

Beitrag erschienen in: [Jusletter 22. November 2004](#)

Das der Diskussion zugrunde liegende Urteil des Kreisgerichts Werdenberg-Sargans vom 14. Juni 2004 wurde im Volltext publiziert als Juris, [Dialer-Opfer muss nicht zahlen](#), in: Jusletter 8. November 2004.

Connecting people?

Urs Schlegel / Miriam Lendfers

Als am Entscheid des Kreisgerichts Werdenberg-Sargans auf der Seite des Beklagten beteiligtes Anwaltsbüro erlauben wir uns eine Stellungnahme zur Kritik von Dr. Oliver Sidler zum Urteil des Einzelrichters des Kreisgerichts Werdenberg-Sargans vom 14. Juni 2004 gegen die Swisscom Fixnet AG.

Replik auf Oliver Sidler, [Anmerkungen zu den Urteilen des Einzelrichters des Amtsgerichts Willisau vom 12. Juli 2004 sowie des Einzelrichters des Kreisgerichts Werdenberg-Sargans vom 14. Juni 2004](#), in: Jusletter 8. November 2004

1.

[Rz 1] Falls sich ein Einwählprogramm heimlich installiert und ohne Wissen und Willen des Kunden von dessen Computer Verbindungen herstellt, ist klarerweise nicht von einem gültigen Vertrag zwischen dem Mehrwertdienstanbieter und dem Kunden auszugehen. Dies gilt unerheblich dessen, ob der Vertrag mangels Willensäusserung schon ursprünglich nicht zu Stande kam oder vom Kunden ein Willensmangel geltend gemacht werden kann (Sidler, a.a.O., Rz 7). Trotz dieser Ungültigkeit des Basisvertrages befürwortet Sidler in solchen Situationen implizit die Berechtigung einer entsprechenden Inkassoforderung der Swisscom. Als rechtliche Grundlage der Forderung wird einzig geltend gemacht, aus dem Inkassomandat ergebe sich keine zivilrechtliche Grundlage für eine Haftung der Swisscom. Die Eintreiberin habe schliesslich nicht selbst einen Mehrwert versprochen.

[Rz 2] Die Berechtigung der Inkassoforderung hängt selbstredend nur von ihrer eigenen Rechtsgrundlage ab und jedenfalls nicht vom Nichtbestehen einer Gegenforderung aus Haftung der Inkassostelle. Der Umstand, dass eine faktische Monopolistin eine Inkassodienstleistung übernimmt, vermag die Mängel eines Forderungstitels nicht zu beheben. Wenn eine Forderung der Netzbetreiberin berechtigt sein soll, kann sich diese nicht auf das Inkasso einer ungültigen Drittforderung stützen, sondern muss direkt aus ihrem Vertragsverhältnis mit dem Konsumenten hervorgehen. Auch nach dem Recht der Anweisung (Art. 466 ff. OR) entsteht die Forderung der Netzbetreiberin gegenüber ihrem Abonnenten erst mit Annahme der Anweisung der Mehrwertdienstleisterin durch den Kunden (BSK OR-Koller, 3. Auflage, Art. 468 OR N 3).

[Rz 3] Falls kein Vertragsverhältnis des Kunden mit der Mehrwertdienstleisterin zu Stande kommt, liegt kein gültiger Wille des Abonnenten zur Inanspruchnahme einer entsprechenden Telekommunikationsdienstleistung vor. Der Telefondienstvertrag als Rahmenvertrag konkretisiert sich in diesen Fällen nicht (Oliver Arter, Vertragsrechtliche Probleme bei Dialern, in: recht 2004, S. 41, S. 50). Aus dem Austausch von Leistungen entsteht keine Forderungsgrundlage für die Netzbetreiberin. Höchstens aus einer Verletzung einer Nebenpflicht liesse sich eine Forderung der Netzbetreiberin ableiten. Die Höhe eines entsprechenden Schadenersatzanspruches richtet sich jedoch nicht nach der vermeintlich konsumierten Dienstleistung, sondern nach dem der Netzbetreiberin effektiv entstandenen zusätzlichen Kosten.

2.

[Rz 4] Soweit die neuen allgemeinen Geschäftsbestimmungen der Swisscom Fixnet AG aus dem Jahr 2002 als ein vom Konsens umfasster Vertragsbestandteil anwendbar sind, wird die Verantwortung in Ziffer 3 für die Benützung des Anschlusses – auch durch unbefugte Drittpersonen und insbesondere für die Konsumation von Mehrwertdiensten – auf den Abonnenten abgewälzt. Der Leistungsbeschrieb der Swisscom AG vom Oktober 1997 schiebt in Ziffer 3.3. gleichermassen die Verantwortung für die Benützung des Anschlusses durch

Drittpersonen auf den Kunden ab. Doch wird ein Anschluss auch im Sinne des Vertrages «benützt», wenn ein Computer bloss am Internet angeschlossen ist und Einwählprogramme eindringen und ohne eigentliche Benützungshandlung des Abonnenten kostenpflichtige Verbindungen auslösen? Die Frage, wer das Risiko einer nicht durch die übliche Benützung einer physischen Person, sondern einer durch technische Feinheiten einem Konsumenten auferlegten Verbindung tragen muss, ist damit nicht beantwortet. [BGE 129 III 604](#), 610 spricht sich unter Annahme der gleichen allgemeinen Vertragsbedingungen nur scheinbar und in der im entscheidenden Punkt ungenauen deutschen Übersetzung in der *Praxis des Bundesgerichts* dafür aus, dass die Abonnenten die Nachteile einer Piraterie zu tragen hätten. Aus dem französischen Originaltext wird klar, dass sich die entsprechende Folgerung auf einen ersten Satzteil betreffend einen nicht homologierten Apparat bezieht. Die private Sammlung der Bundesgerichtsentscheide macht aus einem Satz zwei und vernachlässigt bei der Übersetzung das sinnverbindende Wort «donc» (vgl. *Praxis* 2004, Nr. 100, S. 571, E. 3 und [BGE 129 III 604](#), 610, E. 3). Der Hinweis des Gerichts, dass der Kunde auch das Risiko der Piraterie zu tragen hätte, erfasst mithin nur Fälle in denen ein Abonnent einen als Ursache in Frage stehenden, nicht zugelassenen Telefonapparat verwendet.

3.

[Rz 5] Die rechtliche Lage beim Missbrauch durch einen nicht physisch anwesenden Dritten bleibt damit ungewiss. Dem Inhaber des Anschlusses können in diesem Fall offensichtlich weder Anscheins- noch Duldungsvollmacht unterschoben werden. Eine Risikoabwälzung auf den Abonnenten entspricht nicht dem vertraglichen Konsens betreffend die Benützung des Anschlusses. Eventuell erschiene die entsprechende Anwendung der kleingedruckten Vertragsbestimmung ungewöhnlich, weil die Netzbetreiberin von ihrem risikoreichen Geschäft profitiert und dieses zudem gut kontrollieren kann. Beim Telefonkiosk beteiligt sich die Swisscom nicht nur als blosse Netzbetreiberin. Sie erhält nicht nur eine Entschädigung für die Telekommunikation, sondern insbesondere auch und gerade für ihre Inkassodienstleistung. Das Risiko der fehlenden Bezahlung einer Rechnung ihres Kunden fliesst ebenso in die Marge mit ein wie eine Monopolrente. Je nach Preis der Mehrwertdienstleistung ist denn auch der Anteil grösser, welchen die Swisscom vom Gesamtumsatz einbehalten kann. Die Swisscom Fixnet ist damit nicht nur einfach ein passiver Netzdienstleister, sondern verdient aktiv mit.

[Rz 6] Die Swisscom Fixnet AG bewegt sich nicht im Rahmen der Grundversorgung nach Fernmeldegesetz. Sie kann, allenfalls in Zusammenarbeit mit dem BAKOM, durch eine Prüfung ihrer Mehrwertdienstleistungsvertragspartner oder technische Sicherheitsmassnahmen durchaus Risikopotential vermindern. Völlig ausschliessen lässt sich der Missbrauch damit nicht. Gleichermassen kann ein Computer-Benützer das Risiko eines Missbrauchs zwar vermindern, wegen der sich stetig entwickelnden Technik auch mit grossem Aufwand nicht ausschliessen. Ein volkswirtschaftlich optimales Ergebnis liegt dementsprechend vor, wenn beide Parteien sorgfältig sind und dabei ein optimales Sorgfaltsniveau einhalten, d.h. ihre Sorgfaltspflichten erfüllen, bis zusätzliche Sorgfalt teurer wird als der dadurch verminderte Erwartungsschaden (vgl. zum Ganzen Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2000, S. 217 ff.; Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge/London 1987, S. 26 f.).

[Rz 7] Dabei spricht die Art der möglichen Schädigungen für die Netzbetreiberin als überlegenem Risikoträger (superior risk bearer, vgl. Schäfer/Ott, a.a.O., S. 384 f.). Im Gegensatz zu ihren Abonnenten verfügt sie über mehr Information, i.e. grosse technische Kenntnisse, insbesondere im Zusammenhang mit den hier interessierenden Telefondienstleistungen. Kommt noch hinzu, dass sie auch kostengünstig Risikofaktoren zentral beheben kann. Demgegenüber müssen die Konsumenten jeweils einzeln externe Spezialisten beauftragen und sich mühsam, z.B. mit Hilfe von Zeitschriften mit gleichartigen Problemen auseinandersetzen. Die Netzanbieterin hingegen kann durch eine Überprüfung ihrer Mehrwertdienstleister und der technischen Systeme das Risiko unerwünschter Verbindungen zentral und erheblich vermindern. Sie kann durch den Informationsvorsprung betreffend die Gebührenhöhe neue Gefahren auch viel schneller erkennen.

[Rz 8] Wirtschaftlich völlig unsinnig ist, nebenbei erwähnt, der Swisscom Fixnet AG eine volkswirtschaftlich durchaus auch sinnvoll einsetzbare Dienstleistung zu verbieten, bzw. sehr zu erschweren, obwohl sie das Risiko einer unerwünschten Einwahl z.B. durch eine Zertifizierung oder technische Kontrolle der anklopfenden Einwählprogramme durchaus in den Griff bekommen könnte.

4.

[Rz 9] Betreffend die Würdigung der fehlenden Einwilligung des Kunden zum Rechtsübergang von der Swisscom AG auf die Swisscom Fixnet AG kann Sidler (Rz 11). ebenfalls nicht gefolgt werden. Wenn die

Swisscom AG ihren Kunden schrieb, das Vertragsverhältnis gehe nach der Ausgliederung des Festnetzgeschäftes automatisch auf die Swisscom Fixnet AG über, obwohl es dafür gemäss AGB der Swisscom der schriftlichen Zustimmung auch des Kunden bedurft hätte, so hat sie ihre Kunden einfach falsch informiert. Die Swisscom Fixnet AG durfte unter diesen Umständen die Begleichung von Forderungen auf ihr Konto vielleicht als Zustimmung zu einem neuen Vertrag mit neuen Parteien werten, aber nicht als Zustimmung zum Rechtsübergang von Forderungen von der Swisscom AG auf die Swisscom Fixnet AG. Diesbezüglich liegt trotz vertraglich vorbehaltenen Schriftlichkeit demgemäss nur ein Schweigen auf ein falsch informierendes Schreiben der Swisscom vor, welches nach der falschen Information der Swisscom AG an ihre Kunden sicher nicht als Zustimmung des Kunden zu werten ist (Art. 6 [OR](#)). Ob der Kunde einen neuen Vertrag mit der Swisscom Fixnet AG unterschrieben hätte oder nicht, ist für den Übergang der Forderungen auf das neue Vertragsverhältnis demgemäss völlig belanglos (vgl. Sidler, a.a.O., Rz 11).

5.

[Rz 10] Zusammenfassend spricht bei Missbräuchen durch Einwählprogramme auch nach den aktuellen allgemeinen Geschäftsbedingungen der Swisscom Fixnet AG nichts für eine generelle Risikotragung durch den Kunden. Ab 1. April 2004 sind Dialer nur noch unter besonderen, eingeschränkten Voraussetzungen zugelassen, welche eine Zustimmung des Nutzers sicherstellen, womit im Sinne des Werbespruches «connecting people» bis auf weiteres nur noch Verbindungen in Rechnung gestellt werden können, die von physisch existierenden Kunden gewünscht werden.

Zitervorschlag Urs Schlegel / Miriam Lendfers, Connecting people?, in: [Jusletter 22. November 2004](#) [Rz]