

### **Tatbestand:**

Die Kl. wollen, daß die Bekl. einen gesperrten Telefonanschluß wiederherstellt. Die Bekl. fordert nicht bezahlte Telefonrechnungen. Auf Grund des Vertrags aus dem Jahr 1993 mit der Bekl. unterhielten die Kl. in ihrer Wohnung einen Telefon-Festnetzanschluß, der nur privat genutzt wurde und Dritten nicht zugänglich war. Die Bekl. kündigte diesen Vertrag am 12.06.2001, weil die Kl. die Telefonrechnungen vom 27.02., 28.03., 27.04., und 28.05.2001 über insgesamt 9627,77 DM nur mit 320 DM bezahlten. In diesen Rechnungen sind hauptsächlich Entgelte für Verbindungen wegen der Service-Nummer mit der Vorwahl 0190 enthalten. Die Kl. haben geltend gemacht, es gehöre nicht zu ihren Gewohnheiten, die berechneten Service-Nummern in Anspruch zu nehmen, wie sich aus der Höhe der zuvor von der Bekl. gestellten Rechnungen ergebe. Der Grund liege in einer fehlerhaften technischen Erfassung der tatsächlich von ihrem Anschluß aus geführten Telefongespräche.

Die Klage hatte Erfolg.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Die zulässige Klage ist begründet....

1. Die Bekl. ist verpflichtet, den Kl. den Telefonanschluß wieder zur Verfügung zu stellen, da die fristlose Kündigung unwirksam war und die Kl. einen Anspruch auf Vertragserfüllung haben. Daß die ursprünglich Telefonnummer nicht mehr zur Verfügung gestellt werden kann, wird von der Bekl. nicht behauptet. Auch wurde nicht vorgetragen, daß der Vertrag mit den Kl. durch eine ordentliche Kündigung aufgelöst wurde.

a) Der Bekl. stand das Recht, den Vertrag gem. Nr. 7.2a AGB fristlos zu kündigen, nicht zu. Die Bekl. hätte dartun und auch beweisen müssen, daß die Kl. mit der Bezahlung von zumindest zwei der vier Rechnungen bzw. eines nicht unerheblichen Teils davon in Verzug waren. Dieser Beweis ist nicht zweifelsfrei erbracht worden.

Der Verzug setzt voraus, daß sie die Rechnungen einfordern durfte, weil die Kl. entweder die Gespräche selbst führten oder gem. Nr. 4 AGB durch eine befugte und unbefugte Benutzung des Anschlusses durch Dritte entstanden sind. Soweit die Entgelte wegen der 0190-Nummern berechnet wurden, ist der Beweis nicht erbracht worden. Insoweit ist das Gericht sogar überzeugt, daß die Angaben der Kl. richtig sind.

Aus den vorgelegten Rechnungen für das Jahr 2000 ergibt sich lediglich, daß sie in den Monaten April und Juli wegen der 0190-Nummern nur wenige Einheiten und für März 204 Einheiten verbrauchten. Es gehörte deshalb nicht zu ihren Telefongewohnheiten, diese Nummern pro Monat in den Umfang anzurufen, wie dies tatsächlich ab dem Jahr 2001 berechnet wurde. Da unstreitig Dritte zu dem Telefonanschluß keinen Zugang hatten, hätte eine ungewöhnliche Änderung des Telefonverhaltens der Kl. eintreten müssen. Dies widerspricht jeglicher Lebenserfahrung. Hinzu kommt, daß die Kl. mit Schreiben vom 02.04.2001 die Rechnungen vom 27.02. und 28.03.2001 über 1790,74 DM und 4475,74 DM beanstandeten und auf einen "Computer-

fehler" hinwies. Auch widerriefen sie die Einzugsermächtigung am 17.04.2001. Gleichwohl

sollen sie danach, wie sich vor allem aus der Rechnung vom 27.04.2001 und aus den vorgelegten Einzelbindungsnachweisen für April ergibt, fast täglich und an einzelnen Tagen sogar zahlreiche Anrufe mit den genannten Nummern getätigt haben und dafür ein Entgelt von über 2000 DM ausgelöst haben. Dies wäre nicht nur widersprüchlich zu ihrem gezeigten Verhalten, sondern auch kriminell, was den Kl. nicht zuzutrauen ist.

Dieser Beweiswürdigung steht nicht entgegen, daß der Sachverständige bei der Überprüfung, und hier in Übereinstimmung mit der Einlassung der Bekl., eine Manipulation Dritter nicht feststellen konnte, vor allem nicht einen "Dialer" (Wählapparat), der selbständig Telefonnummern anwählen kann.

Es verbleibt jedoch die nicht nur theoretische Möglichkeit eines Telefonbetrugs in der Weise, daß Leitungen nicht "angezapft" zu werden brauchen, um die genannten Nummern auf einer Telefonrechnung erscheinen zu lassen. Dies kann dadurch geschehen, daß im Abrechnungssystem Verbindungen softwaremäßig simuliert werden können, also nicht getätigte Verbindungen abgerechnet werden. Schon deshalb darf wegen der offenbar neuen oder neu bekannten Betrugsmöglichkeit der Beweis des ersten Anscheins dann nicht mehr angewandt werden, wenn wie hier Hardware-Manipulationen Dritter auszuschließen sind. Die insoweit ergangene Rechtsprechung ist deshalb überholt. Wenn Verbindungen softwaremäßig simuliert werden können, dann spricht der Anscheinsbeweis nicht mehr für die Richtigkeit einer plötzlich gegenüber früheren Rechnungen weit überholten Telefonrechnung. Es besteht kein Sachverhalt mehr, der dann nach der Lebenserfahrung regelmäßig auf einen bestimmten Verlauf hinweist, also darauf, daß die Gespräche von dem Anschluß aus geführt worden sein mußten.

Wegen dieser bei der Bekl. verbliebenen Beweislast wurde ein Zeuge angeboten, der aussagen soll, daß die vom Sachverständigen genannten Tests zur Überprüfung dieser strafbaren Handlung zumindest in einer Richtung durchgeführt wurden. Dieser Zeuge war nicht zu vernehmen.

Ob dadurch aus Gründen des Anscheinsbeweises die Beweislast zu Lasten des Kunden der Bekl. überhaupt umgekehrt werden kann, steht nicht fest. Dies wäre nur dann der Fall, wenn durch diese Plausibilitätstest in jedem Fall der oben genannte Betrug aufgedeckt werden kann. Durch die Vernehmung eines Zeugen wird dies nicht zu klären sein.

Dagegen spricht, was nicht plausibel ist, beispielhaft die Abrechnung für den 15.02. Gemäß den Einzelnachweisen in den Nrn. 76 und 77 sollen bei denselben Zugangskennzahlen einmal für ein Gespräch von 8 Minuten und 20 Sekunden 28,0888 DM und für ein Gespräch von 4 Minuten und 9 Sekunden nur 1,753 DM angefallen sein. Wegen der Gespräche in den Nrn. 79-82 sollen jeweils Gespräche im Wert von 51,7241 DM geführt worden sein, obgleich bei derselben Zugangskennzahl die Gesprächsdauer von 4 Minuten und 22 Sekunden, 14 Minuten und 35 Sekunden, 5 Minuten und 2 Sekunden und 9 Minuten und 7 Sekunden genannt sind. Plausibel ist jedoch nur, daß dann bei demselben Endbetrag auch dieselben Zeiten aufgezeichnet worden wären. Auch ist nicht plausibel, wenn zum Beispiel für ein Gespräch von 4 Minuten und 22 Sekunden zu dem von der Bekl. genannten Tarif eine Gebühr von 51,7241 DM entstanden sein soll. Die Zugangskennzahl 0190-1 wird mit 0,1042 DM je angefallener 6 Sekunden berechnet. Der Preis läßt sich daher nicht nachvollziehen.

b) Die fristlose Kündigung läßt sich auch nicht nach der Nr. 7.2b ABG begründen, da die Kl. nicht in einem Zeitraum, der sich über mehr als 2 Monate erstreckte, mit der Bezahlung der Preise in Höhe eines Betrags, der den monatlichen Grundpreis für 2 Monate erreicht, in Verzug waren. Selbst wenn die Kl. nach Abzug der geleisteten 320 DM und nach Abzug der Entgelte für die 0190-Nummern mit einem Betrag von 2 Grundpreisen in Rückstand sein sollte, wäre ein Verzug schon deshalb nicht eingetreten, weil die Bekl. aus den oben genannten Gründen einen weit übersetzten Betrag geltend machte und die Kl. den wirklich geschuldeten Betrag nicht zuverlässig feststellen konnten (vgl. BGH, NJW 1991, 1288).

