

Bundesgerichtshof

III ZR 96/03

Urteil vom 4. März 2004

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

TKV § 16 Abs. 3 Satz 3

a) Der Telefonnetzbetreiber und nicht der Anschlußinhaber trägt das Risiko der heimlichen Installation eines automatischen Einwahlprogramms (sogenannter Dialer) in einen Computer, das für den durchschnittlichen Anschlußnutzer unbemerktbar die Verbindungen in das Internet über eine Mehrwertdienstenummer herstellt, sofern der Anschlußnutzer dies nicht zu vertreten hat (Rechtsgedanke des § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV).

b) Es obliegt dem Anschlußnutzer nicht, Vorkehrungen gegen sogenannte Dialer zu treffen, solange kein konkreter Hinweis auf einen Mißbrauch vorliegt.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Streck, Galke und Dr. Herrmann für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 27. Januar 2003 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszugs trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung einer Vergütung für die Inanspruchnahme von Telefonmehrwertdiensten.

Die Klägerin betreibt im Raum B. ein Telekommunikationsnetz für die Öffentlichkeit und stellt ihren Kunden Teilnehmeranschlüsse zur Verfügung. Für Verbindungen, die nicht zwischen ihren Netzkunden hergestellt werden, nimmt die Klägerin das Netz der D. T. AG (nachfolgend DTAG) entgeltlich in Anspruch. Bei der Anwahl von 0190- oder 0900-Mehrwertdiensten wird die Verbindung von der DTAG zu dem Inhaber der Zuteilung der 0190- oder 0900-Rufnummer weitergeleitet, der in der Regel ebenfalls als Telekommunikationsunternehmen (Plattformbetreiber) tätig ist. Dieser stellt seinerseits die Rufnummern den Diensteanbietern zur Verfügung und leitet die eingehenden Verbindungen an diese weiter. Zwischen dem Anschlußkunden und der Klägerin, der Klägerin und der DTAG, der DTAG und dem Plattformbetreiber sowie zwischen diesem und dem Diensteanbieter bestehen jeweils gesonderte Verträge.

Die Beklagte hatte mit der Klägerin einen Vertrag über die Bereitstellung eines ISDN-Telefonanschlusses geschlossen. Einbezogen waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, die auszugsweise wie folgt lauteten:

"4.1 Soweit der Kunde Leistungen der B. (= Klägerin) in Anspruch nimmt, ist er zur Zahlung der Vergütungen verpflichtet, wie sie sich aus den veröffentlichten und dem Kunden bei Vertragsschluß bekanntgegebenen Tarifen im einzelnen ergeben. Die Vergütungspflicht trifft den Kunden auch dann, wenn sein Anschluß durch Dritte benutzt wurde und der Kunde diese Nutzung zu vertreten hat."

Nach der Preisliste der Klägerin waren für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten an die Klägerin Entgelte zwischen 0,41414 und 1,85599 € pro Minute zu entrichten. Für die Verbindungen, bei deren Herstellung die Klägerin das Netz der DTAG in Anspruch nimmt, hat sie an diese einen Teil der von ihr vereinnahmten Beträge abzuführen. Der ihr verbleibende Anteil ist bei der Nutzung von Mehrwertdiensten höher als bei der Anwahl von geographischen Rufnummern.

Von Mai bis August 2000 wurde von dem Anschluß der Beklagten eine Vielzahl von Verbindungen zu der Rufnummer 0190- hergestellt. Hierfür berechnete die Klägerin auf der Grundlage ihrer Preisliste insgesamt 15.770,92 DM. Die genannte Nummer ist an einen H. H.

vergeben, von dem lediglich eine spanische Postfachadresse bekannt ist. Darüber hinaus wurden weitere Mehrwertdienste angewählt, für die die Klägerin 1.201,28 DM in Rechnung stellte.

Die Beklagte hat behauptet, die Verbindungen zu der oben genannten 0190-Nummer seien durch ein heimlich installiertes Einwahlprogramm, einen sogenannten Dialer, hergestellt worden. Ihr seinerzeit 16-jähriger Sohn habe aus dem Internet eine Datei namens ".....exe" auf seinen Computer heruntergeladen, von der er sich eine bessere Bilddarstellung versprochen habe. Nachdem er bemerkt habe, daß lediglich eine teure 0190-Verbindung zu Erotikseiten hergestellt wurde, habe er die Datei gelöscht. Diese habe aber zuvor die Einstellungen im Datenfernübertragungsnetzwerk (DFÜ-Netzwerk) heimlich derart verändert, daß sämtliche Verbindungen in das Internet nicht mehr über die Standardeinwahl der Klägerin erfolgten, sondern über die Nummer 0190-..., ohne daß dies jeweils bemerkbar gewesen sei.

Die Klage, mit der außer dem Entgelt für die Verbindungen zu der vorgenannten Nummer auch weitere Forderungen geltend gemacht wurden, hatte vor dem Landgericht Erfolg. Das Kammergericht (NJW-RR 2003, 637) hat die Klage bis auf eine Teilsumme, die andere Verbindungen betraf, und den Betrag, den die Beklagte zu zahlen gehabt hätte, wenn die strittigen Einwahlen in das Internet über die Standardverbindung der Klägerin erfolgt wären, abgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat bei seiner rechtlichen Würdigung den Sachvortrag der Beklagten zum Zustandekommen der Verbindungen zu der vorgenannten Nummer als zutreffend zugrunde gelegt. Es hat die Klageabweisung im wesentlichen auf die

Erwägung gestützt, dem Anspruch der Klägerin wegen der Anwahl der Nummer 0190- stehe ein Schadensersatzanspruch der Beklagten aus culpa in contrahendo in Verbindung mit § 278 BGB gegenüber.

Dieser sei darauf gerichtet, sie so zu stellen, als ob die Einwahl in das Internet über die von der Klägerin angebotene Standardverbindung erfolgt wäre. Die Klägerin müsse sich das Verhalten des Diensteanbieters H. nach § 278 BGB zurechnen lassen. Dieser sei Verhandlungshelfer für den Abschluß der jeweiligen Einzelverträge gewesen, die aufgrund der Wahl der genannten Ziffernfolge im Rahmen des Vertrages zwischen den Parteien zustande gekommen seien. Die Klägerin sei mittels ihrer vertraglichen Beziehungen zur DTAG als Wiederverkäuferin der Leistung des Mehrwertdiensteanbieters aufgetreten. Sie müsse damit das Risiko von Einwendungen des Anschlußinhabers tragen.

Die Herstellung von Verbindungen zum Mehrwertdiensteanbieter sei aufgrund des eigenen wirtschaftlichen Interesses der Klägerin hieran auch nicht als neutrales Geschäft anzusehen. Der Diensteanbieter H. habe seine Sorgfaltspflichten gegenüber den potentiellen Kunden schuldhaft verletzt, indem er es unterlassen habe, darauf hinzuweisen, daß sich mit dem Herunterladen des scheinbar der Verbesserung der Bilddarstellung dienenden Programms ein sog. Dialer im DFÜ-Netzwerk installiere.

II.

Die Herstellung von Verbindungen zum Mehrwertdiensteanbieter sei aufgrund des eigenen wirtschaftlichen Interesses der Klägerin hieran auch nicht als neutrales Geschäft anzusehen. Der Diensteanbieter H. habe seine Sorgfaltspflichten gegenüber den potentiellen Kunden schuldhaft verletzt, indem er es unterlassen habe, darauf hinzuweisen, daß sich mit dem Herunterladen des scheinbar der Verbesserung der Bilddarstellung dienenden Programms ein sog. Dialer im DFÜ-Netzwerk installiere.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe entscheidungserheblichen Vortrag übergangen. Es habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin die Behauptung der Beklagten, die Anwahl der Telefonnummer 0190- sei ausschließlich durch einen Dialer erfolgt, bestritten habe. Vielmehr begründe die Tatsache, daß von dem Anschluß der Beklagten weitere 0190-Nummern angerufen worden seien, die Vermutung, daß es sich insgesamt bei der Anwahl solcher Nummern nicht um unbewußte Nutzungen gehandelt habe. Diese Rüge ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat die entsprechende Behauptung der Beklagten im Tatbestand seines Urteils als strittig gekennzeichnet.

Auch in den Entscheidungsgründen hat es sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich durch das Herunterladen der Datei " exe" auf den vom Sohn der Beklagten benutzten Computer heimlich ein Dialer installierte, der Einwahlen in das Internet unbemerkt zu der Rufnummer 0190- umleitete. Das Berufungsgericht hat dies unter Hinweis auf die unbestritten gebliebenen, von der Beklagten vorgelegten Bildschirmausdrucke bejaht. Es hat ferner als lebensfremd gewürdigt, daß die Beklagte oder ihr Sohn bei zutreffender Information über den Dialer die Einwahl in das Internet über die 0190-Nummer des H. vorgenommen hätten. Diese Ausführungen zeigen, daß das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin, dessen Berücksichtigung die Revision vermißt, einbezogen hat. Die Würdigung des Sachverhalts hält sich in den Grenzen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums.

III.

In materiellrechtlicher Hinsicht hält das Berufungsurteil im Ergebnis der revisionsrechtlichen Prüfung stand.

1. Durch den Abschluß des als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Telefondienstvertrages verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten den Zugang zu dem öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfest- oder Mobilfunknetzes Sprache und sonstige Daten auszutauschen (vgl. Senat, Urteil vom 2. Juli 1998 - III ZR 287/97 - NJW 1998, 3188, 3191; Graf v. Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 21, 25; so auch zum Mobilfunkvertrag: Senat, Urteil vom 22. November 2001 - III ZR 5/01 - NJW 2002, 361, 362). Die wechselseitigen Ansprüche der Parteien richten sich nach diesem Vertragsverhältnis.

Nimmt der Anschlußkunde einen sogenannten Mehrwertdienst in Anspruch, zu dem die Verbindung regelmäßig über eine mit den Ziffernfolgen 0190 oder 0900 beginnende Nummer hergestellt wird, tritt nach der vorzitierten Entscheidung des Senats vom 22. November 2001 (aaO) ein weiteres Rechtsverhältnis hinzu. Neben der die technische Seite des Verbindungsaufbaus betreffenden und im Rahmen des

Telefondienstvertrages zu erbringenden Dienstleistung des Netzbetreibers (vgl. §3 Nr. 16, 19 TKG) entsteht ein Rechtsverhältnis mit dem Anbieter der die inhaltliche Seite des Vorgangs betreffenden Dienstleistung. Bei dieser weiteren Dienstleistung handelt es sich um Teledienste im Sinne des Teledienstegesetzes (Senatsurteil vom 22. November 2001 aaO, m.w.N.). Nach § 5 Abs. 1 und 3 TDG in der hier maßgeblichen Fassung (jetzt: §8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 TDG in der Fassung des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vom 14. Dezember 2001, BGBl. I S. 3721) trifft die Verantwortlichkeit für den Inhalt der angebotenen Dienste grundsätzlich nur den Diensteanbieter, nicht aber daneben auch den den Zugang zur Nutzung vermittelnden Netzbetreiber.

Hieraus hat der Senat den Schluß gezogen, daß der Einwand der Sittenwidrigkeit der Leistung des Diensteanbieters den Anspruch des Netzbetreibers auf das für die Herstellung der 0190-Sondernummer-Verbindung geschuldete erhöhte Entgelt unberührt läßt. Diese Rechtsprechung hat in der Literatur vielfältige Kritik erfahren (ablehnend: Härting, recht der mehrwertdienste -0190/0900-, 2004, Rn. 120; ders. DB 2002, 2147, 2148 f; Klees CR 2003, 331, 335 f; Hoffmann ZIP 2002, 1705, 1706 ff; Fluhme NJW 2002, 3519, 3520 f; Spindler JZ 2002, 408 ff; Koos K&R 2002, 617, 618 ff; zustimmend: Schlegel MDR 2004, 125, 126; Eckhardt CR 2003, 109 ff; Draznin MDR 2002, 265 ff).

Die rechtlichen Erwägungen des Senats in der vorzitierten Entscheidung sind mit Inkrafttreten der Zweiten Verordnung zur Änderung der Telekom-munikations-Kundenschutzverordnung (TKV) vom 20. August 2002 (BGBl. I S. 3365), durch die § 15 Abs. 3 TKV eingefügt wurde, in weiten Teilen obsolet geworden. Nach dieser Bestimmung hat der die Telefonrechnung erstellende Netzbetreiber den Kunden darauf hinzuweisen, daß er begründete Einwendungen gegen einzelne in Rechnung gestellte Forderungen erheben kann. Mit dieser Regelung sollten die Rechte des Verbrauchers gegenüber dem die Rechnung erstellenden Telekommunikationsunternehmen gerade mit Blick auf die Nutzung von Mehrwertdiensten in dem Sinne gestärkt werden, daß sich der Rechnungsersteller über begründete Einwendungen des Rechnungsempfängers nicht hinwegsetzen darf (vgl. BR-Drucks. 505/02, Begründung zum Verordnungsentwurf der Bundesregierung S. 3, 5) Allerdings würde sich am Ergebnis, nicht zuletzt unter Berücksichtigung des inzwischen in Kraft getretenen Gesetzes zur

Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983), nichts ändern. Hierauf näher einzugehen, bietet der hier zu beurteilende Fall allerdings keinen Anlaß.

2. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung des strittigen Betrages aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Telefondienstvertrag. Aus dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis ergibt sich nicht, daß die Beklagte der Klägerin eine Vergütung nach den erhöhten Tarifen der 0190-Nummern für die Verbindungen in das Internet schuldet, die der heimlich installierte sog. Dialer hergestellt hat.

a) Dies folgt allerdings nicht schon unmittelbar aus § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV. Nach dieser Bestimmung ist der Netzbetreiber nicht berechtigt, Verbindungsentgelte zu fordern, soweit der Netzzugang in vom Kunden nicht zu vertretenden Umfang genutzt wurde, oder Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß die Höhe der Verbindungsentgelte auf Manipulationen Dritter an öffentlichen Telekommunikationsnetzen zurückzuführen ist. Die Vorschrift ist nicht unmittelbar einschlägig.

Die Bestimmung regelt nicht die Folgen eines Sachverhalts wie des vorliegenden, in dem durch Manipulationen Dritter im Datenbestand des Anschlußendgeräts die Art der Nutzung des Netzzugangs durch den Kunden oder einer sonst berechtigten Person unbemerkt verändert wird. Vielmehr bestimmt sie die Rechtsfolgen von physischen Zugriffen auf den Netzzugang (vgl. die amtliche Begründung zu § 15 des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung = § 16 TKV in BR-Drucks. 551/97, S. 36: "Nutzung des Netzzugangs in den Räumlichkeiten des Kunden", und die Beispiele bei Ehmer in Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., Anh. § 41, § 16 TKV Rn. 18), durch die sich Dritte anstelle des Kunden die Leistungen des Telekommunikationsnetzes zunutze machen.

b) Jedoch weist der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag der Klägerin und nicht dem Anschlußkunden das Risiko der unbemerkten Herstellung von Verbindungen durch heimliche Manipulationen Dritter an den Daten des Endgeräts zu, soweit der

Kunde dies nicht zu vertreten hat. Dies ergibt sich aus einer ergänzenden Auslegung des Vertrages, wobei der Rechtsgedanke des § 16 Abs. 3 TKV herangezogen werden kann (vgl. auch Burg/Gimnich DRiZ 2003, 381, 385, die sich ebenfalls auf den Rechtsgedanken von § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV berufen). Der Senat ist zu einer ergänzenden Auslegung des möglicherweise nur im Bezirk des Kammergerichts anwendbaren Vertrages befugt (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 545 Rn. 7; siehe auch BGHZ24, 159, 164).

aa) Eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke besteht, wenn der Vertrag innerhalb des durch ihn gesteckten Rahmens oder innerhalb der objektiv gewollten Vereinbarung ergänzungsbedürftig ist, weil eine Vereinbarung in einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt (z.B.: Senatsurteile BGHZ 125, 7, 17; 84, 1, 7 und BGHZ 77, 301, 304; Bam-berger/Roth/Wendtland, BGB, § 157 Rn. 35). Unmaßgeblich ist grundsätzlich, auf welchen Gründen die Unvollständigkeit der Regelung beruht (Senat in BGHZ 84 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 36). Die ergänzende Vertragsauslegung kommt allerdings zumeist nicht in Betracht, wenn das dispositive Recht Regelungen für die offen gebliebene Problematik bereit hält (BGHZ 77 aaO; 40, 91, 103; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl, § 157 Rn. 4).

Die Voraussetzungen für die ergänzende Vertragsauslegung sind hier erfüllt. Dem Vertrag zwischen den Parteien liegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (nachfolgend AGB) zugrunde. Eine Regelung darüber, ob der Anschlußkunde das tarifliche Entgelt auch für Verbindungen zu zahlen hat, die ein von Dritten heimlich im DFÜ-Netzwerk installierter Dialer unbemerkt herstellt, ist in dem Vorschriftenwerk nicht enthalten. Nummer 4.1 Satz 2 AGB ist ersichtlich an § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV angelehnt und trifft daher die zu beurteilende Fallkonstellation nicht unmittelbar. Die Ergänzung dieses offenen Punktes ist geboten, weil eine interessengerechte Lösung der vorliegenden Problematik innerhalb des ausdrücklich vereinbarten Regelwerkes nicht gefunden werden kann, jedoch eine Regelung, nicht zuletzt wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung für die Vertragsparteien, zwingend erforderlich ist. Dispositive gesetzliche Bestimmungen, die das Vertragswerk zu dem fraglichen Punkt vervollständigen könnten, existieren nicht.

bb) Die ergänzende Vertragsauslegung richtet sich danach, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (z.B.: Senat in BGHZ 84 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 41; Palandt/Heinrichs aaO, Rn. 7). Bei der Ermittlung dieses hypothetischen Parteiwillens sind in erster Linie die in dem Vertrag schon vorhandenen Regelungen und Wertungen zu berücksichtigen (z.B.: BGHZ 77 aaO; Bamberger/Roth/Wendtland aaO, Rn. 40; Palandt/Heinrichs aaO). Die hieraus herzuleitende Vertragsauslegung muß sich als zwanglose Folge aus dem gesamten Zusammenhang des Vereinbarten ergeben (BGHZ 77 aaO; 40, 91, 104; Bamberger/Roth/Wendtland aaO).

Demnach sind Ausgangspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung im hier zur Entscheidung stehenden Fall der zwischen den Parteien geschlossene Telefondienstvertrag und die ihm zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin.

Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, daß der Diensteanbieter H. , also im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ein Dritter, die Einstellungen im DFÜ-Netzwerk des Computers des Sohnes der Beklagten heimlich verändert hat. Die AGB enthalten eine Regelung über die Zurechnung des Zugriffs Dritter auf den Teilnehmeranschluß in Nummer 4.1 Satz 2. Nach dieser Bestimmung trifft den Kunden nur dann eine Vergütungspflicht für die Benutzung seines Anschlusses durch Dritte, wenn er diese zu vertreten hat. Nummer 4.1 Satz 2 der AGB und der inhaltsgleiche § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV grenzen damit die Risikosphären zwischen dem Netzanbieter und dem Anschlußkunden unter dem Gesichtspunkt voneinander ab, ob der Kunde die Nutzung seines Netzzugangs zu vertreten hat.

Diese Abgrenzung der Risikobereiche ist als in dem Telefondienstvertrag angelegte grundsätzliche Wertung auf die Installation eines Dialers durch Dritte übertragbar (ähnlich: LG Kiel CR 2003, 684, 685; AG Freiburg NJW 2002, 2959; a.A.: LG Mannheim NJW-RR 2002, 995, 996). Der in den vorgenannten Bestimmungen geregelte Sachverhalt kommt dem hier zu beurteilenden sehr nahe. Beide haben denselben Kern: Ein Dritter verschafft sich durch den Zugriff auf einen Telekommunikationsanschluß zu Lasten seines Inhabers Nutzungsvorteile. Beide

Sachverhalte unterscheiden sich allerdings durch den Weg, auf dem der Dritte auf den Anschluß des Kunden zugreift, und durch die Art der (mißbräuchlichen) Nutzung. Diese Unterschiede in den technischen Details bilden jedoch keine sachliche Grundlage für eine verschiedene Bewertung beider Sachverhalte im Verhältnis zwischen Anschlußkunden und Netzbetreiber.

Allein die Erweiterung dieser in Nummer 4.1 Satz 2 AGB und in § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV vorgenommenen Risikoverteilung auf die hier zu entscheidende Konstellation führt zu einem angemessenen Ausgleich der objektiven Interessen der Vertragsparteien.

Hierbei ist maßgebend zu berücksichtigen, daß die Klägerin, wie andere Netzanbieter auch, mit der Eröffnung des Zugangs zu den Mehrwertdiensten für den geschäftlichen Verkehr ein Risiko veranlaßt hat (vgl. zu diesem Kriterium für die Abgrenzung von Risikosphären BGHZ 150, 286, 296; 114, 238, 245). Die Mehrwertdienste sind, wie nicht zuletzt der hier zu entscheidende Sachverhalt zeigt, in erhöhtem Maße mißbrauchs anfällig (vgl. auch Buchstabe A. des Entwurfs der Bundesregierung zur Zweiten Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, BR-Drucks. 505/02, S. 1 des Vorblatts; Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Mißbrauchs von 0190er-/ 0900er-Mehrwertdiensterufnummern, BR-Drucks. 248/1/03, S. 5, Nr. 9).

Die Klägerin zieht aus der risikobehafteten Nutzung der Mehrwertdienste wirtschaftliche Vorteile, da sie für die Herstellung von Verbindungen zu diesen Diensten, auch unter Berücksichtigung der an die DTAG abzuführenden Beträge, von ihren Kunden ein höheres Entgelt erhält als bei der Inanspruchnahme der Standarddienstleistungen. Genießt die Klägerin wirtschaftlichen Nutzen aus einem von ihr mitveranlaßten, mißbrauchs anfälligen System, ist es angemessen, sie die Risiken solchen Mißbrauchs tragen zu lassen, den ihre Kunden nicht zu vertreten haben.

c) Die Beklagte hat die Nutzung ihres Telefonanschlusses für die von dem Dialer hergestellten Verbindungen in das Internet jedenfalls insoweit nicht zu vertreten, als hierdurch Kosten verursacht wurden, die diejenigen der Inanspruchnahme des von der Klägerin bereitgestellten Standardzugangs überschritten.

aa) Die Einwahlen in das Internet durch ihren Sohn als solche sind der Beklagten zuzurechnen. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend berücksichtigt und die Beklagte zur Zahlung der Vergütung verurteilt, die für die Inanspruchnahme der Interneteinwahlnummer der Klägerin zu entrichten gewesen wäre.

bb) Nicht zu vertreten hat sie hingegen, daß der Dialer die Verbindungen mit der teureren Nummer 0190- herstellte und nicht die Standardnummer der Klägerin verwendet wurde. Zu vertreten im Sinne von Nummer 4.1 Satz 2 AGB und § 16 Abs. 3 Satz 3 TKG hat der Anschlußinhaber entsprechend § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit (zu § 16 TKG: Ehmer aaO Rn. 17; Nießen in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Kommentar, Stand 7/03, C § 41/§ 16 TKV, Rn. 49). Ferner muß er sich das Verhalten derjenigen, denen er Zugang zu dem Netzanschluß gewährt, entsprechend § 278 BGB zurechnen lassen.

Die Beklagte und ihr Sohn handelten bei dem Gebrauch ihres Computers und des Internetzugangs in der Zeit von Mai bis August 2000 im Hinblick auf den Dialer nicht fahrlässig.

Der Sohn der Beklagten verstieß nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, indem er die vorgebliche Bildbeschleunigungsdatei, in der sich der Dialer verbarg, lediglich löschte und nicht auch die durch den Dialer bewirkten Veränderungen der Einstellungen im DFÜ-Netzwerk rückgängig machte. Der durchschnittliche Internetbenutzer muß nicht damit rechnen, dass sich in harmlos erscheinenden Dateien illegale Dialer verstecken, die nicht durch bloßes Löschen unschädlich gemacht werden können.

Es bestand für die Beklagte und ihren Sohn auch keine besondere Veranlassung, die Zugangsprogramme darauf hin zu überprüfen, ob sich ein Dialer eingeschlichen hatte, da sie keinen Hinweis hierauf hatten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war es bei der normalen, standardmäßigen Nutzung des auf dem Rechner der Beklagten installierten Internetzugangsprogramms nicht zu erkennen, daß sich der Dialer einnistete, die Einstellungen im DFÜ-Netzwerk veränderte und die Einwahl in das Internet über die teure 0190-Verbindung herstellte.

Weiterhin oblag es der Beklagten nicht, vorsorglich ohne besondere Verdachtsmomente für einen Mißbrauch (hier: Zugang der Rechnung Ende August 2000), gleichsam routinemäßig den Computer auf Dialer zu überprüfen, den Aufbau von Verbindungen in das Internet zu überwachen und nur mit ausdrücklicher Freigabe zuzulassen sowie ein sogenanntes Dialerschutzprogramm einzusetzen. Soweit derartige Vorkehrungen in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung gefordert werden (z.B.: AG Wiesbaden CR 2003, 754 [Leitsatz]; AG München NJW 2002, 2960 [Leitsatz]; zustimmend: Burg/Gimmich aaO, S. 384 f; wie hier: LG Kiel aaO), ist dem nicht zu folgen.

Schließlich war die Beklagte auch nicht gehalten, vorsorglich ohne konkrete Anhaltspunkte für einen Mißbrauch den Zugang zu sämtlichen Mehrwertdienstnummern sperren zu lassen, um ihren Sorgfaltsobliegenheiten im Verhältnis zur Klägerin nachzukommen.

3. Die Klägerin, die allein einen Anspruch aus eigenem Recht geltend macht, könnte auch keinen Anspruch aus einem Vertrag zwischen der Beklagten und dem Diensteanbieter H. herleiten.

Dabei kann offen bleiben, ob der Netzbetreiber nach § 15 Abs. 1 TKV überhaupt berechtigt ist, Ansprüche von Mehrwertdiensteanbietern auch gerichtlich im eigenen Namen geltend zu machen (ablehnend z.B.: Piepenbrock/ Müller MMR 2000, Beilage 4, S. 15; Hoffmann aaO, S. 1707). Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob eine vertragliche Beziehung zwischen der Beklagten und dem Mehrwertdiensteanbieter ausscheidet, weil es bei der Herstellung der Verbindungen zu dem Dienst am Erklärungsbewußtsein des Sohnes der Beklagten fehlte (so für die Anwahl durch einen heimlichen Dialer: LG Kiel aaO; AG Mönchengladbach NJW-RR 2003, 1208, 1209; Braun ZUM 2003, 200, 203; Härtig, recht der mehrwertdienste - 0190/0900, Rn. 51 f; Koenig/Koch TKMR 2002, 457), oder ob eine mögliche Willenserklärung des Anschlußnutzers wegen Inhaltsirrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar ist (vgl. Hein, Neue Juristische Internet-Praxis 2003, 6, 11; Klees aaO; Winter CR 2002, 899) und ob hier eine Anfechtungserklärung dem richtigen Anfechtungsgegner gegenüber abgegeben worden ist.

In Fällen wie dem vorliegenden könnte nämlich dem Mehrwertdiensteanbieter ein Anspruch - wenn nicht schon aus culpa in contrahendo, so jedenfalls - aus § 826 BGB entgegengehalten werden.

a) Grundlage eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB kann unter anderem die Veranlassung zum Vertragsschluß durch eine vorsätzliche Täuschung sein (Senatsurteil vom 7. März 1985 - III ZR 90/83 - WM 1985, 866, 868; Bamberger/Roth/Spindler, BGB, § 826 Rn. 20; Staudinger/Oechsler, BGB (2003), §826 Rn. 149; vgl. auch: BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 - II ZR 178/90 - NJW 1992, 3167, 3174). Sollte im hier zur Beurteilung stehenden Fall ein Vertragsschluß anzunehmen sein, hätte der Diensteanbieter H. diesen vorsätzlich in sittenwidriger Weise durch Täuschung erschlichen. H. hat, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, über den Inhalt der Datei"exe" getäuscht. Die Werbung für die angebotene Software, in der der Dialer verborgen war, war so gehalten, daß sich der falsche Eindruck aufdrängte, es handele sich bei dem herunterzuladenden Programm um ein solches, mit dem eine verbesserte Übertragungsgeschwindigkeit bei der Internetnutzung erreicht werden konnte. Zudem war der verschleierte Hinweis gegeben, das Herunterladen des Programms sei ungefährlich, weil es frei von Viren sei.

Darüber hinaus wurde nicht deutlich, daß ein Löschen des Programms die Veränderungen der Computereinstellungen nicht rückgängig machte, sondern daß dafür ein besonderes Programm erforderlich war. Zwar war ein Hinweis auf ein Programm zur Entfernung der Datei gegeben worden. Dieser enthielt aber nicht den entscheidenden Punkt, daß nur so die erfolgten Änderungen rückgängig gemacht werden konnten.

Das gesamte Vorgehen H.'s war auf eine Täuschung über den Inhalt des Programms angelegt. Hierdurch sollten die Computernutzer zu seinem Vorteil zur unbemerkten Verwendung der teuren 0190-Verbindung bei der Einwahl in das Internet und damit zu dem (möglichen) Vertragsschluß veranlaßt werden. Ein derartiges Vorgehen verstößt, unabhängig von seiner eventuellen strafrechtlichen Relevanz (vgl. hierzu Buggisch NStZ 2002, 178, 179 ff), gegen die guten Sitten. Es ist ferner auf die Schädigung der

Internetnutzer beziehungsweise der Anschlußinhaber durch überhöhte Telefonentgelte gerichtet. Bei alledem handelte H. vorsätzlich.

Der Vorsatz bezog sich auch auf die Schädigung. Insoweit genügt der hier mindestens vorliegende dolus eventualis (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2001 - IX ZR 209/98-NJW 2001, 3187, 3189; Bamberger/Roth/Spindler aaO, Rn. 10; MünchKomm-BGB/Wagner, 4. Aufl., § 826 Rn. 19).

b) Der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ist, sofern infolge des vorsätzlichen sittenwidrigen Verhaltens des Schädigers ein Vertragsschluß bewirkt wurde, nach § 249 Abs. 1 BGB darauf gerichtet, den Geschädigten so zu stellen, als ob vertragliche Beziehungen nicht bestünden (Bamberger/Roth/Spindler aaO, Rn. 20; MünchKomm-BGB/Wagner aaO, Rn. 43; Staudinger/Oechsler aaO, Rn. 153; vgl. auch: BGH, Urteil vom 30. Mai 2000 -IXZR 121/99 - NJW 2000, 2669, 2670). Dieser Anspruch besteht unabhängig von der Anfechtbarkeit des Vertrages (Bamberger/Roth/Spindler aaO, Rn. 2, 20; MünchKomm-BGB/Wagner aaO, Rn. 40 jew. m.w.N.).

4. Das Berufungsurteil hält auch hinsichtlich der übrigen Forderungen, wegen der das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Dies gilt insbesondere für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen entgangener Grundgebühren in Höhe von 486,35 € (951,21 DM), den das Berufungsgericht mit zutreffenden Erwägungen abgewiesen hat. Insoweit erhebt die Revision auch keine Beanstandungen.