

OGH Urteil vom 15.6.2016, 4 Ob 30/16i – "Schockrechnung" des Access-Providers



Fundstellen: jusIT 2016/66, 145 (Thiele) = Zak 2016/474, 256 = ZIIR 2016, 453 (Thiele) = ZTR 2016, 174

- 1. Der Haftungsausschluss nach § 13 ECG betrifft lediglich Schäden Dritter durch übermittelte rechtswidrige Informationen nicht hingegen die vertraglichen Ansprüche des Access-Providers gegenüber seinen Kunden, die Opfer eines Telefon-Hackings geworden sind.**
- 2. Im Rahmen seiner Schutz- und Sorgfaltspflichten hat der Betreiber von Kommunikationsdiensten – bei sonstigem Entfall seiner Entgeltansprüche – Maßnahmen zur Abwehr von Hackerangriffen ergreifen, die ihm leicht möglich sind.**
- 3. Einem Telekom-Diensteanbieter ist es sowohl personell als auch technisch leicht möglich und zumutbar ein automatisches Gebührenmonitoring sowie eine entsprechende Warnung der Kunden zu installieren. Dadurch werden seine Schutz- und Sorgfaltspflichten nicht überspannt.**

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin H***** GmbH, *****, vertreten durch Hasberger Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Beklagte ***** L***** GmbH, *****, vertreten durch Reif & Partner Rechtsanwälte OG in Graz, wegen 9.887,99 EUR sA, über die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgericht vom 30. September 2015, GZ 5 R 132/15s-36, womit das Urteil des Bezirksgerichts Graz-Ost vom 26. Juni 2015, GZ 258 C 350/14w-32, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 833,88 EUR (darin 138,98 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte, ein inländisches Unternehmen, das Dienstleistungen im Bereich Schülernachhilfe und Studentenkurse erbringt, verwendet in ihren Geschäftsräumen eine Telefonanlage, die über zwei Netzwerkanschlüsse, eine integrierte Firewall, zwei analoge Anschlüsse für ein portables Funktelefon und ein Faxgerät sowie über die Möglichkeit zur Errichtung eines virtuellen privaten Netzwerks verfügt. Ein Netzwerkanschluss dient dabei zur Verbindung mit dem Internet, der andere Netzwerkanschluss zur Anbindung der fünf IP Telefone an das interne Netzwerk. Die Beklagte kann keine Änderungen der Basiseinstellungen an der Telefonanlage vornehmen.

Die Klägerin stellte der Beklagten seit 2012 die Festnetz- und Internetverbindungen für die genannte Anlage zur Verfügung. Sie lieferte der Beklagten drei ISDN-Basisanschlüsse mit bestimmten Rufnummern sowie einen xDSL-Zugang. Jeder ISDN-Basisanschluss verfügte über zwei Kanäle, sodass der Beklagten insgesamt sechs Telefonanschlüsse zur Verfügung standen. Die Klägerin verrechnete nur über eine der drei Rufnummern Gespräche, und zwar über das inkludierte Minutenkontingent des jeweiligen Tarifpakets hinausgehend nach dem Standard-Tarif nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Darin ist auch normiert, dass die Klägerin bei der Erbringung von Leistung mit größter Sorgfalt vorzugehen hat und dass eine Schadenersatzpflicht gegenüber Vertragspartner bei bloß leichter Fahrlässigkeit außer bei Personenschäden ausgeschlossen ist und sie nur für vorsätzlich oder grob fahrlässig von ihren Organen, Erfüllungsgehilfen oder

Beauftragten verursachte Schäden haftet und die Haftung gegenüber Unternehmen für höhere Gewalt, Folgeschäden und entgangenen Gewinn ausgeschlossen ist.

Die Klägerin stellte der Beklagten durchschnittlich monatlich 210 EUR inklusive USt an Grundentgelten und Verbindungsentgelten in Rechnung, wobei vereinzelt Gesprächsverbindungen nach Deutschland und Mehrwertdienste anfielen. Eine Gebührenanzeige über die aktuellen Kosten war auf den IP-Telefonen nicht vorhanden.

Es erfolgte sodann von außen ein Hackerzugriff auf die Telefonanlage der Beklagten. Beginnend mit 2. 1. 2014 bis 20. 1. 2014 wurde die Telefonanlage der Beklagten durch bislang unbekannte Täter über eine ägyptische IP-Adresse gehackt, sodass in zahlreichen Angriffen Verbindungen – fast ausschließlich in den Nacht- und den frühen Morgenstunden – ins Ausland getätigt wurden, und zwar nach Grönland, Thailand, Eritrea, Elfenbeinküste, Bosnien-Herzegowina, Serbien, Burkina Faso, Zentralafrika, Mali, Benin und Kuba.

Mit Rechnung vom 1. 2. 2014 stellte die Klägerin der Beklagten für den Abrechnungszeitraum Jänner 2014 Grund- und Verbindungsentgelte in Höhe von insgesamt 10.160,14 EUR brutto in Rechnung.

Die Geschäftsführerin der Beklagten erlangte am Vormittag des 20. 1. 2014 Kenntnis von Problemen mit der Telefonanlage, da alle Leitungen belegt waren. Eine Warnung durch die Klägerin vom vorliegenden Hackerangriff oder die Einrichtung einer Sicherheitssperre durch diese war nicht erfolgt. Die Beklagte setzte sich mit dem Unternehmen, das die Telefonanlage installiert hatte, in Verbindung, und sodann auch mit der Klägerin, welche nach Kenntnis der Missbräuche die Sperrung der gesamten Anlage veranlasste.

Die Klägerin erhält für ihre Verrechnungszwecke täglich von Montag bis Freitag jeweils um 9:00 Uhr sämtliche Verrechnungsdaten ihrer Kunden für den Vortag vom Netzbetreiber, wobei die Daten für Freitag und das Wochenende jeweils am Montag zur Verfügung gestellt werden. Das Einspielen der Datenmenge in das System der Klägerin nimmt rund 30 Minuten in Anspruch, sodass der Klägerin nach Beendigung des Importvorgangs die Verrechnungsdaten mit den Einzelgesprächsnachweisen sämtlicher Kunden um 9:30 Uhr auch für eine Gebührenprüfung zur Verfügung stehen. Bei der Klägerin war zum Zeitpunkt des Hackerangriffs – obwohl technisch und personell ohne weiteres möglich – noch kein Gebührenmonitoring eingerichtet. Es fiel der Klägerin daher erst bei der konkreten Rechnungslegung auf, wenn ein eklatanter Sprung zum vorhergehenden Nutzungsverhalten eines Kunden vorlag. Erst im zweiten Halbjahr 2014 wurde das Gebührenmonitoring bei der Klägerin auf Basis der übermittelten Verrechnungsdaten eingerichtet. Dieses funktioniert so, dass ein Mitarbeiter der Klägerin die dem jeweiligen Kunden zugeordneten Einzelgesprächsnachweise auf auffälliges Telefonieverhalten im Vergleich zur Tarifliste des jeweiligen Kunden sowie hinsichtlich Verbindungen in „gefährdete Destinationen“ (Ägypten, Malta, Bali, Bosnien-Herzegowina udgl) überprüft und gegebenenfalls den Kunden verständigt sowie Leitungssperren einrichten kann. Eine derartige Überprüfung hätte bereits im Jänner 2014 durch die Klägerin erfolgen können und könnte auch vollautomatisiert ohne Personaleinsatz erfolgen.

Auf die klagsgegenständliche Rechnungslegung bezogen bedeutet dies, dass der Klägerin die Verrechnungsdaten mit den Einzelgesprächsnachweisen der Beklagten für Freitag 3. 1. 2014 am Montag, den 6. 1. 2014 um 9:00 Uhr übermittelt wurden. Nach Einspielung der Daten und einer Überprüfung durch einen Mitarbeiter im Wege einfacher Addition der laufenden Kosten der Beklagten und einem Vergleich mit den Kosten der Beklagten aus der Vergangenheit hätte die Klägerin spätestens am 6. 1. 2014 gegen Mittag anhand der für sie ersichtlichen Ländervorwahl erkennen können, dass insgesamt 37 Verbindungen nach Eritrea in der Zeit von 1:52 Uhr bis 2:26 Uhr aufgebaut wurden. Aufgrund der zahlreichen Verbindungen in eine „gefährdete“ Destination im Abgleich mit den Daten des durchschnittlichen Telefonieverhaltens der Beklagten hätte der Klägerin eine Malversation auffallen können. Im Vergleich dazu fielen am 3. 1. 2014 lediglich 31 Inlandsgespräche während der Büroöffnungszeiten an. Die Klägerin unterließ aber eine Überprüfung bzw einen Abgleich mit dem üblichen Telefonieverhalten der Beklagten und hat somit eine Manipulation der Telefonanlage nicht erkannt. Ihr wäre es ab 6. 1. 2014 möglich gewesen, die

Beklagte zu warnen und/oder die Leitung zu kappen. Die ebenfalls vom Hackerangriff betroffenen Auslandsverbindungen vor dem 3. 1. 2014 nach Grönland und Thailand waren für die Klägerin selbst bei sorgfältiger Überprüfung nicht feststellbar. Ebenso wäre eine generelle Verhinderung des Angriffs durch die Klägerin nicht möglich gewesen.

Die Klägerin beehrte von der Beklagten die Zahlung des ausstehenden Rechnungsbetrags in Höhe von 10.160,14 EUR und schränkte ihr Begehren nach Zahlung eines Rechnungsteils für Grundentgelte und Inlandsgespräche in Höhe von 272,15 EUR durch die Beklagte auf 9.887,77 EUR ein. Sie habe durch die Bereitstellung von Festnetz- und Internetzugängen ihre Leistung erbracht. Die Manipulation der Telefonanlage sei ihr nicht zuzurechnen, zumal sie diese nicht zur Verfügung gestellt habe. Eine permanente Kontrolle der Anschlüsse sei nicht zumutbar.

Die Beklagte wendete ein, eine Verrechnung der Auslandsverbindungen sei nach Pkt 3.4. der AGB der Klägerin mangels Leistungserbringung für den Vertragspartner unzulässig. Es liege ein Verstoß gegen Schutz- und Sorgfaltspflichten vor, da die Klägerin die Beklagte nicht gewarnt habe und keine geeignete Sicherheitssperre für die Verhinderung derartiger Angriffe eingerichtet habe. Der Klägerin hätte aufgrund des bisherigen Nutzungsverhaltens auffallen müssen, dass die Beklagte sonst keine derartigen Verbindungen ins Ausland tätige. Sie wäre daher verpflichtet gewesen, die Beklagte zu warnen.

Das *Erstgericht* sprach der Klägerin lediglich die Verbindungsentgelte bis zum 6. 1. 2014 in Höhe von 110,08 EUR zu und wies das darüber hinaus gehende Begehren ab, da die Klägerin ihre Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt habe. Die Klägerin treffe eine Warnpflicht, da innerhalb kürzester Zeit zahlreiche Verbindungen in gefährdete Destinationen angefallen seien und dieses Nutzungsverhalten im auffallenden Widerspruch zum sonstigen Telefonieverhalten der Beklagten gestanden habe. Der Klägerin sei es möglich und zumutbar gewesen, am 6. 1. 2014 ein Gebührenmonitoring vorzunehmen. Durch eine Warnung bzw ein Kappen der Leitung hätten weitere Auslandsverbindungen verhindert werden können.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung und ließ nachträglich die Revision zur Frage zu, welche nebenvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten mit einem Access-Provider-Vertrag verbunden sind.

Die – von der Beklagten beantwortete – *Revision* der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund *zulässig*; sie ist aber *nicht berechtigt*.

1. Die Klägerin macht geltend, die vom Berufungsgericht angenommenen nebenvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten, die darin bestünden, den Entgeltanfall von Kunden zu überwachen, überspannten ihre Verpflichtungen als Access-Provider, da sie insofern auch nicht „Beherrscher der Gefahr“ sei. Als Access-Provider habe sie gemäß § 13 ECG auf den Inhalt der von dritter Seite zur Verfügung gestellten Dienstleistungen keinen Einfluss.

2. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass sich die Klägerin erst in ihrer Berufung auf einen Haftungsausschluss nach dem ECG stützte. Das Berufungsgericht hat sie demgemäß zu Recht auf das Neuerungsverbot des § 482 ZPO verwiesen.

3. Abgesehen davon betrifft der Haftungsausschluss nach § 13 ECG (wonach ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt, für die übermittelten Informationen im Allgemeinen nicht verantwortlich ist) die Haftung für *Inhalte* übermittelter Informationen (vgl *Burgstaller/Minichmayr*, E-Commerce-Recht², 161; 6 Ob 218/03g). Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um eine Haftung der Klägerin für Schäden Dritter durch übermittelte rechtswidrige Informationen, sondern um die Berechtigung ihrer vertraglichen Ansprüche gegenüber der Beklagten.

4. Der Abschluss eines Vertrags lässt nicht bloß die Hauptpflichten entstehen, die für die betreffende

Vertragstypen charakteristisch sind, sondern erzeugt auch eine Reihe von Nebenpflichten, zu denen auch die Schutzpflichten und Sorgfaltspflichten gehören. Der Schuldner hat die geschuldete Hauptleistung nicht nur zu erbringen, sondern er hat sie so sorgfältig zu bewirken, dass alle Rechtsgüter des Gläubigers, mit denen er in Berührung kommt, nach Tunlichkeit vor Schaden bewahrt und geschützt bleiben (RIS-Justiz RS0017049; vgl auch RS0013999). Durch den rechtsgeschäftlichen Kontakt und den Vertragsschluss wird nämlich die Einflussmöglichkeit jedes Teils auf die Sphäre des anderen verstärkt. Dieser Erhöhung der Gefährdung entspricht ein erhöhtes Schutzbedürfnis. Für die Berücksichtigung solcher Schutzpflichten spricht auch das allgemeine Interesse an möglichst reibungsloser Abwicklung des Vertragsverhältnisses (RIS-Justiz RS0013970). Auch während des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses sind vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten von den Vertragsparteien zu beachten (6 Ob 256/06z mwN; vgl auch *Lehofer* in MR 2003, 341 zum Telefondienstvertrag).

5. In der Entscheidung 2 Ob 23/03a bejahte der Oberste Gerichtshof nebenvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten des Telefoniebetreibers gegenüber deren Kunden im Zusammenhang mit der Frage, nach welcher Dauer Mehrwert-Sprachverbindungen getrennt werden müssen.

6. Der deutsche Bundesgerichtshof sprach zu III ZR 71/12 aus, dass der Telekommunikationsanbieter unter dem Vorbehalt, dass die notwendigen technischen Mittel im maßgeblichen Zeitraum zur Verfügung stehen, bei ungewöhnlichem Nutzungsverhalten, das zu einer Kostenexplosion führt, zur Schadensbegrenzung dahingehend verpflichtet ist, dem Kunden einen entsprechenden Hinweis zu geben. Dies schließt die Nutzung entsprechender Computerprogramme ein, die ein solches abweichendes Verhalten erkennen.

7. In der Literatur wird vertreten, dass die einem Betreiber von Kommunikationsdiensten obliegenden Schutz- und Sorgfaltspflichten im Fall ungewöhnlich hoher Verbindungsentgelte eine Reaktion desselben erfordern, etwa in Form einer Warnnachricht (*Hasberger/Wagner*, Zur Sperrverpflichtung der Kommunikationsanbieter bei Kostenüberschreitung, MR 2013, 346), und dass das bloße Absenden einer Warnnachricht, ohne dass sich der Betreiber versichert, dass ihr Inhalt dem Nutzer auch tatsächlich zur Kenntnis gelangt, in der Regel nicht ausreichend ist (*Goldbacher/Dama*, Zur Sperrverpflichtung der Kommunikationsanbieter bei Kostenüberschreitung – eine Replik, MR 2014, 113). Gerade deshalb, da die Telekomunternehmen wüssten, dass der Kunde oftmals überfordert ist, seien sehr strenge Schutz-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten anzunehmen (*Schneider*, Von „Schockrechnungen“ und dem Mythos, diese bezahlen zu müssen, AnwBl 2012, 309).

8. Im konkreten Fall erbrachte die Klägerin gegenüber der Beklagten Verbindungsleistungen im Rahmen eines ISDN-Anschlusses. Die – im Anlassfall verwirklichte – Gefahr eines Hackerzugriffs wäre für die Klägerin insofern beherrschbar gewesen, als es ihr sowohl personell als auch technisch leicht möglich gewesen wäre, das Wirksamwerden dieser Gefahr durch ein Gebührenmonitoring und eine entsprechende Warnung der Beklagten zu verhindern. Nach den Feststellungen hätten entsprechende Schutzmaßnahmen durch die Klägerin vollautomatisiert und ohne Personaleinsatz erfolgen können, und überdies hat sie im zweiten Halbjahr 2014 ohnehin ein Gebührenmonitoring auf Basis der übermittelten Verrechnungsdaten eingeführt. Die Beklagte selbst hatte hingegen keine Möglichkeit, die Gefahr eines Hackerangriffs durch eigene Vorkehrungen abzuwenden, zumal sie keine Änderungen der Basiseinstellungen an der – durch ein Drittunternehmen installierten – Telefonanlage vornehmen konnte.

9. Es überspannt daher nicht die Schutz- und Sorgfaltspflichten der Klägerin als Betreiberin von Kommunikationsdiensten, wenn man von ihr verlangt, ihr leicht mögliche Maßnahmen zur Abwehr von Hackerangriffen zu ergreifen.

10. Eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig (RIS-Justiz RS0014885 [T9]). Hier wendet die Beklagte gegenüber der Klagsforderung jedoch keinen Schadenersatzanspruch ein, sondern sie beruft sich darauf, dass die Klägerin nur zur Verrechnung der von der Beklagten veranlassten Telefonate berechtigt sei. Dies ergebe sich auch aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).

11. Gemäß Pkt 3.4. der dem gegenständlichen Vertrag zugrunde liegenden AGB der Klägerin

erfolgt die Verrechnung grundsätzlich nach Leistungserbringung bzw Leistungsbereitstellung. Eine solche liegt hier jedoch nicht vor. Eine ergänzende Vertragsauslegung (vgl RIS-Justiz RS0017758) führt hier zum Ergebnis, dass jene Leistungen, die unter Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten durch die Klägerin entstanden sind, nicht zu vergüten sind. Wie oben ausgeführt handelt es sich bei den durch den Hackerangriff verursachten Leistungen ab 7. 1. 2014 um solche, die bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt der Klägerin nicht angefallen wären. Deren Existenz gelangte nämlich wesentlich früher in den Wahrnehmungsbereich der Klägerin als in jenen der Beklagten. Dessen ungeachtet hat es die Klägerin unterlassen, den Angriff abzuwehren bzw die Beklagte zumindest rechtzeitig zu warnen. Die Vorinstanzen haben die Entgeltforderung der Klägerin daher insoweit zu Recht abgewiesen.

Der Revision der Klägerin ist somit nicht Folge zu geben.

12. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die klagende H-GmbH stellte der Beklagten Festnetz- und Internetverbindungen (ISDN-Anschlüsse) für ihre Telefonanlage zur Verfügung, maW sorgte sie als Access-Providerin für den Zugang zum Internet und seinen Diensten. Diese Grazer Telekombetreiberin verrechnete regelmäßig rund EUR 210,00 brutto im Monatsdurchschnitt an Grund- und Verbindungsentgelten an die später geklagte, langjährige Kundin, ein Unternehmen, das im Bereich der Schülernachhilfe und Studentenkurse tätig war. Ab einem bestimmten Zeitpunkt im Jänner 2014 erfolgte ein "Hackerzugriff" auf die Telefonanlage der Beklagten über eine ägyptische IP-Adresse. Jeweils in den Nacht- und den frühen Morgenstunden – also ausserhalb der Öffnungszeiten des Lernzentrums – erfolgten Verbindungen ins Ausland (Grönland, Thailand, Eritrea, Elfenbeinküste, Bosnien-Herzegowina, Mali, Kuba, usw.), die zu erheblichen Verbindungsentgelten (über Mehrwertnummern udgl) zu Lasten des Telefonanschlusses der Beklagten führten. Die professionell agierenden Hacker konnten nicht ausgeforscht werden.

Die Klägerin beehrte von der Beklagten mit der auf den Hackerangriff folgenden Monatsrechnung die Zahlung von (eingeschränkt) EUR 9.887,77. Die Beklagte wendete ein, die Klägerin habe ihre Warnpflicht verletzt, weshalb ihr das Entgelt nicht zustünde. Die Beklagte hätte im Übrigen die Dienste der Klägerin nicht in Anspruch genommen; sie hätte für die Hackeraktivitäten nicht zu haften.

Nach den Feststellungen des Erstgerichts hatte die Klägerin hatte täglich um 9:00 Uhr sämtliche Verrechnungsdaten ihrer Kunden für den Vortag zur Verfügung, während sie der Beklagten erst mit der nächsten Monatsrechnung zur Kenntnis gelangten. Der Klägerin wäre ein Gebührenmonitoring sowohl technisch als auch personell unmittelbar im Jänner daher leicht möglich gewesen. Das Erstgericht wies die Klage im Ausmaß von EUR 9.777,69 ab und sprach lediglich die regulären Verbindungsentgelte bis 6.1.2014 in Höhe von EUR 110,08 zu. Der Klägerin wäre es möglich und zumutbar gewesen, ein Gebührenmonitoring vorzunehmen. Durch eine Warnung bzw ein Kappen der Leitung hätten weitere Auslandsverbindungen verhindert werden können. Das LGZRS Graz bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung. Aufgrund der ordentlichen Revision der Klägerin hatte sich das Höchstgericht hatte sich letztlich mit der Frage zu befassen, welche nebenvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten mit einem Access-Provider-Vertrag verbunden wären.

* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH gab der Revision der Klägerin nicht Folge und bestätigte die abweisende Entscheidung. Es überspannte keineswegs die Schutz- und Sorgfaltspflichten der Klägerin als Betreiberin von Kommunikationsdiensten, wenn man von ihr verlangte, ihr leicht mögliche Maßnahmen zur Abwehr von Hackerangriffen zu ergreifen. Eine ergänzende Vertragsauslegung führte zum Ergebnis, dass jene Leistungen, die unter Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten durch die Klägerin entstanden sind, nicht zu vergüten waren. Es handelte sich bei den durch den illegalen, von der Beklagten nicht beherrschbaren Hackerangriff verursachten Leistungen um solche, die bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt der Klägerin nicht angefallen wären. Deren Existenz gelangte nämlich wesentlich früher in den Wahrnehmungsbereich der Klägerin als in jenen der Beklagten. Dessen ungeachtet hat es die Klägerin unterlassen, den Angriff abzuwehren bzw die Beklagte zumindest unverzüglich zu warnen. Die Höchstrichter betonten, die Beklagte keinen Schadenersatzanspruch kompensando eingewendet hatte. Sie berief sich vielmehr darauf, dass die Klägerin nach ihren eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur zur Verrechnung von Telefonaten/Kommunikationsverbindungen berechtigt wäre, die der Kunde veranlasst hatte. Nach Pkt 3.4. der AGB erfolgte die Verrechnung grundsätzlich nach Leistungserbringung bzw Leistungsbereitstellung. Eine solche lag nach Ansicht des OGH gegenüber der Beklagten nicht vor.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Urteil ist die erste höchstgerichtliche Entscheidung in Österreich zur Haftung bei sog. "Schockrechnungen" im Telekommunikationsbereich. Darunter versteht man "plötzliche und unerwartete Erhöhung der Monatsrechnung eines Verwenders von Mobiltelefonen, welche nicht durch die Änderung eines Tarifs entsteht, hervorgerufen durch zB unklare oder missverständliche Werbung und nicht erwartete Roaminggebühren oder sonstige Aktivitäten Dritter.¹ In diesem Zusammenhang hat bereits die Aufsichtsbehörde, die Rundfunk & Telekom Regulierungs GmbH (RTR-GmbH), in einer Stellungnahme zur Überarbeitung der Streitbeilegung im TK-Bereich² die Tendenz der Schlichtungsstellenentscheidungen bemängelt, die Betreiber vor den Kunden zu schützen, d.h. oft durch "äußerst mäßige rechtliche Beurteilungsqualität"³ die Entgelte für illegale Telefonie den Endgerätekunden aufzubürden.

Das Urteil ist in seinem Ergebnis sehr zu begrüßen; in seiner Begründung weniger. Der 4.Senat hält sich – erstaunlicherweise – nicht mit der zivilrechtlichen Qualifikation des gegenständlichen Access-Provider-Vertrages auf, sondern gelangt schnurstracks⁴ zu den Nebenverpflichtungen aus diesem "Telefondienstvertrag".⁵ Das verwundert, ist doch die schuldrechtliche Einordnung des zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Vertrages für die Haftungslage nicht ganz unwesentlich.⁶ So wird zB der Mobilfunkvertrag nicht als Werkvertrag, sondern als Mischvertrag sui generis mit

¹ Zurückgehend auf eine Definition der US-amerikanischen Kommunikationsbehörde, abrufbar unter <www.fcc.gov/topic/bill-shock> (15.07.2016), worauf *H. Schneider*, Von "Schockrechnungen" und dem Mythos, diese bezahlen zu müssen. Praxisorientierte Überlegungen für Rechtsvertreter der Nutzer, AnwBl 2012, 309 zu Recht hinweist.

² *Lust*, Stellungnahme zur Öffentliche Konsultation der RTR-GmbH und der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria): Streitbeilegungsverfahren gem. § 122 Abs. 1 TKG 2003, abrufbar unter <https://www.rtr.at/de/inf/Stellung_Verfahrensrichtlinien_TK_RF/Lust.pdf> (15.07.2016).
So *Lust*, aaO.

⁴ Unter Erwähnung von *Lehofer*, Zivilrechtliche Fragen des Telefondienstvertrags – Anmerkung zu den OGH-Entscheidungen 2 Ob 23/03a, 1 Ob 244/02t, 4 Ob 92/03p, MR 2003, 341.

⁵ OGH 12.06.2003, 2 Ob 23/03a (Telefonsex); unpassend insoweit die Zitierung von OGH 18.1.2007, 6 Ob 256/06z (Loseblattsammlung) = Zak 2007/275, 155 (*Beig*) = MR 2007, 144 (*Streit*); dazu *Wilhelm*, Es steht geschrieben – Zur Haftung für Fehler in Druckwerken, *ecolex* 2007, 397, und *Harrer*, Auskunft, Vertrauen und Haftung, Zak 2006/699, 403.

⁶ So bereits *H. Schwarz*, Telekomvertragsrecht. Leistungsstörungen bei Telefonmehrwertdiensten, in: Schweighofer ua (Hrsg), 10 Jahre IRIS (2008), 328 mwN.

dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen qualifiziert.⁷ Ob und inwieweit die §§ 1104, 1112 ABGB oder andere Gefahrtragungsregeln haftungsrechtlich Anwendung finden, bleibt offen.

Wie auch immer – der OGH geht in seinem Urteil von einem Dauerschuldverhältnis aus, zu dem die nebenvertragliche Warnpflicht des Access-Providers gehört, den Kunden so rasch als möglich über unbefugte Inanspruchnahme der ISDN-Anlage zu warnen. Bei genauer Betrachtung ist der Telekomdiensteanbieterin letztlich zum haftungsrechtlichen Verhängnis geworden, zum Zeitpunkt des Hackerangriffs – obwohl technisch und personell ohne weiteres möglich – noch kein Gebührenmonitoring eingerichtet zu haben. Es fiel der Klägerin daher erst bei der konkreten Rechnungslegung auf, dass und ab welchem Zeitpunkt ein eklatanter Sprung zum vorhergehenden Nutzungsverhalten eines Kunden vorlag. Die – im Anlassfall verwirklichte – Gefahr eines Hackerzugriffs wäre für die Klägerin insofern (besser) beherrschbar gewesen, als es ihr sowohl personell als auch technisch leicht möglich gewesen wäre, das Wirksamwerden dieser Gefahr durch ein Gebührenmonitoring und eine entsprechende Warnung der Beklagte zu verhindern. Nach den Feststellungen hätten entsprechende Schutzmaßnahmen durch die Klägerin vollautomatisiert und ohne Personaleinsatz erfolgen können. Die Beklagte selbst hatte hingegen keine Möglichkeit, die Gefahr eines Hackerangriffs durch eigene Vorkehrungen abzuwenden, zumal sie keine Änderungen der Basiseinstellungen an der – durch ein Drittunternehmen installierten – Telefonanlage vornehmen konnte.

Letztlich kommt es aber für den 4.Senat gar nicht auf eine Verletzung dieser Provider-Verpflichtungen und ein Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB an. Die Höchstrichter verneinen den geltend gemachten Entgeltanspruch (soweit noch verfahrensgegenständlich) mangels Erfüllung der Hauptleistungspflicht durch die Klägerin gegenüber der beklagten Vertragspartnerin. Alles ohne die Vereinbarung an sich schuldrechtlich näher einzuordnen. Denn im Zusammenhalt mit den AGB der Klägerin führt eine ergänzende Vertragsauslegung hier zum Ergebnis, dass jene Leistungen, die unter Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten durch die Klägerin entstanden sind, nicht zu vergüten sind. Wörtliche Begründung: "Die Klägerin hat es unterlassen, den Angriff abzuwehren bzw die Beklagte zumindest rechtzeitig zu warnen."

Ausblick: Bemerkenswert ist der Verweis des OGH auf eine Entscheidung des deutschen Höchstgerichts:⁸

- Demzufolge muss ein Anschlussinhaber danach alle ihm zumutbaren geeigneten Vorkehrungen treffen, um eine von ihm nicht gebilligte Nutzung seines Anschlusses zu unterbinden.
- Unter dem Vorbehalt, dass die notwendigen technischen Mittel im maßgeblichen Zeitraum zur Verfügung stehen, ist der Telekommunikationsanbieter bei ungewöhnlichem Nutzungsverhalten (hier: ständige Verbindung eines Routers mit dem Internet bei zeitabhängigem Tarif), das zu einer Kostenexplosion führt, zur Schadensbegrenzung verpflichtet, d.h. er muss dem Kunden einen entsprechenden Hinweis geben. Dies schließt die Nutzung entsprechender Computerprogramme ein, die ein solches abweichendes Verhalten erkennen.
- Hat der Kunde – etwa nach Erhalt einer massiv erhöhten Rechnung – einen handfesten Hinweis auf einen Missbrauch seines Anschlusses oder eine Fehlfunktion seiner Anlage und unterlässt er gleichwohl Maßnahmen, dem entgegen zu wirken, kann dies zu einem Ausschluss der Haftung des Telekommunikationsanbieters führen.

Danach werden sich künftig auch österreichische Telekom-Diensteanbieter zu richten haben.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht österreichischer Gerichte überspannt es nicht die Schutz- und Sorgfaltspflichten des Betreibers von Kommunikationsdiensten, wenn man von ihm verlangt, ihm leicht mögliche

⁷ OGH 21.4.2005, 6 Ob 69/05y; dazu *Görg/Putzi*, OGH zur Rechtsnatur von Mobilfunkverträgen, RdW 2005/537, 473; deutlich LG St. Pölten 23.3.2006, 21 R 104/06m (Funklöcher) = KRES 10/212.

⁸ BGH 19.7.2012, III ZR 71/12 (Internetkosten) = ITRB 2012, 243 (*Engels*).

Maßnahmen zur Abwehr von Hackerangriffen zu ergreifen. Eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig. Ein Zahlungsanspruch auf die durch illegale Zugriffe verursachten Telekom-Entgelte besteht für den Diensteanbieter ebenfalls nicht.