommen. Wegen eines Teilbetrages von 19,95 DM hat die Beklagte die Klageforderung anerkannt. Die Klägerin hat behauptet, sie sei verpflichtet gewesen, die streitgegenständlichen Entgelte an die DTAG abzuführen.

Die Klägerin hat über das Anerkenntnis hinaus beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere 17.983,79 DM nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Zinssatz nach § 1 DÜG seit dem 12. Dezember 2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage insoweit abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, die Anwahl der Nummer 0190-8-26778 sei durch arglistige Täuschung verursacht worden. Zudem stehe Ansprüchen der Klägerin bereits entgegen, dass sie ihrem Sohn die Anwahl von 0190-Nummern nicht gestattet habe und dieser minderjährig gewesen sei. Ferner hat sie den Einwand der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB erhoben und die inhaltliche Richtigkeit der klägerischen Rechnungen bestritten. Wegen der verspäteten Rechnungslegung stehe ihr jedenfalls hilfsweise ein

Schadensersatzanspruch in Höhe von 14.755,71 DM zu, da sie bei rechtzeitiger Rechnungslegung in die Lage versetzt worden sei, die weitere Anwahl der 0190-Nummern zu verhindern.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teil- und Schlussurteil vom 11. Juli 2001 zur Zahlung weiterer 17.963,83 DM nebst Zinsen verurteilt. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Anwahl der Nummer sei von der Beklagten zu vertreten, da sie ihrem Sohn den ungehinderten Zugang zum Computer ermöglicht habe, weshalb sich eine etwaige schwebende Unwirksamkeit eines mit dem hinter dem Mehrwertdienst stehenden Anbieter geschlossenen Vertrages nicht zum Nachteil der Klägerin, die lediglich die von ihr an die DTAG gezahlten Entgelte verlange, auswirke. Zudem müsse sich die Beklagte das Verhalten ihres Sohnes zumindest nach den Regeln über die Anscheinsvollmacht zurechnen lassen. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung greife nicht durch, da sich die Klägerin das Verhalten des Diensteanbieters nicht zurechnen lassen müsse und auch diesem gegenüber keine Anfechtung erklärt worden sei. Die Richtigkeit der Abrechnung sei nur unsubstantiiert bestritten worden, Schadensersatzansprüche der Beklagten bestünden nicht, da eine vertragliche Pflicht zur Rechnungslegung in bestimmten Intervallen nicht bestehe. Die außerordentliche Kündigung des Vertrages durch die Klägerin sei wirksam, dieser stehe auch aus positiver Vertragsverletzung ein Anspruch auf Zahlung der entgangenen Grundgebühren zu.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Sie bestreitet die Berechtigung der Klägerin, Ansprüche des Mehrwertdiensteanbieters im eigenen Namen einzuziehen. Darüber hinaus habe sie es nicht zu vertreten, dass ihr Sohn das Internet genutzt habe, da die sich aus § 4.1 der klägerischen AGB ergebende Zurechnung des Verhaltens Dritter nur auf Sprachtelefoniedienste beziehe. Die auf den Computer ihres Sohnes geladene und auf diesem installierte sog. Dialer-Software habe eine nicht zu bemerkende Manipulation vorgenommen, weshalb die zustande gekommenen Verbindungen mit der Rufnummer 0190-8-26778 jedenfalls nach § 123 BGB anfechtbar gewesen seien.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. Juli 2001 (AM 18.O.63/01) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. Juli 2001 zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil und führt darüber hinaus aus, sie sei berechtigt, den Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen, da sie aufgrund des zwischen ihr und der DTAG geschlossenen Interconnection-Vertrages die Mehrwertdienstleistungen als Vorprodukt von der DTAG einkaufe. Etwaige manipulative Handlungen des Mehrwertdiensteanbieters seien ihr jedoch nicht zuzurechnen, da sie zu diesem keine vertraglichen Beziehungen besitze und keinen Einfluss auf dessen Verhalten habe, sondern lediglich die Verbindung zu dem Diensteanbieter als technische Leistung erbringe.

Im Übrigen, so behauptet sie, hätte der Sohn der Beklagten beim Einwählen in das Internet erkennen müssen, dass der jeweilige Vorgang über die Rufnummer 0190-8-26778 lief.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die nach § 511 a.F. ZPO statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig, da sie gem. §§ 516, 518, 519 ZPO a.F. form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden ist.

II.

Die Berufung hat auch überwiegend Erfolg. Das landgerichtliche Urteil war in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfang abzuändern.

A.

Die Klägerin kann von der Beklagten die Bezahlung eines Teilbetrages von 15.770,92 DM für die in den Monaten Mai bis August 2000 hergestellten Verbindungen zu der Rufnummer 0190-8-26778 nicht, sondern nur die Bezahlung eines Betrages von 173,77 DM verlangen.

1. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob die Klägerin überhaupt berechtigt ist, die Entgeltforderungen im Namen des Mehrwertdiensteanbieters oder eines anderen Teilnehmernetzbetreibers gerichtlich einzuziehen. § 15 TKV a.F. schreibt lediglich die einheitliche Rechnungslegung durch den Teilnehmernetzbetreiber des Anschlussinhabers vor, ermächtigt diesen aber nicht allgemein zur Einziehung von Ansprüchen Dritter.

2. Auch nach dem im Hinblick auf den durch die Einreichung des mit der DTAG geschlossenen Interconnection-Vertrages unterlegten Vortrag der Klägerin, sie habe die Mehrwertdienstleistung als ein „Vorprodukt“ von der DTAG entsprechend Ziff. 17.1.2 eingekauft und dieses Vorprodukt letztlich im eigenen Namen an die Beklagte weiter veräußert, ist die Beklagte zur Bezahlung der entsprechenden Leistungen nach Auffassung des Senats nicht verpflichtet.

Dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Entgelts für die Verbindungen zu der Rufnummer 0190-8-26778 steht ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus culpa in contrahendo i.V.m. § 278 BGB entgegen, der darauf gerichtet ist, so gestellt zu werden, als wären die über die Rufnummer 0190-8-26778 hergestellten Internetverbindungen lediglich über die gewöhnliche, von der Klägerin angebotene Interneteinwahl zustande gekommen.

Die Klägerin muss sich das Verhalten des unter der Geschäftsbezeichnung „Multimedia EDV“ auftretenden Harald Haase nach § 278 BGB zurechnen lassen, da dieser nach Auffassung des Senats als ihr Verhandlungsgehilfe für den Abschluss des jeweiligen, auf Anwahl der Rufnummer 0190-8-26778 im Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Rahmenvertrages gerichteten Einzelvertrages anzusehen ist.

Die Klägerin hat im Verhältnis zwischen ihr, der Beklagten und der DTAG eine Vertragsgestaltung gewählt, nach der sie verpflichtet ist, allein infolge der Anwahl einer mit der Vorwahl 0190 beginnenden Rufnummer durch den jeweiligen Anschlusskunden ein im Einzelnen aus dem als Anlage K5 zum Schriftsatz vom 19. Dezember 2002 (Anlagenkonvolut V) eingereichten Preisverzeichnis ersichtliches Entgelt an die DTAG zu zahlen, da hierin aufgrund des bestehenden Interconnection-Vertrages lediglich der Abruf eines allgemein vorab bestellten „Vorprodukts“ liegt. Letztlich tritt die Klägerin dann als „Wiederverkäuferin“ der Leistung des Mehrwertdiensteanbieters auf (vgl. Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, Teil 5, Rdz. 32 f.), selbst wenn die Verwendung des Begriffs „Kauf“ insoweit irreführend ist, als rechtlich die jeweilige Rufnummernanwahl durch den Anschlusskunden zum Abschluss von Dienst- oder Werkverträgen führt, ohne dass es zur Entscheidung dieses Rechtsstreits einer genauen rechtlichen Zuordnung der einzelnen Verträge bedarf. Indem die Klägerin die Vertragsstruktur gegenüber der DTAG so gewählt hat, dass sie vorab und allein in Folge der Tatsache, dass ihr jeweiliger Anschlusskunde eine 0190-Verbindung angewählt hat, ihrerseits die sog. Premium-Rate an die DTAG zu zahlen hat, hat sie auch grundsätzlich das Risiko in Kauf genommen, sich Einwendungen ihrer Anschlussinhaber auszusetzen, da schon im Jahre 1999 bekannt war, dass auch unseriöse Anbieter in nicht unerheblichem Umfang das System der Mehrwertdienste nutzen, um Gewinne ohne entsprechende Gegenleistung zu erzielen. Dies zeigt auch der vorliegende Sachverhalt, zumal die „Multimedia EDV“ des Harald Haase ausweislich des als Anlage B11 im Anlagenkonvolut II eingereichten Schreibens der dtms AG vom 16. März 2001 unter der Anschrift „Apartado de correos No. 331“ residiert, wobei es sich also um ein Postschließfach in Spanien handelt. Ein erfolgreicher Rückgriff gegen den Mehrwertdiensteanbieter durch den Anschlusskunden wird hierdurch letztlich ausgeschlossen, da noch nicht einmal eine ladungsfähige Anschrift bekannt ist.

Die Anwahl von Mehrwertdiensten durch die jeweiligen Anschlussinhaber stellt sich nach Auffassung des Senats nicht als neutrales, lediglich auf Bereitstellung der jeweiligen Verbindungen gerichtetes Geschäft der Klägerin dar. Die Klägerin besitzt darüber hinaus ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Herstellung von Telekommunikationsverbindungen zwischen den Anschlussinhabern und den Mehrwertdiensteanbietern, das über das Entgelt für die bloße Herstellung und Vermittlung der Telekommunikationsverbindung hinaus geht. Aus den zwischen ihr und der DTAG im Interconnection-Vertrag getroffenen Entgeltvereinbarungen einerseits und den klägerischen Tarifbedingungen andererseits ergibt sich, dass die Klägerin an die DTAG maximal 1,4677 EUR/Min. netto für die Anwahl eines Mehrwertdienstes der Gruppe 0190-8 zu zahlen hat. Ihren Kunden stellt die Klägerin, wie sich aus den streitgegenständlichen Telefonrechnungen ergibt, umgerechnet 1,5999 EUR/Min. netto für die Anwahl einer 0190-8-Verbindung in Rechnung, sie erlöst mithin 0,1322 EUR/Min. netto. Für ebenfalls außerhalb ihres eigenen Netzes geführte Deutschlandgespräche in der Hauptzeit hat sie der Beklagten ausweislich der in Anlage B10 im Anlagenkonvolut II eingereichten Rechnung für den Monat Mai 2000 hingegen lediglich 0,10345 DM/Min. bzw. 0,0529 EUR/Min. in Rechnung gestellt, obgleich sie sich insoweit ebenfalls anderer Leitungsnetze bedient und die technische Leistung der Durchleitung der Telekommunikationsverbindung

identisch ist. Mithin hat die Klägerin durchaus ein besonderes wirtschaftliches Interesse an der Anwahl von Mehrwertdiensten durch die jeweiligen Anschlussinhaber.

Der Anschluss der jeweiligen Verbindungsverträge wird allerdings weder von der Klägerin noch von der DTAG, über welche die jeweiligen Verbindungen zum Teilnehmernetz des Mehrwertdiensteanbieters geleitet werden, beworben. Die Werbung für Mehrwertdienstleistungen erfolgt regelmäßig durch den jeweiligen Anbieter der Mehrwertdienste. Diese Werbung muss sich die Klägerin jedoch nach Auffassung des Senats gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Hierbei sind die Grundsätze, die von der Rechtsprechung für die Haftung für ein Verschulden des Verhandlungsgehilfen in den Vertragsverhandlungen entwickelt worden sind, heranzuziehen. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Dritter, der von einer Vertragspartei zur Führung der wesentlichen Vertragsverhandlungen herangezogen worden ist, im Regelfall auch damit betraut ist, vorvertragliche Sorgfaltspflichten zu erfüllen (BGH NJW 1996, 451). Zwar sind die jeweiligen Mehrwertdiensteanbieter im Regelfall nicht aufgrund vertraglicher Vereinbarungen zwischen ihnen und dem Teilnehmernetzbetreiber des jeweiligen Anschlusskunden vertraglich verpflichtet, die 0190-Rufnummern zu bewerben, insbesondere ist dies für das Verhältnis zwischen der „Multimedia EDV“ des Harald Haase und der Klägerin weder ersichtlich noch vorgetragen. Die jeweiligen Teilnehmernetzbetreiber gehen jedoch davon aus, dass die erforderliche Werbung durch den Mehrwertdiensteanbieter erfolgt und nehmen diese ohne zusätzliche Kontrolle der Seriosität in Kauf. Die Klägerin bediente sich aber der Multimedia EDV bei der Anbahnung derjenigen Geschäfte, die tarifmäßig – entsprechend der Tarifierung der Rufnummer 0190-8-26778 – die hier streitigen Gebühren auslösten, und bei denen die Klägerin zufolge des von ihr abgeschlossenen Interconnection-Vertrages das Recht für sich in Anspruch nimmt, das Entgelt in vollem Umfang in eigener Person selbst fordern zu können. Dies geschah zwar nicht durch eine hierauf gerichtete Beauftragung oder Anweisung und auch nicht durch ein sonst erkennbar abgestimmtes Verhalten zwischen beiden. Es genügte jedoch, dass sie die von Multimedia-EDV mit dem Lockangebot der „kostenlosen Software“ beworbene Leistung einkaufte mit der Folge, dass sie sie sodann als eigene Leistung gegenüber der Beklagten abrechnen zu können meint, wodurch sie – jedenfalls bis zu einem gewissen Grade, wie dargestellt – selbst profitiert. Somit machte sie sich diese Werbung zunutze, bediente sich ihrer.

Es ist anerkannt, dass der Geschäftsherr für das Verschulden aller derjenigen Personen einstehen muss, denen er sich bei der Vertragsanbahnung bedient (s. Palandt-Heinrich, BGB, 61. Aufl., Rn. 91 zu § 276 BGB und – gerade auch für den Fall des nicht abgestimmten Verhaltens – BGH in NJW 1990 S. 1661, 1662).

Die Multimedia-EDV hat ihre Sorgfaltspflichten gegenüber einem potentiellen Kunden erheblich verletzt, wie nachstehend ausgeführt wird:

Die Rufnummer 0190-8-26778 ist jedenfalls im Internet fehlerhaft beworben worden. Dabei kann offen bleiben, ob der Sohn der Beklagten spätestens dann, als er über den von ihm gewählten Link auf der Internetsite Easywarez.com auf die Internetseiten Erotower.com geleitet wurde, hätte erkennen müssen, dass sich hinter Erotower.com ein pornografisches Angebot verbirgt. Die eingereichten Ausdrucke aus dem Internet lassen nicht zwingend ersehen, dass die Software Erotower.EXE lediglich dazu dienen sollte, das Angebot der „Multimedia EDV“ über das Internet abzurufen. Die Angabe, die Software ermögliche einen Hochgeschwindigkeitszugang und eine schnellere Bildübertragung, machen zunächst

nicht deutlich, dass lediglich der Zugang zu „Erotower“ möglicherweise schneller als über übliche Internetzugänge erfolge. Daß durch die Installation der Software einerseits ein Zugang zu der Rufnummer 0190-8-26778 hergestellt und diese Rufnummer als Standard-Internetverbindung im DFÜ-Netzwerk des Betriebssystems Microsoft Windows installiert wird, ergab sich weder aus der Werbung für Erotower.EXE noch aus den zusätzlichen Hinweisen hierzu, wie sie von der Beklagten mit Anlage B28 im Anlagenkonvolut IV eingereicht worden sind. Dort wird zur Frage „Ist es gefährlich das Programm runter zu laden bzw. zu starten?“ lediglich angegeben, das Programm sei virenfrei. Ein Hinweis darauf, dass zugleich die Standard-DFÜ-Verbindung zu der Rufnummer 0190-8-26778 eingerichtet werde, erfolgt nicht. Darüber hinaus wird nicht darauf hingewiesen, dass ein bloßes Löschen der Software Erotower.EXE nicht ausreiche, um sämtliche von der Software verursachten Änderungen im Betriebssystem rückgängig zu machen. Der Hinweis, es müsse ein weiteres Programm heruntergeladen werden, um die komplette Deinstallation zu bewirken, macht nicht deutlich, dass allein durch das Starten von Erotower.EXE Manipulationen am Betriebssystem vorgenommen werden. Insoweit kommt es nicht darauf an, dass im Falle des Aufrufs der Software Erotower.EXE tatsächlich ein Hinweis darauf erfolgte, dass nunmehr eine Verbindung zu einem Preis von 3,63 DM/Min. bestand (vgl. die als Anlage B13 im Anlagenkonvolut II eingereichten Bildschirmausdrucke), da nicht ersichtlich war, dass auch ohne den Aufruf von Erotower.EXE standardmäßig die Internetverbindung über die Rufnummer 0190-8-26778 hergestellt wurde. Insoweit hat der Anbieter Haase bereits gegen seine Aufklärungspflichten verstoßen, da er nicht deutlich gemacht hat, dass allein durch den einmaligen Aufruf der Software Erotower.EXE eine neue Standard-DFÜ-Verbindung für alle Einwahlen in das Internet geschaffen wird. Hierin liegt zugleich ein schuldhafter Verstoß gegen Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit der Werbung für 0190-Verbindungen.

Unerheblich ist vor diesem Hintergrund die Behauptung der Klägerin, dem bei richtigem Umgang mit dem PC bei jeder Internet-Verbindung ein „Warnhinweis“ auf die vom PC angewählte Rufnummer 0190-8-26778 auf dem Bildschirm erschienen wäre. Denn dies ist angesichts der nicht bestrittenen Bildschirmausdrucke der Anlage B29 nicht nachvollziehbar, in jedem Fall aber nicht ausreichend, um darzulegen, dass die Gefahr der unbeabsichtigten und sich ständig wiederholenden Verbindungen zu der genannten Rufnummer damit beseitigt wäre, zumal über die Gestaltung, die Deutlichkeit und die Dauer eines solchen Hinweises nichts vorgetragen wurde.

Dass die Beklagte bzw. ihr Sohn auch bei entsprechender Information die Einwahl in das Internet über die Rufnummer 0190-8-26778 vorgenommen hätten, wäre dabei von der Klägerin darzulegen und zu beweisen gewesen, kann aber darüber hinaus als völlig lebensfremd außer Betracht gelassen werden. Anhaltspunkte hierfür sind zudem schon deshalb nicht ersichtlich, weil ausweislich der eingereichten Rechnungen nach Kenntnis und Wegfall der Einwahl zu der Rufnummer 0190-8-26778 ab September 2000 zunächst 18 und im Oktober 2000 129 Verbindungen zu der von der Klägerin angebotenen Interneteinwahl erfolgt sind. Dieses Verbindungsvolumen deckt sich mit der Zahl der zuvor über die Rufnummer 0190-8-26778 hergestellten Verbindungen.

Dieses zeigt aber auch, dass der Verschuldensvorwurf gegenüber der Multimedia-EDV nicht nur in der mangelnden Aufklärung des – zunächst noch potentiellen – Kunden zu sehen ist, sondern vor allem darin, dass die Multimedia EDV unmerklich für den Kunden, hier die Beklagte bzw. ihr Sohn, allein durch den einmaligen Aufruf der Software

Erotower.EXE eine neue Standard-DFÜ-Verbindung für alle Einwahlen in das Internet geschaffen und damit das Betriebssystem des Kunden manipuliert hat.

3. Der sich hieraus für die Beklagte ergebende Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo richtet sich dahin, so gestellt zu werden, als wäre nicht das tatsächlich geschlossene, sondern das gewünschte Rechtsgeschäft zustande gekommen.

Insoweit kann die Klägerin keine Vergütung für den Mehrwertdienst mit der Rufnummer 0190-8-26778 verlangen. Die Beklagte ist jedoch verpflichtet, der Klägerin jedenfalls die Vergütung zu zahlen, die auch dann geschuldet gewesen wäre, wenn ihr Sohn den von der Klägerin zu einem Nettopreis von 0,03448 DM/Min. entsprechend den Angaben in der Rechnung für August 2000 angebotenen Internetzugang genutzt hätte. Der Senat hat bei Umrechnung der auf die Rufnummer 0190-8-26778 entfallenden Verbindungen ermittelt, dass im Fall, der Sohn der Beklagten hätte die Internetverbindungen nicht über die Rufnummer 0190-8-26778, sondern über den von der Klägerin angebotenen Internetzugang hergestellt, ein Entgelt von brutto 173,77 DM angefallen wäre, das die Beklagte auch bei richtiger Aufklärung hätte bezahlen müssen. Mithin schuldet die Beklagte der Klägerin diese 173,77 DM (jetzt 88,85 EUR). Sie kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass § 4.1 der zwischen den Parteien vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Anwendung finde, weil es sich nicht um Sprachverbindungen gehandelt habe. Gegenstand der klägerischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Überlassung von Telefonanschlüssen in Abgrenzung zu reinen, zum Zwecke der Datenverbindung zwischen zwei vertraglich festgelegten Punkten hergestellten Datenleitungen. Nach den Bestimmungen des TKG ist insoweit zwischen der Überlassung von Übertragungswegen i.S.v. Lizenzklasse 3 des § 6 Abs. 2 Nr. 1 c TKG und den hier streitgegenständlichen Leistungen nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 TKG zu unterscheiden. Die Geschäftsbedingungen der Klägerin gelten in diesem Zusammenhang für alle über den zur Verfügung gestellten Telefonanschluss erbrachten Leistungen, unabhängig davon, ob es sich um eine Sprachverbindung, eine Internetverbindung oder eine Telefaxübertragung handelt, zumal die Klägerin gar nicht in der Lage wäre, zwischen Daten- und Sprachverbindungen zu differenzieren. Nach dem gegenwärtigen Stand der Technik können je nach Art der Endgeräte des Anschlussinhabers über Telefonleitungen Daten- und Sprachverbindungen geleitet werden, ohne dass der Teilnehmernetzbetreiber ohne Verletzung des Fernmeldegeheimnisses in der Lage wäre, in seiner Abrechnung eine entsprechende Differenzierung vorzunehmen. Deshalb kann der Anschein der Richtigkeit der Telefonrechnung nach § 16 Nr. 3 TKV i.V.m. § 41 TKG nicht nur für den Telefonsprachdienst gelten.

4. In diesem Zusammenhang bedurfte es keiner Entscheidung, ob die jeweiligen Verbindungsverträge auch nach § 123 BGB anfechtbar sind, da auch bei Anfechtbarkeit der Verträge die Beklagte nach der Saldotheorie verpflichtet gewesen wäre, sich ihre ersparten Aufwendungen anrechnen zu lassen, die dem Entgelt für die tatsächlich gewollten Internetverbindungen entsprochen hätten.

B.

Keinen Erfolg hat die Berufung der Beklagten, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung weiterer 1.201,28 DM einschließlich Mehrwertsteuer betreffend die Anwahl weiterer 0190-Rufnummern außerhalb der Rufnummer 0190-8-26778 richtet. Die Beklagte hat weder die Anwahl dieser Rufnummern bestritten noch dargetan, dass die jeweilige

Anwahl durch die auf dem Computer ihres Sohnes installierte Dialer-Software verursacht worden ist. Der Geltendmachung des entsprechenden Entgeltanspruchs durch die Klägerin steht dabei nach Auffassung des Senats keinesfalls entgegen, dass die Klägerin selbst nicht Anbieterin der jeweiligen Mehrwertdienste ist.

Zwar ergibt sich ihre Berechtigung zur Einziehung der entsprechenden Teilforderung nicht bereits aus § 15 TKV, da diese Vorschrift lediglich die einheitliche Rechnungslegung durch den Teilnehmernetzbetreiber des Anschlussinhabers vorschreibt, diesen aber nicht allgemein zur Einziehung von Ansprüchen Dritter ermächtigt. In diesem Zusammenhang folgt der Senat grundsätzlich der Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH CR 2002, 107 [109]) und der Beschlusskammer 3 der RegTP vom 21. Februar 2000 (MMR 2000, 298 [308]), wonach Mehrwertdienste ebenfalls dem § 15 TKV unterfallen. Mithin wäre grundsätzlich der Teilnehmernetzbetreiber des Anschlussinhabers lediglich berechtigt und verpflichtet, die Mehrwertdienstleistungen gegenüber dem Anspruchsinhaber abzurechnen, während deren gerichtliche Geltendmachung dem Mehrwertdienstanbieter überlassen bliebe. Dem Anschlussinhaber ist nach Auffassung des Senats die Berufung auf die fehlende Anspruchsinhaberschaft des Netzbetreibers jedoch dann verwehrt, wenn – wie hier – sachliche Einwendungen gegen den Entgeltanspruch gar nicht erhoben werden.

C.

Insgesamt ist der Anspruch der Klägerin deshalb wie folgt neu zu berechnen:

Die Klägerin konnte von der Beklagten aufgrund der eingereichten Rechnungen zunächst 610,02 DM einschließlich Mehrwertsteuer für Telefondienstleistungen außerhalb von Premium-Service-Verbindungen verlangen. Darüber hinaus stand ihr ein Anspruch über 1.201,28 DM für Verbindungen zu 01910-Premium-Services außerhalb der Rufnummer 0190-8-26778 zu. Weiter hätte die Beklagte, wären die Verbindungen zum Internet nicht über die Rufnummer 0190-8-26778, sondern über den Internetzugang der Klägerin erfolgt, ein Entgelt von 173,77 DM brutto zahlen müssen. Insgesamt ergeben sich so 1.985,07 DM, welche die Beklagte als Entgelt geschuldet hätte. Hierauf hat sie zunächst 820,47 DM gezahlt, weitere 19,95 DM sind von ihr in diesem Rechtsstreit anerkannt worden. Auf diese Weise ergibt sich eine noch offene Restforderung der Klägerin von 1.144,65 DM bzw. 585,25 EUR.

Soweit die Klägerin die Zahlung weiterer 951,21 DM als Schadensersatz nach § 8.1 ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen begehrt und zugesprochen erhalten hat, scheidet dieser Anspruch daran, dass die Beklagte nach den vorstehenden Ausführungen grundsätzlich zur Zahlungsverweigerung berechtigt war. Selbst wenn nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 a.F. TKV eine Anschlusssperre schon bei einem Zahlungsrückstand von 150,00 DM möglich war und die Beklagte nach den vorstehenden Ausführungen der Klägerin einen darüber hinaus gehenden Betrag schuldet, lagen die Voraussetzungen einer Anschlusssperre und einer außerordentlichen Kündigung nicht vor, da die Zahlungsverweigerung der Beklagten nach den vorstehenden Ausführungen in ganz überwiegendem Umfang berechtigt war, selbst wenn im Ergebnis die Beklagte zu weiteren Leistungen verpflichtet ist. Auch im Rahmen von § 19 TKV wäre die Klägerin deshalb nicht berechtigt gewesen, eine vollständige Anschlusssperrung vorzunehmen, zumal die Beklagte zu erkennen gegeben hatte, Ansprüche, die sich nicht auf die Dialer-Software erstreckten, begleichen zu wollen.

III.

Der Zinsanspruch folgt aus § 8.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin i.V.m. §§ 284 Abs. 1, 286 BGB.

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Gegen die Entscheidung des Senats war für die Klägerin die Revision zuzulassen, um die Rechtsfrage der Zurechnung der Werbung des Mehrwertdiensteanbieters einer höchstrichterlichen Überprüfung zugänglich zu machen. Die Frage, ob unrichtige oder unlautere Angaben des Anbieters von Telekommunikations-Mehrwertdienstleistungen dem Netzbetreiber im Verhältnis zum Anschlussinhaber zuzurechnen sind, ist bisher nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Der Bundesgerichtshof hat sich (BGH CR 2002, 107) bisher lediglich mit der Frage befasst, ob dem Teilnehmernetzbetreiber der Einwand der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB entgegen gehalten werden kann und ausdrücklich offen gehalten, wie rechtlich zu verfahren ist, wenn die Anwahl einer 0190-Rufnummer aufgrund betrügerischer Einflussnahme erfolgt ist (ebd. S. 109). Die Rechtsfrage hat auch grundsätzliche Bedeutung, da die Zahl sog. Internet-Dialer in den letzten Monaten zugenommen hat und sich das Problem der Haftung von Anschlussinhabern gegenüber ihren Teilnehmernetzbetreibern in erhöhtem Umfang stellt.

Strauch Sternagel von Gélieu