

Jurius

Dialer-Opfer muss nicht zahlen **Urteil des Kreisgerichts Werdenberg vom 14. Juni 2004**

Ein Kunde eines Festnetzproviders verweigerte die Bezahlung einer seines Erachtens unberechtigten Forderung. Die (zu) hohe Rechnungssumme sei durch einen unbemerkt installierten Dialer entstanden. Das Kreisgericht Werdenberg-Sargans SG gab ihm Recht und lehnte die Klage des Providers mit Urteil vom 14. Juni 2004 ab. Der Dialer sei heimlich installiert worden, und dafür habe der Telekom-Anbieter das Risiko zu tragen. Zudem sei der Festnetzvertrag ungültig. Das Urteil wird nachstehend im Volltext wiedergegeben.

Kanton St. Gallen

Kreisgericht Werdenberg-Sargans **Gerichtspräsident**

Entscheid vom 14. Juni 2004
in der Sache

SF AG
Klägerin

gegen

HG
Beklagter

betreffend

Forderung

Erwägungen

1. Mit Eingabe vom 18. August 2003 unterbreitete die Klägerin folgende Anträge:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 1'786.15 samt Zins zu 5% auf Fr. 1'774.30 ab 4. Juni 2002 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung des Betreibungsamtes [...] (Zahlungsbefehl vom 7. Juni 2002) sei im Betrag von Fr. 1'786.15 samt Zins zu 5% auf Fr. 1'774.30 ab 4. Juni 2002 aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Am 25. Oktober 1999 habe der Beklagte einen Abonnementsvertrag für einen ISDN Light-Anschluss für die Rufnummern [...] (Hauptnummer), [...] und [...] unterzeichnet.

Die Klägerin habe den Geschäftsbereich F der S AG per 1. Juli 2002 übernommen. Sämtliche vertragliche Beziehungen der S AG zu den Kunden inklusive sämtliche Guthaben für erbrachte Leistungen seien auf das gleiche Datum an die Klägerin übergegangen.

Die Leistungen der S AG seien dem Beklagten laufend monatlich in Rechnung gestellt worden. Der Beklagte habe die Rechnung für den Monat Februar 2002 nicht beglichen. Am 18. April 2002 habe er eine Teilzahlung von Fr. 82.90 geleistet. Der geltend gemachte Betrag für hergestellte Verbindungen über die Festnetznummer setze sich daher wie folgt zusammen:

Rechnung Februar 2002	Fr. 1'856.90
./Teilzahlung vom 18. April 2002	Fr. 82.60
Total	<u>Fr. 1'774.30</u>

Bei den in Rechnung gestellten Gebühren handle es sich nebst normalen Verbindungen zum Standard-Provider des Beklagten um Internetverbindungen zu Unterhaltungsseiten im Telekiosk-Bereich. Diese Verbindungen würden über 0906-Nummern mit wesentlich höherer Taxierung aufgebaut. Um eine entsprechende Verbindung überhaupt herstellen zu können, habe der Beklagte oder eine Drittperson vorher ein sogenanntes Dialer-Programm (Umfang ca. 43 KB) auf den PC laden müssen. Ein Dialer-Programm werde heruntergeladen, wenn ein User beim Surfen im Internet bewusst auf einen Link klicke, hinter dem kostenpflichtige Inhalte lägen, wenn ein User namentlich in einem entsprechenden Dialogfeld ausdrücklich akzeptiere, dass er eine kostenpflichtige Dienstleistung des Unterhaltungsseiten-Anbieters nutzen werde. Im Anschluss daran bzw. beim Starten des Dialer-Programms (wiederum nur durch Anklicken möglich) beende das Dialer-Programm die bestehende Internetverbindung und stelle über eine Telefonleitung mit der 0906-Nummer eine Verbindung zu dem Server des Anbieters und Inhabers der Nummer her. Es handle sich dabei nicht um eine einfache Modem-Verbindung (BBS), sondern um eine echte Internet-Verbindung. Die Verbindung bestehe also zu einem neuen Internet-Server (POP). Von hier aus verfüge der User daher weiterhin über einen vollwertigen Internetzugang und könne nebenher andere Internetdienstleistungen in Anspruch nehmen, jedoch stets zu erhöhten Preisen, solange er die Verbindung nicht trenne. Die erhöhte Taxierung (Fr. 4.-- bis Fr. 10.--/Min. je nach Anbieter) werde dem User dabei in einem Dialogfeld angezeigt. Um die Nutzung erhöht kostenpflichtiger Dienstleistungen zu beenden, müsse auch die Verbindung zum Server des Anbieters unterbrochen werden.

Aus dem Verbindungsnachweis für den Anschluss des Beklagten im Februar 2002 seien Verbindungen zu erhöht gebührenpflichtigen Internetseiten über die Nummer herauszulesen. Die 0906-Nummer sei mehrmals und zu stets unterschiedlichen Zeitpunkten beansprucht worden. Ferner könne festgestellt werden, dass vor und nach der Verbindungsherstellung zu einer erhöht gebührenpflichtigen Internetseite auch Verbindungen mit dem normalen Provider hergestellt worden seien.

Die Forderung basiere auf einem unterzeichneten Vertrag, dessen integrierende Bestandteile nebst einer Leistungsbeschreibung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preislisten der SF AG seien.

2. In der Klageantwort vom 26. September 2003 beantragte der Beklagte Folgendes:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

Zu seiner Begründung brachte der Beklagte in der Hauptsache Nachstehendes vor (sinngemäss): Der Beklagte habe kein Formular «Leistungsbeschreibung für die Übermittlung von Nachrichten über das Fixnet» erhalten. Es werde bestritten, dass diese Leistungsbeschreibung dem im Vertrag vom 25. Oktober 1999 erwähnten Leistungsbeschrieb entspreche.

Eine rechtsgültige Übertragung der Vertragsbeziehungen mit dem Beklagten von der S AG auf SF AG werde nicht anerkannt. Insbesondere werde die rechtsgültige Abtretung allfälliger Forderungen gegenüber dem Beklagten von der S AG an die SF AG bestritten. Eine solche Abtretung setze eine schriftliche Zustimmung des Beklagten voraus. Ohnehin nicht anzunehmen sei eine stillschweigende Zustimmung, wenn auf eine falsche Ankündigung, wonach die Verträge einfach und automatisch auf die SF AG übergingen, geschwiegen worden wäre.

Unmittelbar nach Erhalt der Rechnung vom 16. März 2002 habe der Beklagte die S AG kontaktiert und einen Verbindungsnachweis für Februar 2002 verlangt. Daraus habe sich ergeben, dass die erhöht kostenpflichtige Nummer 0906 am 15. Februar 2002 einmal, am 19. Februar 2002 vierzehn Mal und am 20. Februar 2002 drei Mal angerufen worden sei. Am 18. März 2002 habe der Beklagte der S AG schriftlich begründet, weshalb er diese Rechnung nicht akzeptiere. Weder er noch seine Mitbewohnerin hätten je bewusst die in der Rechnung aufgeführte Nummer angewählt. Die Rechnung könne schon deshalb nicht stimmen, da die besagte Nummer offenbar über das Internet angewählt werden müsse, aber am 19. Februar 2002, als diese Nummer von 15 Uhr bis 20 Uhr immer

wieder angewählt worden sei, niemand am Computer tätig gewesen sei.

Wenn man die vom Verbindungsnachweis behaupteten Vorgänge am 19. Februar 2002 betrachte, so sei ersichtlich, dass zwischen den jeweiligen Anwählungen immer nur wenige Sekunden lägen. Innert weniger Sekunden hätte der Beklagte immer wieder aus dem Programm ausgestiegen und dann wieder eingestiegen sein müssen, dies immer unter Anzeige der erhöhten Kostenpflicht, welche er dann mit «ok» hätte akzeptieren müssen. Dies schein unglaublich, wenn man bedenke, wie träge die Systeme im Internet gewöhnlich reagierten. Es erscheine auch unglaublich, dass eine Person, die auf einer derartigen Internetseite surfen sollte, immer wieder daraus aussteigen sollte, nur um unmittelbar anschliessend wieder einzusteigen. Es werde daher bestritten, dass der Beklagte jemals bewusst ein Dialer-Programm herunter geladen und dieses anschliessend durch bewusstes Anklicken immer wieder gestartet habe. Weder der Beklagte noch seine Mitbewohnerin seien jemals auf eine erhöhte Taxierung aufmerksam gemacht worden. Die S AG sei denn auch nicht auf technische Details des Verbindungsaufbaus auf die vorliegend angewählte Rufnummer eingegangen, obwohl sie aufgrund der technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten die einzige sei, die die entsprechenden technischen Details offen legen könne. Es sei dem Beklagten nicht einmal mitgeteilt worden, wer hinter der 0906-er Nummer stecken soll. Es sei daher nicht auszuschliessen, dass es sich dabei um unsittliche und rechtswidrige Inhalte handle.

Zu erwähnen sei schliesslich, dass die S AG selbst in ihrem Schreiben vom 11. März 2002 festgehalten habe, es sei beim Beklagten völlig ungewöhnlich, dass er eine derart hohe Rechnung habe. Dies sei ein deutlicher Hinweis dafür, dass etwas nicht mit rechten Dingen zugegangen sei und Leistungen in Rechnung gestellt worden seien, welche der Beklagte gar nicht in Anspruch genommen habe.

Zur Begründung der Einzelpositionen einer Telefonrechnung sei zudem für jeden Leistungsbezug ein Konsens notwendig. Nur auf Willensbetätigung des Kunden hin sollten Leistungen erbracht und dementsprechend bezahlt werden. Es sei nicht ersichtlich, dass der angebliche Dialer einer Warnung vor den höheren Gebühren umgesetzt hätte und ein Konsens über unüblich hohe Verbindungskosten zu Stande gekommen wäre. Aus dem Zeitablauf müsse angenommen werden, dass sich das von der Klägerin behauptete Programm verselbständigt und von sich aus Gebühren erzeugt habe.

3. An der Verhandlung vom 11. November 2003 hielten beide Parteien an ihren Begehren fest und beantragten die Erstellung einer Expertise.

In Ergänzung zur Klageschrift führte die Klägerin aus, dass die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen sei, zumal der Beklagte die Rechnungen über ein Jahr an die Klägerin bezahlt hat, er die Klägerin mithin als Gläubigerin anerkannt hat. Die geforderten Verbindungsgebühren liefen mit höheren Taxen. Um eine solche Verbindung herstellen zu können, müsse auf dem PC ein Dialer-Programm geladen werden. Ein Dialer stelle neue Verbindungen her, wobei es sich aber nicht um eine Modemverbindung handle, sondern um neue Internetverbindungen. Diese würden aber dem User angezeigt und müssten von diesem aktiv durch Anklicken bestätigt werden. Es sei daher nicht möglich, dass sich der Dialer selbständig eingewählt und eine gebührenpflichtige Verbindung hergestellt habe, wie der Beklagte behauptete. Komme hinzu, dass der Wechsel von einer 0906er-Nummer zur ursprünglichen Standardnummer nur manuell erfolgen könne. Die häufigen Einwahlen können auf häufige Unterbrechungen zurückgeführt werden, die entweder durch Serverproblemen oder Pausen, die der User mache, verursacht würden. Der hier interessierende Dialer arbeite mit einer Minuten-Taxierung. Ein solches Profil spreche gegen einen automatisierten Dialer, der sich selbst einwähle. Gegen einen derartigen Dialer spreche auch der Umstand, dass die Verbindung unterschiedlich unterbrochen worden sei.

Der Beklagte verwies auf die Klageantwort. Die Aktivlegitimation der Klägerin sei nicht gegeben. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) fehle hier die schriftliche Einwilligung des Beklagten zur Übernahme der S AG von SF AG. Es sei nicht in der Absicht des Beklagten gelegen, Verbindungen zu 0906-Nummern herzustellen. Indessen sei der Wille des Users zur Verbindungsherstellung erforderlich, um diese Dienstleistung überhaupt in Rechnung stellen zu können. Der von der Klägerin eingereichte Verbindungsnachweis könne den Konsens nicht nachweisen. Die Dialer wiesen heute derart komplexe Strukturen auf, dass sie fähig seien, selbständig Verbindungen herzustellen, zu unterbrechen und erneut herzustellen. Im Übrigen sei ein ISDN - Anschluss so konzipiert, dass zur selben Zeit zwei Verbindungen parallel bestehen. Am 19. Februar 2003 habe sich das System ins Internet eingewählt, obwohl der Beklagte ausser Reichweite des Computers gewesen sei. Dass während drei Tagen

keine Verbindung hergestellt worden sei, so der Beklagte weiter, sei darauf zurückzuführen, dass der Strom in diesen Tagen abgestellt worden sei. Deshalb habe sich der Computer auch nicht mehr selber einwählen können.

4. Im Beweisbeschluss vom 10. Februar 2004 wurde eine Expertise angeordnet. Der Experte sollte sich über die Herstellung und die Unterbrechung der Verbindungen mit einer 0906-Nummer äussern.

Als Experte wurde am 19. Mai 2004 BS eingesetzt.

5. An der Schlussverhandlung vom 14. Juni 2004 erschienen der Experte BS sowie die Parteien mit ihren Rechtsvertretern.

BS machte im Wesentlichen folgende Ausführungen (sinngemäss): Dialer seien kleine Programme, mit deren Hilfe über das analoge Telefon- oder das ISDN-Netz eine Verbindung zum Internet oder anderen Computernetzwerken aufgebaut werden könne. Dialer ermöglichten eine erleichterte Anwendung, da sie Rufnummern speichern, die nicht immer wieder vom User neu eingegeben werden müssten. Internetserviceprovider wie «bluewin» oder «cablecom» würden Installations-CDs anbieten, die es dem Benutzer vereinfachen sollen, eine Internet-Verbindung aufzubauen. Die Aktivierung solcher Dialer geschehe auf verschiedene Art und Weise. Es könne durch manuelles Anklicken heruntergeladen, installiert und schliesslich aktiviert werden. Dabei ist jeweils eine explizite Zustimmung des Users erforderlich. Es gebe auch Dialer, die sich an Standarddialer anknüpften, sobald die Verbindung zum Internet aufgebaut werde. Es handle sich hier um ein listiges Einnisten eines Dialers. Die Installation könne aber auch im Hintergrund ablaufen, ohne dass der User darüber informiert werde. Ein Dialer könne sich zudem, ähnlich wie Viren, unaufgefordert per E-Mail im System ablegen. Im vorliegenden Streitfall sei es nicht ersichtlich, ob es sich beim hier interessierenden Dialer um einen «seriösen» oder «unseriösen» Dialer handle. Der PC des Beklagten müsste untersucht und analysiert werden.

Es sei mithin technisch eindeutig möglich, dass eine Verbindung mit einer 0906-Nummer hergestellt werde, ohne dass diese bewusst vom User gewählt und bewusst abgebrochen werden müsse. Im Gegensatz zu einem analogen Anschluss, bei dem jede Verbindung hörbar sei, blieben solche Verbindung bei einem ISDN-Anschluss unbemerkt.

Es sei relativ einfach für Anbieter (beispielsweise S), darauf zu achten, dass sich solche Dialer nicht selber installieren können. Dabei müsste jede einzelne Nummer überprüft werden, ob Dienste mit rechtlich korrektem Inhalt zur Verfügung gestellt würden.

Auf die anschliessenden Ergänzungsfragen der Parteien führte der Experte Folgendes aus (sinngemäss): Aus dem Verbindungsnachweis lasse sich herauslesen, dass der Dialer nicht als Standard definiert worden sei. Ob von einer 0906-Nummer ohne manuelle Aktivierung des Users, also automatisch, auf die Standardnummer gewechselt werden könne, hänge von der Kreativität des Dialers ab. Es sei technisch durchaus möglich, dass sich der Dialer am 19. Februar 2002 ohne bluewin, mithin ohne Standard-Einwahl, in Betrieb gesetzt habe. Unter dieser Vielfalt von Dialern existierten auch solche, die nicht sofort, sondern eben erst Tage später aktiv würden. Die Taxierung des Angebotes, ob nun nach Minuten oder nach Einwahl, gebe keinen Aufschluss darauf, ob es sich um einen «seriösen» oder «unseriösen» Dialer handle. Technisch gesehen stünden alle Möglichkeiten offen. Mehrmalige Installation eines Dialers könne dadurch erklärt werden, dass eine Internetseite immer wieder aktualisiert und damit neu aufgebaut wird. So namentlich durch Programmierung des Reload nach festgelegten Zeitabständen. Es sei aber technisch durchaus denkbar, dass Dialer innerhalb von 23 Sekunden manuell aktiviert, beendet und erneut gestartet werden könnten.

6. Zwischen den Parteien besteht Übereinstimmung, dass der Beklagte am 25. Oktober 1999 einen Vertrag für einen ISDN-Light-Anschluss mit S AG geschlossen hat. Durch seine Unterschrift unter den Vertrag hat der Beklagte gleichsam die allgemeinen Geschäftsbedingungen als integrierenden Vertragsbestandteil der S AG anerkannt. Laut Vertrag bietet die S AG dem Beklagten den Zugang zum Telefonnetz und überlässt ihm drei ihm zugeordnete Rufnummern zur Nutzung. Für diesen Anschluss bezahlt der Beklagte einen monatlichen Betrag. Es handelt sich daher um einen Mietvertrag im Sinne von Art. 253 ff. OR. Gleichsam ist aber auch ein Werkvertrag im Sinne von Art. 363 ff. OR zustande gekommen. So hat die S AG dafür zu sorgen, dass die Telefonverbindung zustande kommt, wenn der Beklagte eine Nummer wählt. Bei diesem Telefonabonnementsvertrag handelt sich mithin um einen Innominatkontrakt (vgl. [BGE 129 III 604 =] BGE 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003).

Es steht fest, dass die Klägerin mit Eintrag im Handelsregister vom 17. Mai 2002 errichtet worden ist. Sie hat mittels Sachübernahmevertrag vom 24. Juni 2002 einen Teil der Aktiven und Passiven der S AG, namentlich den Geschäftsbereich «F», übernommen (siehe Handelsregistereintrag vom 24. Juni 2002).

Aus dem Schreiben der S AG an ihre Kunden vom 27. Mai 2002 ist deutlich herauszulesen, dass es sich hier um eine Umstrukturierung der S AG handelt. So ist namentlich auch der Geschäftsbereich «F» zu einer Tochtergesellschaft der S AG verlagert worden. Im Rahmen dieser Umstrukturierung sollten die Verträge zwischen der S AG und ihren Kunden auf die Klägerin übertragen werden (siehe Schreiben vom Juni 2002 des Geschäftsbereiches F an die Kunden der S AG). Der Beklagte will die Übernahme der Vertragsbeziehung durch die Klägerin nicht anerkennen. Dabei bezieht er sich auf die Bestimmung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der S AG, die er mit dem Vertrag vom 25. Oktober 1999 anerkannt hat. Nach lit. I. dieser AGB darf keine Partei ohne vorgängige schriftliche Zustimmung der anderen Partei Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf Dritte übertragen.

Das geltende Gesetz enthält keine Bestimmungen für Übertragungen ganzer Vertragsverhältnisse. Es regelt lediglich die Abtretungen einzelner Forderungen (vgl. Art. 164 ff. OR) und die Übernahme einzelner Schulden (Art. 175 ff. OR). Die Übertragung vertragsändernder oder -aufhebender Gestaltungsrechte bleiben dabei aber unberücksichtigt. Die Bestimmung Art. 181 OR spricht zwar von der Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes. Sie bezieht sich indes nicht auf ganze Vertragsverhältnisse, sondern ordnet lediglich den Schuldübergang. Art. 181 OR regelt demnach lediglich die Übertragung der Passiven, nicht aber die das Vermögen oder das Geschäft bildenden Aktiven. Die Aktiven müssen nach den allgemeinen Regeln einzeln übertragen werden (vgl. Tschäni, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N1 ff. zu Art. 181 OR).

Nach anerkannter Praxis und herrschender Lehre ist die Übertragung eines ganzen Vertragsverhältnisses mit Einschluss aller darin enthaltenen Rechten und Pflichten ohne Abtretung zulässig. Eine solche Übertragung hat im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages sui generis zu erfolgen, das zwischen der verbleibenden, der ausscheidenden und der neu eintretenden Vertragspartei geschlossen wird, oder im Rahmen eines Vertragsschlusses zwischen zwei Parteien, wobei die dritte ihre Zustimmung nachträglich zu erteilen hat (vgl. dazu Spirig, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1k, 3. Aufl., Zürich 1994, N 228 ff. Vorbem. zu Art. 175-183 OR; Gauch/Schluep/Schmid/ Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Band II, 7. Aufl., Zürich 1998, N 3672 f., mit weiteren Hinweisen). Dabei gehen nicht nur einzelne Forderungen oder Verpflichtungen, sondern auch das Rechtsgrundverhältnis auf den Erwerber über. Die Formvorschriften richten sich dabei nach den Formvorschriften für die zu übertragenden Vertragsbeziehungen (vgl. SJZ 86, 1990, Nr. 78, S. 379 ff. mit Verweis auf weitere Literatur).

Wie bereits angedeutet wurde, handelt es sich beim Vertrag vom 25. Oktober 1999 um einen Innominatkontrakt mit Elementen eines Mietvertrages und eines Werkvertrages. Für keine der beiden Verträge ist eine besondere gesetzliche Form vorgeschrieben. Demzufolge ist auch die Vertragsübertragung an keine gesetzliche Formvorschrift gekoppelt. Indessen enthalten die im Vertrag integrierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel, wonach keine Partei ohne vorgängige schriftliche Zustimmung der anderen Partei Rechten und Pflichten an Dritte übertragen darf (siehe kl.act. 2; lit. I. der AGB S AG). Wenn die Schriftlichkeit bereits für die Übertragung einzelner Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag vorbehalten wurden, muss diese Formvorschrift auch für die Übertragung ganzer Vertragsverhältnisse gelten. Wo aber eine durch die Parteien vereinbarte Formvorschrift nicht eingehalten worden ist, folgt aus Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung, dass der Vertrag wegen Formfehlers ungültig sei (vgl. dazu Schwenzer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N 6 ff. zu Art. 16 OR).

Das Prinzip der Vertragsfreiheit lässt es indes zu, dass der Vertrag trotz Nichteinhaltens der vereinbarten Form in Kraft tritt, wenn eine Vertragsleistung ohne Vorbehalt durch eine Partei erbracht und entgegengenommen wird. Dabei handelt es sich um eine Aufhebung der Formabrede (vgl. dazu Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 1a, Obligationenrecht, Art. 1-17 OR, Zürich 1973, N 41 zu Art. 16 OR). Die Klägerin führt entsprechend und sinngemäss aus, dass der Beklagte die Klägerin durch konkludentes Verhalten als neue Vertragspartei anerkannt und damit der Vertragsübertragung zugestimmt habe. Dies habe er insbesondere dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er, was unbestritten geblieben ist, seit der Vertragsübertragung die Leistungen der Klägerin über ein Jahr entgegengenommen und die Gebühren derselben an die Klägerin bezahlt habe. Die Klägerin muss sich aber den Wortlaut im Schreiben vom Juni 2002 (siehe kl.act. 4) entgegenhalten lassen.

Der Hinweis, dass die Verträge «einfach und automatisch» auf die Klägerin übertragen würden, erweckt den Eindruck, dass es hierfür keiner ausdrücklichen Zustimmung des Kunden, weder schriftlich noch mündlich, bedürfte. Damit hat die S AG, die selbst die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit die Formvorschrift für die Übertragung von Rechten und Pflichten zum Vertragsinhalt gemacht hat, falsche Tatsachen vorgetäuscht. Die vorgängige Einholung der schriftlichen Zustimmung jedes Kunden wäre, aufgrund des grossen Kundenbestandes, mit Sicherheit mit beträchtlich grösseren Aufwendungen und unter Umständen mit unangenehmen Rückmeldungen verbunden gewesen. Die geplante Übernahme hätte sich allenfalls in die Länge gezogen. Darüber musste sich die S AG im Klaren sein, als sie ihren Kunden, in Umgehung der vertraglichen Bestimmungen, eine «unkomplizierte» Vertragsübertragung vorgab. Die Klägerin müsste bei dieser Sachlage den Nachweis erbringen, dass ihre Kunden den Vertrag nachträglich genehmigt haben, obwohl sie um diese Täuschung wussten (vgl. dazu Schwenzer, Basler Kommentar, a.a.O., N 24 zu Art. 31 OR).

Unter diesen Umständen ist auch nicht von Belang, dass die Änderung, welche der Vertragsparteiwechsel mit sich brachte, lediglich darin bestand, dass der Geschäftsbereich SF die Vertragsleistungen, die er bis zum 1. Juli 2002 im Namen der S AG erbracht hatte, nun als Aktiengesellschaft im eigenen Namen anbietet. Die Übertragung bleibt ungültig. Der Klägerin fehlt damit die Aktivlegitimation, was bereits zur Abweisung der Klage führt.

7. Die Klage wäre im Übrigen auch aus anderen Gründen abzuweisen:

Mit Rechnung vom 16. März 2002 machte die S AG aus dem Telefonabonnementsvertrag gegen den Beklagten eine Forderung von Fr. 1'813.80 geltend. Davon wird die Forderung im Betrage von Fr. 1'731.20 bestritten, der für Verbindungen mit Mehrwertdiensten verrechnet wurde. Die Summe ergibt sich aus 18 Verbindungen mit einer bestimmten 0906-Nummer, die am 15., 19. und 20. Februar 2002 angewählt wurde. Bei der 0906-Nummer handelt es sich um eine Mehrwertdienstleistung, die der Rubrik «Erwachsenenunterhaltung» (beispielsweise Erotik) vorbehalten ist.

a) Voraussetzung für den Vergütungsanspruch der Klägerin ist das Zustandekommen eines Vertrages über die Erbringung dieser Mehrwertdienstleistung und die Höhe der daraus abgerechneten Gebühren. Für das Vorliegen der erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärung ist die Klägerin beweispflichtig (vgl. Art. 8 ZGB). Der Verbindungsnachweis vom 16. März 2002 (siehe kl.act. 8) gibt detailliert Auskunft über das Datum, die Zeit, die Zielnummer sowie Dauer der einzelnen Verbindungen und spricht daher grundsätzlich dafür, dass die Verbindungen zur besagten Nummer tatsächlich hergestellt worden sind. Indessen ist aus dem Verbindungsnachweis nicht ersichtlich, ob die erhöhte Taxierung der 0906-Nummer vor Verbindungsaufbau angezeigt und durch wissentliches und willentliches Betätigen einer Tastaturtaste oder durch Mausclicken akzeptiert worden ist. Diese Anzeigepflicht ergibt sich aber aus Art. 10 Abs. 1 lit. q der Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211), wonach Preise für auf Fernmeldediensten aufbauende Mehrwertdienste bekanntgegeben werden müssen (in Kraft seit 1. November 1999).

Der Beklagte behauptet sinngemäss, die Verbindungen zur 0906-Nummer seien durch ein heimlich installiertes Einwahlprogramm, einem sogenannten Dialer, hergestellt worden. Vermutlich habe dies mit dem in seinem Brief vom 18. März 2003 an die S AG geschilderten Vorfall zu tun (siehe bekl. act. 5). So habe sich seine Mitbewohnerin im Internet herum gesehen, wobei auf einmal ein kleines Bild «Immer geil» auf dem Bildschirm erschienen sei. Als es ihr nicht gelungen sei, das Bild zu löschen, habe sie den Computer heruntergefahren. Erst Tage später sei es ihm gelungen, die Ikone «Immer geil» zu löschen. Unter diesen Umständen wäre der Vertrag über die Herstellung der Verbindung zur 0906-Nummer nicht zustande gekommen.

Klagen wegen überhöhter Telefonrechnungen, die auf Web- oder PC-Dialer zurückzuführen sind, beschäftigt das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) bereits seit einiger Zeit. Dabei handelt es sich um den Missbrauch von 090x-Nummern und ferner um 090x-Dialern, die sich gegen den Willen des Benutzers auf dem PC installieren. Zur Verbesserung des Konsumentenschutzes werden daher seit 1. April 2004 Verwendungen von 090x-Nummern zur Herstellung einer Internetverbindung via PC-Dialer verboten. Seit in Kraft treten der Revision der Preisbekanntgabeverordnung am 1. Juni 2004 muss der Preis einer Verbindung zu 090x-Nummern am Anfang der Verbindung kostenlos angekündigt werden, wenn deren Grundgebühr oder deren Minutentarif Fr. 2.-- übersteigt. Ist die Grundgebühr höher als Fr. 10.-- oder übersteigt der Minutenpreis Fr. 5.--, muss dies die Person, die diese Nummer gewählt hat, ausdrücklich - etwa durch einen Tastendruck - bestätigen. Der vorliegende Streitfall fällt indes in den Zeitraum, als der Missbrauch von 0906-Dialern noch nicht eingedämmt war. Der vom Gericht beigezogene

Experte hat glaubhaft dargetan, dass den Methoden, wie ein 090x-Dialer automatisch und damit ohne bewusstes Handeln des Benutzers heruntergeladen, installiert und angewählt werden kann, keine Grenzen gesetzt sind. Je nach Kreativität des Dialers kann es passieren, dass dieser beispielsweise automatisch beim Betreten einer Webseite heruntergeladen wird und sich während des Surfens heimlich im Hintergrund installiert. Zudem ist es möglich, dass ein normaler Internetzugang beendet wird und eine teure Verbindung gestartet wird, ohne dass der User davon Notiz nimmt. Oder aber die Einwahl des Dialers beginnt automatisch ohne Einwilligung oder Information des Users. Schliesslich können derartige Dialer vom ungeübten Surfer nicht, oder aber nur unter grössten Schwierigkeiten wieder vom PC entfernt werden (vgl. dazu auch Technische Grundlagen von Dialern und Mehrwertnummern, www.dialerschutz.de/home/Technik/body_technik.html). Ob es sich im vorliegenden Fall um einen derartigen dubiosen Dialer handelt, sei, so der Experte, aus dem Verbindungsnachweis allein nicht ersichtlich. Andererseits lässt sich aber, selbst wenn zu diesem Zeitpunkt keine sich selbst installierende Dialer bekannt waren, nicht darauf schliessen, dass solche Programme nicht existiert hätten.

Nach Meinung des Experten lässt sich der 0906-Dialer hier indes nicht als Standardprovider taxieren. Der Dialer hat also die Einstellungen im Datenfernübertragungsnetzwerk (DFÜ-Netzwerk) nicht derart verändert, dass sämtliche Verbindungen in das Internet nicht mehr über die Standardeinwahl, sondern über die Einwahl der erhöht taxierten 0906-Nummer erfolgen. Dies ergibt sich auch schon aus dem Verbindungsnachweis vom 16. März 2002, da das Internet am 15. Februar sowie am 20. Februar 2002 offensichtlich über eine 0840-Nummer, mithin über den ursprünglichen Standardprovider, angewählt worden ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Beklagte den Dialer bewusst heruntergeladen, installiert und schliesslich angewählt hat.

Die Klägerin macht geltend, dass es schon deshalb sehr unwahrscheinlich um einen dubiosen Dialer handeln könne, weil drei Tage lang, namentlich vom 16. bis 19. Februar 2002, nichts passiert sei. Der Einwand des Beklagten, er hätte den Computer für diese Tage zwecks «Zügeln» aus dem Stecker gezogen, klingt indes plausibel. Doch selbst wenn der Computer eingesteckt und auf Standby geschaltet gewesen wäre, ist es technisch gesehen nicht auszuschliessen, dass sich der 0906-Dialer für Tage ruhig verhalten und sich erst später aktiviert haben könnte. Im Rahmen des technisch Möglichen liegt je nach Natur des Dialers ferner auch der automatische Wechsel von einem Mehrwert-Dialer zurück auf den Standardprovider.

Es stellt sich die Frage, ob sich die Vorgänge, wie sie aus dem Verbindungsnachweis herauszulesen sind, einem typischen Geschehensablauf zuordnen lassen. Dabei fallen insbesondere die Abläufe vom 19. Februar 2002 ins Auge. Zwischen den Unterbrechungen und den erneuten Anwählungen der 0906-Nummer liegen immer nur wenige Sekunden:

Anzeige der Verbindung min:sec	Dauer min:sec	Dauer Unterbruch und Wiederherstellung der Verbindung in Sekunden
15:28:00 bis 15:33:22	5:22	} 41 sec.
15:34:03 bis 15:36:20	2:17	
15:36:43 bis 15:38:02	1:19	} 23 sec.
15:40:06 bis 16:25:10	45:04	} 124 sec.
16:25:34 bis 16:26:14	0:40	} 24 sec.
16:26:37 bis 16:28:24	1:47	} 23 sec.
16:30:25 bis 17:02:24	31:59	} 121 sec.
		} usw.

Nach Ansicht des Experten ist es zwar möglich, innerhalb weniger Sekunden auf dem üblichen und «seriösen» Weg, mithin durch mehrmaliges Anklicken entsprechender Dialogfelder, einen Mehrwert-Dialer zu unterbrechen und wieder anzuwählen. Diese Zeitabläufe beschreiben indes ein nach der Lebenserfahrung atypisches Verhalten eines Users. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb eine Person, die eine derartige Unterhaltungsdienstleistung in Anspruch nehmen sollte, diese immer wieder unterbrechen sollte, um sie unmittelbar anschliessend wieder anzuwählen. Die dauernde Unterbrechung und Anwahl der 0906-Nummer liesse sich allenfalls durch eine mögliche Programmierung eines Reloads erklären, wonach die jeweilige Webseite neu geladen und aktualisiert werden sollte. Eine manuelle Programmierung des Reloads durch den PC-Benutzer lädt die Webseite erfahrungsgemäss in regelmässigen Abständen neu auf. Die Abstände hier sind indessen unregelmässig. Dies spricht aber dafür, dass es sich möglicherweise um eine willkürliche Programmierung dieses Dialers handeln könnte. Ferner zu berücksichtigen ist, dass sich gemäss Verbindungsnachweis für den 19. Februar 2002 eine durchschnittliche Gesamtnutzung von über viereinhalb Stunden ergibt. Es ist unglaublich, dass der Beklagte die gesamte Zeit die Webseite mit entsprechendem erotischem Inhalt genutzt hat. Dies gilt auch für die Tage 15. und 20. Februar 2002, an denen die Verbindung zum Internet mittels Standardprovider hergestellt wurde. Es fällt indes auf, dass innerhalb einiger Minuten (8 bzw. 19 Minuten) nach Anwahl des Internets die 0906-Nummer angewählt und über diese Nummer während 30 Minuten bzw. zwei Stunden gesurft worden ist. Es ist vielmehr anzunehmen, dass dabei anderen Internetmöglichkeiten, so beispielsweise Abrufen und Versenden von E-Mails, nachgegangen wurde. Wäre die Verbindung zum Mehrwert-Dialer indes bewusst erfolgt, ist aber kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, warum der Beklagte diese alltägliche Nutzung unter einer erhöhten Gebührenpflicht hätte tun sollen. Dass dieses Verhalten, wie es sich aus dem Verbindungsnachweis ergibt, für den Beklagten unüblich ist, zeigt auch der Hinweis im Schreiben der S AG vom 11. März 2002. Darin äusserte die S AG ihre Verwunderung über der Höhe des Rechnungsbetrages im Vergleich zu denen der vorangegangenen Monate (siehe bekl.act. 3).

Das Ausgeführte spricht dafür, dass es zu der Inanspruchnahme der abgerechneten 0906-Nummer nicht mit Wissen und Wollen des Beklagten, sondern durch die heimliche Anwahl eines automatischen auf dem PC des Beklagten installierten 0906-Dialers gekommen ist. Es ist mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass sich der Dialer selbständig heruntergeladen hat, als die Mitbewohnerin des Beklagten den Umgang mit dem Internet übte. Wie bereits ausgeführt wurde, kann das Herunterladen von Dialern bereits beim Betreten einer Webseite automatisch starten und sich heimlich auf dem PC installieren. Die Darstellung des Beklagten, wonach seiner Mitbewohnerin beim Surfen ein Bild «Immer geil» erschienen sei, ist glaubwürdig, zumal die Erfahrung zeigt, dass es beim Betreten von Webseiten vorkommt, dass sich plötzlich und unaufgefordert Dialogfelder auftun. Der Titel dieses Bildes weist eindeutig darauf hin, dass der hinter diesem Dialogfeld liegende Inhalt erotischen Gehalts sein musste. Der Zusammenhang mit der 0906-Nummer, die einen Unterhaltungsdienst im Bereich der Erotik beschreibt, drängt sich daher zwingend auf. Offenbar konnte die Mitbewohnerin dieses Feld nicht mehr schliessen. Damit konnte sich der Dialer, selbst wenn der Computer heruntergefahren worden ist, wie der Beklagte behauptet, heimlich aktiv werden und sich auf dem PC installieren. Diese Abfolge ist durch Erfahrung bestätigt worden, wonach Dialer unter Umständen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen vom PC entfernt werden können.

Dass der Beklagte die Verbindungen mit der 0906-Nummer nicht wissentlich und willentlich angewählt hat, wird ferner durch das Verhalten des Beklagten in der Folge untermauert. So reagierte er umgehend, als er auf die Auswertung seiner Verbindungen im Februar 2002 aufmerksam gemacht worden ist. Er liess den Service 0906 sogleich sperren. Postwendend reagierte er ebenso auf den Verbindungsnachweis und ersuchte sinngemäss um eine Stellungnahme zu seiner Vermutung, dass die Verbindungen automatisch und unbemerkt hergestellt worden seien. Die Stellungnahme der Klägerin vom 22. März 2002 beinhaltet indes lediglich den Prozessablauf von Verbindungen mit Mehrwertdienstnummern, wie sie mittels sogenannter «seriöser» Dialer zustande kommen kann (siehe bekl.act. 3 bis 6). Auf die Vermutung des Beklagten ist sie nicht eingegangen. Eine so allgemeine und einseitige Erklärung vermag den Schluss der S AG, dass «weder eine Fehlschaltung noch eine Manipulation des Anschlusses» vorliege, nicht zu rechtfertigen. Eine technische Prüfung wurde mithin nicht unternommen, obwohl es der S AG aufgrund ihrer technischen Möglichkeiten hätte zugemutet werden können. Insbesondere wäre es von Interesse gewesen, Erkundigungen beim Anbieter der Dienstleistung hinter der besagten Nummer einzuholen, um feststellen, ob die Verbindung durch vorgängiges Anzeigen und Bestätigen der erhöhten Gebührpflicht zustande gekommen ist oder die Verbindung doch automatisch hergestellt worden sein könnte.

b) Weder der Vertrag vom 25. Oktober 1999 noch die integrierenden Vertragsbeilagen enthalten eine Regelung darüber, ob der Netzbenutzer das tarifliche Entgelt auch für Verbindungen zu zahlen hat, die ein von Dritten heimlich

auf dem PC des Netzbenutzers installierter Dialer unbemerkt herstellt. Der Richter hat demzufolge eine Vertragsergänzung im Sinne einer Risikoverteilung vorzunehmen.

Wie bereits ausgeführt wurde sind 090x-Mehrwertdienste missbrauchsanfällig. Indem die S AG den Zugang zu diesen Mehrwertdiensten ermöglichte, veranlasste sie gleichsam ein Risiko. Hinzu kommt, dass die S AG aus ihrer entgeltlichen Dienstleistung, namentlich das Zur-Verfügung-Stellen der Plattform für die Anbieter dieser Mehrwertdienstleistungen, wirtschaftliche Vorteile zog. Daher ist es angemessen, sie die Risiken solchen Missbrauchs tragen zu lassen. Indessen nur, sofern der Beklagte diesen Missbrauch nicht zu vertreten hatte (vgl. dazu der Entscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes vom 4. März 2004, III ZR 96/03). Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich bereits, dass dies hier nicht zutrifft. Der Beklagte kann nicht verpflichtet werden, ein Entgelt für Verbindungen mit Mehrwertdienstleistanbietern zu leisten.

8.a) Gestützt auf Art. 264 Abs. 1 ZPO trägt die Prozesskosten, wer mit seinem Begehren unterliegt. Das ist hier die Klägerin.

Die Entscheidgebühr wird gestützt auf Ziff. 311.1 Gerichtskostentarif (GKT) sowie in Anwendung der massgeblichen Bemessungskriterien von Ziff. 02 GKT sowie Art. 262 Abs. 1 ZPO auf Fr. 1'500.-- festgesetzt. Darin enthalten sind die Gebühren für den Beweisbeschluss vom 10. Februar 2004 (Fr. 300.--) sowie für die Ernennung des Experten vom 19. Mai 2004 (Fr. 400.--).

Zu den Gerichtskosten gehören auch die Expertisekosten. Gemäss Ziff. 512.2 des Gerichtskostentarifs (GKT) erfolgt die Entschädigung des Experten nach dem amtlichen Tarif zuzüglich Spesen oder, wenn kein amtlicher Tarif besteht, nach der geleisteten Arbeit und der Bedeutung der Streitsache. Dem Gericht steht dabei ein gewisses Ermessen zu. Im Rahmen dieses Ermessens sind die für einen Experten branchenüblichen Massstäbe und Ansätze heranzuziehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4c zu Art. 261 ZPO).

Der Experte hat für seine Bemühungen Fr. 614.-- in Rechnung gestellt. Diese Entschädigung erweist sich ohne weiteres als angemessen.

b) Aufgrund dieses Verfahrensausganges hat der Beklagte zudem einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 263 ZPO). Der Vertreter des Beklagten hat keine Kostennote eingereicht. Somit ist die Entschädigung nach Ermessen festzusetzen (Art. 6 HonO). Gemäss Art. 14 lit. a HonO beträgt das mittlere Honorar Fr. 1'030.--. Hinzu kommen ein Zuschlag für die Schlussverhandlung von Fr. 200.-- (Art. 18 Abs. 1 lit. a HonO) sowie Barauslagen von Fr. 100.-- (Art. 29bis Abs. 1 HonO). Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer (Art. 28 HonO) beläuft sich die Entschädigung insgesamt auf Fr. 1'430.--.

Entscheid

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestehend aus Entscheidgebühren von insgesamt Fr. 1'500.-- sowie Expertisekosten von Fr. 614.--, total Fr. 2'114.--, werden der Klägerin unter Verrechnung mit der von ihr geleisteten Einschreibegebühr von Fr. 500.-- auferlegt.
3. Die Klägerin hat dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'430.-- zu bezahlen.

Der Präsident
PS

Die Gerichtsschreiberin
RH

Schriftliche Eröffnung des Rechtspruchs an die Parteien mit Zustellung an [...] am 13. August 2004

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid ist **kein ordentliches Rechtsmittel** gegeben.

Rechtsgebiet: Informatikrecht
Erschienen in: Jusletter 8. November 2004
Zitiervorschlag: Jurius, Dialer-Opfer muss nicht zahlen, in: Jusletter 8. November 2004
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3516>