

ZE M 10. KIM 11/2821
1 JBC 504/04V

Bezirksgericht für Handelsurachen Wien
Eingang: 28.09.2005
Handelsgericht
Mollardgasse 1
1040 Wien

26

50 R 77/05p



REPUBLIC ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

EINGANG

28. SEP. 2005

Neumayer & Walter

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender), Dr. Schlederer und KR Linder als Berufungsgericht in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], 1090 Wien, Roßauer Lände 25/8, vertreten durch Neumayer & Walter Rechtsanwälte-Partnerschaft in 1030 Wien, gegen die beklagte Partei **Telekom Austria AG**, 1020 Wien, Lassallestraße 9, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen EUR 1.509,48 s.A. über die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 30.3.2005, 13 C 504/04v-22, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat wie folgt:

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 1.509,48 binnen 14 Tagen zu zahlen.

2. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.534,43 bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (darin enthalten EUR 139,-- Barauslagen und EUR 232,57 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der

klagenden Partei die mit EUR 355,79 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 41,63 USt und EUR 106,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückzahlung des im Einziehungsverfahren von der Beklagten vom Konto des Klägers eingezogenen Klagsbetrages aus der Rechnung der Beklagten vom 16.4.2003 über insgesamt € 2.180,76, die insbesondere in Anspruch genommene Internetleistungen beinhaltet. Die Rechnung enthalte auch Datenübertragungen, die ohne Mitwirkung oder Anforderung durch den Kläger vorgenommen worden seien.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Es traf die auf Seite 8 bis 11 seines Urteiles ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, ein Fehler bei der Entgeltermittlung sei im gegenständlichen Fall nicht festgestellt worden, sodass die vom Kläger herangezogene Bestimmung in den AGB über die pauschale Entgeltfestsetzung nicht zur Anwendung komme. Den Kläger treffe für das Vorliegen einer unrichtigen Verrechnung die Beweislast.

Voraussetzung für die Verrechnung von Downloads sei nach den vereinbarten Geschäftsbedingungen nicht, dass der Download durch tatsächliches Benützerverhalten ausgelöst werde. Die Beklagte habe dem Kläger daher zu Recht das vereinbarte Entgelt für die Überschreitung des monatlichen

Datentransfervolumens im März 2003 in Rechnung gestellt.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung des Urteils im klagsstattgebenden Sinn; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung des Klägers nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Im Rahmen der Rechtsrüge wendet sich der Berufungswerber gegen die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dem Kläger sei der Beweis für eine fehlerhafte Entgeltermittlung nicht gelungen.

Dazu ist auszuführen, dass zwischen den Streitteilen ein Vertrag über einen Internet-ADSL Account „Aonline Speed plus“ abgeschlossen wurde. Der Kläger bedient sich somit, um Zugang zum Internet zu erlangen, der Beklagten als sog. „Access-Provider“. Der Access-Provider ermöglicht seinen Kunden den Zugang zum Internet, indem er die dafür notwendigen technischen Rahmenbedingungen schafft. Er ist technisch gesehen ein Knotenpunkt im Internet, weil er über einen leistungsfähigen Anschluss an das Internet-Backbone (=Zusammenschluss zwischen großen Netzen) verfügt (Wiebe, Internetrecht, 152f).

Die vertragliche Verpflichtung des Access-Providers besteht darin, die technischen Einrichtungen bereitzuhalten, die dem Kunden ermöglichen, über eine Telefonverbindung oder eine Breitbandverbindung und den Computer des Providers Zugang zum Internet zu erhalten. Dabei handelt es sich wegen der wiederkehrenden Leistungen um ein Dauerschuldverhältnis (Wiebe, Internetrecht, 156).

Eine gesetzliche Regelung des Providervertrages existiert

nicht. Die Einordnung des Access-Providervertrages als Dienstleistungsvertrag, Werkvertrag, Vertrag sui generis, Mietvertrag und/oder gemischter Vertrag ist strittig (Wiebe, Internetrecht, 157 mwN; vgl. dazu auch für den deutschen Rechtsbereich Cichon, Internetverträge, 15ff mwN; S. Gottschalk in Kröger-Gimmy, Handbuch zum Internetrecht², 257f mwN sowie Schuppert in Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider², 3ff) und richtet sich nach der jeweiligen konkreten vertraglichen Ausgestaltung der Vereinbarung.

Im gegenständlichen Fall vereinbarten die Streitparteien ein monatliches Grundpauschale, welches ein unbegrenztes Uploadvolumen sowie ein Downloadvolumen von 1 GB pro Monat beinhaltete. Darüber hinausgehende Downloadmengen sind demnach gesondert zu bezahlen.

Die Leistungsbeschreibung der Beklagten für den vereinbarten Internet-ADSL Account definiert den Download als Datenübertragung bei einer Internetverbindung von einem Server/PC auf das lokale Endgerät des Kunden, unabhängig davon, ob die Daten auf dem Endgerät abgespeichert werden oder nicht.

Die Beklagte zählte im gegenständlichen Fall sämtliche Datenpakete, die das Netz der Beklagten in Richtung zum Endbenutzer verlassen, ohne Unterschied, ob die Datenpakete vom Endbenutzer angefordert oder von einem Dritten an den Endbenutzer gesendet wurden. Das Erstgericht konnte nicht feststellen, ob die zur Verrechnung gelangten Downloadmengen auf ein tatsächliches Benützerverhalten des Klägers oder seiner Mitarbeiter oder einen Missbrauch durch Dritte in Form von Portscan oder Ping-Attacken etc. zurückzuführen sind.

Die Besonderheit der gegenständlichen Providervereinbarung besteht darin, dass in der Vereinbarung der Umfang der Sachleistung des Access-Providers mengenmäßig nicht von

vornherein bestimmt ist. Vielmehr bestimmt hier die Zeit den Leistungsumfang, wobei der Kunde Zeit und Ausmaß der Einzelleistung (Down- und Uploadvolumen) selbst bestimmen kann. Die Vereinbarung ist mit der Vereinbarung von Zuleitungs- und Bezugsverträgen über Wasser, Gas und Elektrizität vergleichbar (vgl. dazu *Koziol-Welser II*¹², 156 mwN; *Barta*, Zivilrecht, 81). Derartige Verträge sind ebenso wie die Providervereinbarung als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren, bei denen der Vertragspartner Zeitpunkt und Ausmaß der Leistung bestimmen kann und damit ein Recht auf Abruf besitzt (SZ 51/99). In der Regel sind Bezugsverträge bei Massenprodukten mit der Nebenpflicht der ständigen Lieferbereitschaft durch den Bezugsverpflichteten verknüpft (SZ 51/99; *Koziol-Welser II*¹², 156). Da es sich bei der Providervereinbarung um die Benützung eines Internetzuganges handelt, besteht auch in diesem Fall eine Pflicht zur ständigen Leistungsbereitschaft (*Wiebe*, Internetrecht, 157, spricht von einem ordentlichen Bemühen des geschuldeten Erfolges der Weitergabe von Datenpaketen bis zur Schnittstelle anderer Netzbetreiber).

Bei dem Recht des Kunden auf Abruf der Providerleistungen handelt es sich nach Ansicht des Gerichtes um ein Gestaltungsrecht (ebenso *Bydlinski*, FS Hämmerle, 31ff für Energielieferungsverträge), das durch den Realakt der konkreten Inanspruchnahme ausgeübt wird. Durch diesen Realakt konkretisiert der Kunde den Umfang der Inanspruchnahme seines Rechtes zum Internetzugang und zur Beförderung von Datenpaketen im Internet (*Wiebe*, Internetrecht, 156, sieht demgegenüber im Access-Provider-Vertrag einen Rahmenvertrag, der erst durch weitere vom Kunden geforderte Einzelleistungen konkretisiert wird; demgegenüber verweist *Cichon* in *Cichon*, Internetverträge, 17f, zutreffend darauf, dass es lebensfremd sei, jedes Mal den Abschluss eines Einzelvertrages zu

konstruieren, zumal jede Einzelleistung auf genauer vorheriger Bestimmung und einem einheitlichen Vertragswillen der Parteien beruhe).

Der Kläger behauptet im gegenständlichen Fall, die festgestelltermaßen richtig gemessenen Downloadmengen seien (zum Teil) auf nicht angeforderte Daten, die durch Dritte übermittelt wurden, zurückzuführen.

Hinsichtlich derartiger Daten fehlt es somit an einem dem Kläger als Inhaber des Internetzuganges zurechenbaren Realakt auf Abruf von Internetleistungen, sodass darauf zurückzuführende Downloadmengen schon mangels Abrufes keine Entgeltwirkungen entfalten können. Nicht anderes kann gelten, wenn man entgegen der hier vertretenen Rechtsansicht anstelle eines Realaktes beim Abruf der Internetleistungen den Abschluss eines Einzelvertrages aufgrund einer Rahmenvereinbarung annimmt. Auch in diesem Fall liegt bei unaufgeforderter Übermittlung von Datenpaketen keine dem Kläger zurechenbare Willenserklärung vor.

Aber selbst wenn man davon ausginge, dass die festgestellte Leistungsbeschreibung der Beklagten den verrechenbaren Download rechtsverbindlich als jedwede Datenübertragung der Beklagten definiert, wäre keine Entgeltlichkeit für die unaufgeforderte Übermittlung von Datenpaketen außerhalb der Sphäre des Klägers gegeben.

Der Kläger wendete im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich ein, eine Auslegung der Bedingungen dahingehend, dass von dritter Seite ohne Zustimmungshandlung des Klägers transferierte Daten zu einer Entgeltspflicht führten, sei gröblich benachteiligend. Damit beruft sich der Kläger durch entsprechendes Sachvorbringen zumindest hinreichend deutlich auch auf die Sittenwidrigkeit der vereinbarten Verrechnung von nicht

angeforderten Downloadmengen im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB (zur im Rahmen der relativen Nichtigkeit erforderlichen Geltendmachung siehe allgemein RS0016440), auch wenn der im Vorbringen angesprochene § 879 Abs 3 ABGB auf die Hauptleistungspflicht des Klägers (Entgeltzahlung) nicht anzuwenden ist.

Nach der Judikatur (RdW 2000/576) kann eine Bank das Risiko, das im Einsatz komplizierter Geräte und der Technik liegt, ohne Verschulden des Kunden nicht auf den Kunden überwälzen, da diese Risikoverschiebung nur durch die Machtposition des stärkeren Vertragspartners begründet sei und kein gewichtiger Verursachungsbeitrag des Kunden vorliege. Nichts anderes gilt für die Vereinbarung eines Entgelts für vom Kunden nicht angefordertes und von diesem (trotz korrekt eingestellter Firewall-Software) nicht beeinflussbares Downloadvolumen. Die Vereinbarung eines Entgelts für unaufgefordertes und vom Kunden auch nicht angenommenes Downloadvolumen ist, sofern dieses nicht der Sphäre des Kunden entspringt, daher als sittenwidrig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB anzusehen (ähnlich *Spindler* in *Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider*², 398ff mwN aus der deutschen Rechtsprechung für den Fall der missbräuchlichen Nutzung eines Internetzuganges durch Dritte ohne Verschulden des Kunden, sofern diese Nutzung nicht in der Sphäre des Kunden liegt). Auch in diesem Fall ergibt eine Interessenabwägung ein grobes Missverhältnis zwischen den durch den Missbrauch verletzten und den durch sie geförderten Interessen (vgl. *Krejci* in *Rummel*³, Rz 55 zu § 879 ABGB mwN).

Die Sittenwidrigkeit der Entgeltvereinbarung bei nicht angeforderten Downloadmengen macht damit deren Verrechnung jedenfalls unzulässig, ohne dass es darauf ankäme, ob eine Teil- oder Gesamtnichtigkeit des Vertrages vorliegt. Selbst bei Gesamtnichtigkeit des Vertrages stünde nämlich der

Beklagten kein Bereicherungsanspruch gegen den Kläger zu, da dieser durch die unaufgefordert übermittelten und nicht angenommenen Downloadmengen nicht bereichert sein kann.

Die Abbuchung der Rechnung vom Konto des Klägers ist unstrittig. Ausgehend von der Sittenwidrigkeit einer Verrechnung nicht in der Sphäre des Kunden liegender, unaufgefordert übermittelter Downloadmengen, wäre es daher an der Beklagten gelegen gewesen, nachzuweisen, dass die verrechneten und im Einziehungsweg vom Konto des Klägers abgebuchten Rechnungsbeträge auf dem Kläger zuzurechnende Downloadvorgänge zurückzuführen sind. Nichts anderes hat für den Fall der Annahme fehlender Realakte bei unaufgefordertem Download zu gelten.

Selbst wenn man aber den Umstand des festgestellten Downloads als Anscheinsbeweis der Inanspruchnahme von dem Kläger zurechenbaren Leistungen ^{ausdrücken} ~~fließe~~, steht dem die vom Erstgericht festgestellte Möglichkeit einer „Portscan-Attacke“ oder eines „Pings“ als vom Kläger nachgewiesene ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes entgegen (vgl. zum vergleichbaren Fall der Verwendung eines PIN-Codes einer Bankomatkarte: RdW 2000/576). Der Kläger hat damit den Anscheinsbeweis der Beklagten über sein Downloadvolumen erfolgreich erschüttert. Der Beklagten ist der danach zu erbringende volle Beweis der rechtmäßigen Verrechnung der Downloadmengen nicht gelungen. Sie hat damit dem Kläger den rechtsgrundlos eingezogenen Rechnungsbetrag zurückzuzahlen.

Das erstinstanzliche Urteil war daher im klagsstattgebenden Sinn abzuändern. Aufgrund der aus rechtlichen Erwägungen möglichen Abänderung des angefochtenen Urteiles war eine mündliche Verhandlung über die Berufung gem. § 501 Abs 1 ZPO nicht erforderlich.

Aufgrund des Obsiegens des Klägers im Berufungsverfahren war

über die Kosten des bisherigen Verfahrens neu zu erkennen. Dabei war zu beachten, dass der Kläger ursprünglich im Wege der Stufenklage Rechnungslegung über die vom gegenständlichen Internetanschluss (vom Kläger) angeforderten Datenmengen begehrte und dieses Rechnungslegungsbegehren mit EUR 1.000,-- bezifferte. Eventualiter begehrte der Kläger die Zahlung von EUR 1.691,02. In Lehre und Rechtsprechung (Nachweise bei *Gitschthaler in Fasching*² I, Rz 8 zu § 56 JN) ist im Wesentlichen unbestritten, dass der Streitwertberechnung in analoger Anwendung des § 56 Abs 1 JN die Höhe der Geldsumme des Eventualbegehrens zugrunde zu legen ist, wenn das Hauptbegehren nicht Geldwert besitzt und das Eventualbegehren bereits in der Klage gestellt wurde. Nichts anderes hat gem. § 4 RATG für die Bemessungsgrundlage betreffend Anwaltskosten zu gelten.

Nach den Feststellungen erfasste die Beklagte lediglich An- und Abmeldung, Onlinezeit sowie das Upload- und Downloadvolumen, nicht aber die vom Kläger angeforderten Datenmengen. Der Kläger ist daher auch mit dem von der Beklagten nicht erfüllten Rechnungslegungsbegehren bis zur Klagsänderung als voll obsiegend anzusehen.

In der Verhandlung vom 17.6.2004 modifizierte der Kläger sein Begehren im Sinne eines Leistungsbegehrens über EUR 1.509,48, sodass dieser Betrag danach als Bemessungsgrundlage für die Rechtsanwaltskosten heranzuziehen ist.

Bei der Kostenbestimmung war zu beachten, dass der Schriftsatz vom 15.11.2004 mangels entsprechenden Auftrags lediglich nach TP 2 RATG zu honorieren war und der Schriftsatz vom 25.11.2004 mit diesem Schriftsatz hätte verbunden werden können, sodass beide Schriftsätze lediglich einmal nach TP 2 RATG zuzusprechen waren.

Es ergibt sich daher nachfolgende Kostenberechnung:

Datum	Leistung	Tarifpost	Kosten
18.03.2004	Klage	TP 3A	EUR 104,10
	120 % ES		EUR 124,92
28.04.2004	mStv	TP 3A, 1h	EUR 104,10
	60 % ES		EUR 62,46
17.06.2004	mStv	TP 3A, 2h	EUR 156,15
	60 % ES		EUR 93,69
30.05.2004	SS	TP 2	EUR 52,30
	60 % ES		EUR 31,38
13.07.2004	SS	TP 1	EUR 10,60
	60 % ES		EUR 6,36
31.08.2004	SS	TP 3A	EUR 104,10
	60 % ES		EUR 62,46
15.11.2004	SS	TP 2	EUR 52,30
	60 % ES		EUR 31,38
18.01.2005	SS	TP 3A, 1h	EUR 104,10
	60 % ES		EUR 62,46
	20% USt		EUR 232,57
	BA		EUR 139,00
	Gesamt		EUR 1.534,43

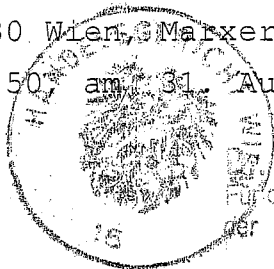
Die Beklagte hat dem Kläger als im Berufungsverfahren vollständig obsiegender Partei gem. §§ 41 und 50 ZPO die Verfahrenskosten zu ersetzen. Dabei war zu beachten, dass in den Fällen des § 501 Abs 1 ZPO (EUR 2.000,-- nicht übersteigerender Streitwert) lediglich der einfache Einheitssatz gebührt (§ 23 Abs 10 RATG).

Die Revision ist nach § 502 Abs 2 ZPO jedenfalls unzulässig, da der Streitgegenstand, über den das Berufungsgericht entschieden hat, EUR 4.000,-- nicht übersteigt.

Handelsgericht Wien

1030 Wien, Marxergasse 1a

Abt. 50 am 31. August 2005



Dr. Heinz-Peter Schinzel
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung

