

Amtsgericht Westerstede

28 C 848/03 (II)

Urteil vom 23.02.2004

In dem Rechtsstreit (...) hat das Amtsgericht Westerstede (...) für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Ohne Tatbestand gemäß §§ 495 a, 313 a ZPO.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung der durch den Beklagten einbehaltenen Telekommunikationsgebühren aus den §§ 611 Abs. 1, 398 BGB.

Bei den einbehaltenen Telekommunikationsgebühren handelt es sich um Entgelte für 0190-Nummern. Bei diesen 0190-Telefonnummern erhält der Kunde von einem Anbieter eine über das eigentliche Telefonieren hinausgehende Leistung. Eine solche Leistung kann beispielsweise im Abrufen von Wetterinformationen bestehen. Eingesetzt werden die 0190-Nummern auch für die Inanspruchnahme von Diensten aus dem Internet. Die Anbieter solcher Leistungen am Telefon und im Internet werden als Mehrwertdiensteanbieter bezeichnet (vgl. BGH NJW 2002, 361).

Diese Mehrwertdiensteanbieter sind oftmals vom Netzbetreiber unabhängige Anbieter. Die zusätzlichen Gebühren für den Mehrwert werden gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) von den Netzbetreibern für die Mehrwertdiensteanbieter geltend gemacht.

Die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin konnte hier nicht beweisen, dass die anspruchsbegründenden Tatsachen vorliegen, der Anspruch entstanden ist.

Bei reinen Telefon- und Sprachmehrwertdiensten, bei denen also telefoniert wurde, und bei Internetdiensten, die lediglich den Zugang zum Internet bereitstellen (Telekom, AOL, m.s.n., Freenet usw.) sogenannten „access provider“, kann der Netzbetreiber das Zustandekommen der Verträge mit dem Einzelbindungsnachweis beweisen.

Aufgrund des vorgelegten Einzelbindungsnachweises spricht dort der erste Anschein dafür, dass die angeführten Verbindungen auch willentlich gewählt wurden, also vom objektiven Empfängerhorizont entsprechende Willenserklärungen abgegeben wurden (§§ 133, 157 BGB) (vgl. OLG Hamm, Az. 11 U 99/93, Archiv PT 1994, 242). In der Herstellung der Verbindung zum Internet als solcher, ist ebenfalls eine konkludente Willenserklärung zu sehen. Ein Anscheinsbeweis besteht dann beispielsweise für die Verbindungsdauer bei Vorlage entsprechender Nachweise.

Bei 0190-Verbindungen, die Mehrleistungen aus dem Internet anbieten, liegen die Voraussetzungen für die Annahme dieses Anscheinsbeweises indes nicht vor. Es existieren im Internet eine Vielzahl sogenannter „Dialer-Programme“, bei denen es gerade für den Verbindungsaufbau nicht nötig ist, dass der Kunde eine DFÜ-Verbindung einrichtet. Dies erledigen die „Dialer-Programme“ selbständig, soweit sie heruntergeladen wurden. Hierbei existieren sogar „Dialer“, die den Vorgang des Herunterladens zuvor weder dem Kunden mitteilen noch ihn hierzu „um Erlaubnis fragen“. D.h., der Kunde erfährt nach den Informationen des Gerichts nicht, dass auf seinen Rechner Daten in Form einer .exe-Datei übertragen werden, ein Programm, dass sich danach selbständig ohne Installationsaufforderung oder Installationsfahrtangabe installiert.

Nach der Installation unterbricht das „Dialer-Programm“ zumeist die normale Internetverbindung mit dem „access provider“ und stellt selbständig die Verbindung mit der 0190-Nummer her. Des weiteren tragen sich diese „Dialer-Programme“ in der Netzwerkumgebung als Standardverbindungen ein. Dies führt dazu, dass eben diese

0190-Verbindung als Standardverbindung hergestellt wird, sobald ein Programm geöffnet wird, welches in seinen Optionen die automatische Herstellung der Internetstandardverbindung eingestellt hat.

Auch existieren nach den Erkenntnissen des Gerichts „Dialer“, die sich selbständig wieder deinstallieren. Diese Zusatzprogrammierung wurde vorgenommen, um dem Kunden zu erschweren, eine „Dialer“-Verbindung hinterher nachweisen zu können.

Aufgrund der Tatsache, dass Programme mit diesen Möglichkeiten existieren und eine Vielzahl von überhöhten Rechnungen verursacht haben, kann nach der allgemein bestehenden Lebenserfahrung der Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen einer Willenserklärung des Kunden durch Vorlage des Einzelverbindungs nachweises für Mehrwertdienste aus dem Internet nicht gelingen.

Für den Fall, dass es sich um einen Internetmehrwertdienst handelt, kann deshalb dann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kunde die Verbindung bewusst hergestellt hat.

Auch die Regelungen zum „Trierer Weinversteigerungsfall“ sind nicht vergleichbar. Dort muss derjenige, der an einer Versteigerung teilnimmt, immerhin wissen, dass sich an bestimmte Handlungen bestimmte rechtliche Folgen knüpfen können. Er muss bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden könnte. Auch muss der Erklärungsempfänger schutzbedürftig sein.

Mangels eines schutzbedürftigen Vertrauenstatbestandes kommt eine Zurechnung als Willenserklärung nicht in Betracht, wenn der Erklärungsempfänger das Fehlen des Erklärungsbewusstseins kannte oder mit ihm rechnete (Palandt-Heinrichs vor § 116, Rn. 17 m.w.N.). Soweit sich ein „Dialer“ selbständig zugeschaltet hat, liegt indes weder eine Handlung vor, aufgrund derer der Kunde auf Rechtsfolgen schließen könnte, noch ist ein solcher Erklärungsempfänger schutzbedürftig.

Auch wenn aufgrund einer Manipulation durch einen „Dialer“ statt des angewählten Programms oder zusätzlich eine teure 0190-Verbindung hergestellt wird, fehlt es an übereinstimmenden Willenserklärungen über Leistung und Gegenleistung, liegt also ein Dissens (§§154, 155 BGB) vor. Dann liegt zwar eine Willenserklärung des Kunden vor, aber mit grundlegend anderem Inhalt. Es ist kein Vertrag zustande gekommen, den der Netzbetreiber mit abrechnen könnte.

Weil es anders als bei den Telefon- und Sprachmehrwertdiensten aus den vorstehend angeführten Gründen keinen Anscheinsbeweis für das Zustandekommen auch des Vertrages zwischen Mehrwertdiensteanbieter und Kunden geben kann, solange das Problem der „Dialer“ nicht gelöst ist, muss sich der Netzbetreiber (Rechnungsersteller) vom Internetnutzer gegenüber seinem Zahlungsanspruch auch Einwendungen entgegenhalten lassen, die an sich den von seinem eigenen Vertrag unabhängigen „wertneutralen“ Vertrag zwischen Internetnutzer und Internetmehrwertdiensteanbieter betreffen - wenn er in seiner Rechnung die Mehrwertdienste mit abrechnet.

Denn hier ist die sogar „ohne Willenserklärung“ zustande gekommene (teure) Verbindung zu Internetmehrwertdiensteanbietern ohne den Netzbetreiber nicht denkbar, der seinerseits von der (sittenwidrigen) Leistung des Diensteanbieters profitiert (vgl. BGH a.a.O. III.2 a, der die Wertneutralität bei Sprachdiensten im Ergebnis aufgrund einer „mit“ Willenserklärung zustande gekommenen Telefonverbindung bejaht hat).

Für diese „Dialer“ kann deshalb nicht der Kunde das Risiko tragen, also auch nicht über die vorgenannten Grundsätze des BGH zu Telefon- und Sprachdiensten (s.o. I) betreffend die Wertneutralität der beiden Verträge.

Die Auffassung in der Rechtsprechung (zum Meinungsstand s. www.DialerundRecht.de/urteile), die das Risiko allein dem Kunden aufbürdet, geht nach hiesiger Ansicht zu weit. Soweit danach der Kunde sämtliche zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nutzen müsse, um einen Fremdeinfluss auf den Netzwerkzugang zu verhindern, damit er in den Schutz des § 16 Abs. 3 TKV - der nach seinem Wortlaut nur für die Sprachkommunikation gilt - kommen könne, wird dabei nach hiesiger Auffassung verkannt, dass die größte Zahl der Internetnutzer die Grundzüge des Netzwerkes gar nicht versteht. Würde dies gefordert, blieben viele Nutzer dem Internet fern und es verlöre wesentlich an Bedeutung.

Zu berücksichtigen ist, dass inzwischen in nahezu allen Lebensbereichen die Nutzung des Internets empfohlen oder gar - auch gerade von Schülern - erwartet wird. In der Regel installieren unerfahrene Kunden ihren Internetzugang über eine sogenannte Zugangssoftware, wie sie von Internetanbietern wie der Telekom oder von AOL den Kunden zur Verfügung gestellt werden.

Hierbei legt der Kunde in der Regel eine Installations-CD in das Laufwerk ein und das Programm übernimmt im wesentlichen die Installation des Internetzugangs für den

Kunden. Der Nutzer ist dann nicht gezwungen, den Ordner DFÜ-Netzwerk zu öffnen, um dort die Internetverbindung einzurichten. Daraus folgt, dass der unerfahrene Nutzer in der Regel gar nicht weiß, dass ein solcher Ordner existiert. Deswegen dürfte es ihm auch um so schwerer fallen, zu kontrollieren, ob sich in das DFÜ-Netzwerk weitere Verbindung eingetragen haben. Der Nutzer ist nach hiesiger Kenntnis dabei auch nicht gezwungen, die Rufnummer zum Anbieter selbst einzutragen, denn die Rufnummer ist durch den Anbieter bei der Installation bereits vorgegeben.

Es würden insbesondere Computerneulinge überfordert und dem Missbrauch von teuren 0190-Nummern und inzwischen auch 0900er-Nummern würde Vorschub geleistet. Der Kunde wäre, um seinen Sorgfaltspflichten hinreichend zu genügen, noch vor der ersten Einwahl ins Internet verpflichtet, seinen Computer mit Sicherheitsprogrammen hinreichend auszustatten, wobei er dann nicht einmal weiß, ob diese Sicherheitsschutzprogramme einen ausreichenden Schutz bieten. Dies ist nicht zumutbar. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum ein Anbieter von 0190-Nummern bzw. 0900-Nummern, der einen „Dialer“ benutzt, gegenüber dem Kunden bezüglich der Beweislast bevorzugt werden sollte, nur weil seine Rechnung über den Netzbetreiber abgerechnet wird und dies „marktgängiger“ ist (vgl. BGH a.a.O. III 2 b) bb)).

Wenn § 16 Abs. 3 TKV auch auf Internetmehrwertdienste angewendet wird, gilt dies wegen der Manipulationsmöglichkeiten über „Dialer“-Programme auch für § 16 Abs. 3 S. 3 2. Alt. TKV. Danach ist der Anbieter nicht berechtigt, die betreffenden Verbindungsentgelte vom Kunden zu fordern, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, die Höhe der Verbindungsentgelte sei auf Manipulationen Dritter an öffentlichen Telekommunikationsnetzen zurückzuführen.

Solange „Dialer“ unbemerkt vom Kunden selbständig mit diesem eine teure missbilligenswerte (betrügerische) Verbindung herstellen können, sind diese Tatsachen gegeben.

Der Mehrwertdiensteanbieter hat jederzeit die Möglichkeit, nur solche „Dialer“ anzubieten, die keine unbemerkten Verbindungen herstellen. Dies kann der Anbieter seinerseits dann jederzeit durch Vorlage des „Dialers“ beweisen. Der Mehrwertdiensteanbieter kann nach hiesiger Kenntnis zudem ohne weiteres beweisen, dass eine wirksame Willenserklärung vorlag.

Technisch müsste ihm dies möglich sein, da Willenserklärungen, die im Internet abgegeben werden, einer IP-Adresse zuzuordnen sind. Über die IP-Adresse ließe sich der Verbraucher bzw. der Anschluss im Nachhinein zweifelsfrei feststellen.

Eine Benachteiligung des Netzbetreibers ist nach der hier vertretenen Ansicht ebenfalls nicht zu ersehen. Der Netzbetreiber selbst ist nicht verpflichtet, die Forderungen der Mehrwertdiensteanbieter anzunehmen. In der zweiten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung heißt es in der Begründung zu Nr. 4: *„Der nach § 15 TKV zum Inkasso, nicht aber zur Weiterverfolgung verpflichtete Rechnungsersteller, hat in der Rechnung kenntlich zu machen, welche Forderungen er für Dritte, z.B. für Verbindungsnetzbetreiber oder Mehrwertdiensteanbieter, geltend macht...“*.

Hieraus ergibt sich, dass die Mehrwertdiensteanbieter bei entsprechender Weigerung des Kunden ihre Forderungen ggf. selbst einklagen müssen. Der Rechnungsersteller ist zur Weiterverfolgung nicht verpflichtet. Für den Rechnungsersteller ist es mithin auch kein Nachteil, wenn er die Darlegungs- und Beweislast für den Fall behält, dass er eine Forderung für die Mehrwertdiensteanbieter einzuziehen beabsichtigt. Soweit die Firma T. keine Möglichkeit hätte, die Zahlung in diesen Fällen zu verweigern, bedarf es einer Überarbeitung ihrer Verträge mit den Mehrwertdiensteanbietern.

So spricht auch nicht das Argument der Erhaltung der „Marktgängigkeit“ (BGH a.a.O. III 2 b) bb)) gegen die Verpflichtung der Mehrwertdiensteanbieter, eigene Rechnungen zu erstellen - jedenfalls nicht, solange die Gefahr der Inanspruchnahme durch „Dialer“ ohne vorherige Willenserklärung besteht.

Soweit danach in Einzelverbindungen zwischen Telefon- und Sprachmehrwertdiensten einerseits und Internetmehrwertdiensten andererseits nicht zuverlässig unterschieden wird, müssen die Netzbetreiber in Kauf nehmen, dass diese Einwendungen faktisch auch wieder gegenüber den Abrechnungen der 0190/0900-Telefon- und Sprachverbindungen geltend gemacht werden können.

Denn die Argumentation des BGH allein zu den Telefon- und Sprachmehrwertdiensten bei 0190-Nummern (NJW 2002, 361, Ziff. III), wonach keine schützenswerten Belange der Kunden verletzt werden, verfängt bei der Nutzung von 0190/0900-Nummern des Internets aufgrund der Gefahren durch „Dialer“ gerade nicht

mehr. Anders als bei der Inanspruchnahme von reinen Telefon- und Sprachmehrwertdiensten unterliegt es hier nicht „allein der freien ... individuellen Entscheidung“ des Internet-Nutzers „ob und mit welcher Intensität z.B. sexualbezogene“ oder sonstige missbilligenswerte (betrügerische) Mehrwertdienstleistungen in Anspruch genommen werden (s. BGH, a.a.O., III 2 b cc)). Es kann nicht die Auffassung geteilt werden (Winter, CR 2002, 899), wonach der Internetnutzer ohne weiteren Nachweis in Anspruch genommen werden könne, weil es ihm nicht am Bewusstsein fehle, irgendetwas getan zu haben.

Es geht nicht um die Frage, ob überhaupt eine Internetverbindung hergestellt wird, sondern darum, welche Verbindung der Nutzer herstellen will, damit das Internet sinnvoll genutzt werden kann. Dass es dem Kunden lediglich um die Nutzung des Internets geht und nicht um die entstehenden Kosten, ist lebensfremd.

Die Nebenentscheidungen haben ihre Rechtsgrundlage in den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 11,713 ZPO.