

Oberlandesgericht Hamm

34 U 104/02  
(Vorinstanz: LG Paderborn: 4 O 619/01)

**DIALER & RECHT**

www.DialerundRecht.de

Urteil vom 17. Oktober 2003

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit (...) hat das Oberlandesgericht Hamm (...) für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten und unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn vom 29.05.2002 abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 86,41 € nebst 5,5 % Zinsen hieraus seit dem 17.10.2001 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Klägerin mit Ausnahme der durch die Nebenintervention im Berufungsverfahren verursachten Kosten, die die Streithelferin der Klägerin trägt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beschwer der Klägerin und ihrer Streithelferin übersteigt 20.000,00 € nicht.

### **Entscheidungsgründe:**

*(Von der Wiedergabe des Sachverhalts wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313 a ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen.)*

Die zulässige Berufung des Beklagten ist überwiegend begründet. Der Klägerin steht gegen den Beklagten aus der Telefonrechnung der Klägerin vom 11.05.2001 lediglich noch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 86,41 € (= 169,00 DM) zu.

1.

Die Parteien streiten über die Dauer eines vom Sohn des Beklagten und Zeugen geführten Telefongesprächs, das dieser über den ISDN-Telefonanschluß des Beklagten, dem vier verschiedene Rufnummern zugeordnet sind, mit der Streithelferin der Klägerin (Ruf-Nummer...) geführt hat und das am 01.04.2001 um 1.24 Uhr begonnen wurde. Dieses Gespräch soll nach den Berechnungen der Klägerin 101 Stunden 33 Minuten und 49 Sekunden gedauert haben und ist der Ruf-Nummer (Telefonapparat ...) zugeordnet.

Auf dieses Gespräch entfallen nach der Telefonrechnung der Klägerin vom 11.05.2001 182.815 Tarifeinheiten (30 TE pro Minute) zu je 0,1042 DM = 19.055,78 DM netto, was einem Minutenpreis von 3,126 DM netto entspricht. Aus der Rechnung vom 11.05.2001, die über brutto 22.322,94 DM lautet, ist nur die genannte Position streitig. Der Beklagte hat auf diese Rechnung 88,52 DM gezahlt. Ferner ist eine Gutschrift von 15,11 DM in Abzug zu bringen. Den Restbetrag von 22.219,31 DM (= 11.360,55 €) macht die Klägerin klageweise geltend. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

2.

Die Klage ist lediglich im zuerkannten Umfang begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass der Klägerin gegen den Beklagten aus der Rechnung vom 11.05.2001, die sich auf den Gesprächszeitraum 02.04. bis 02.05.2001 erstreckt, lediglich noch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 86,41 € (= 169,00 DM) zusteht. Für das allein streitige Gespräch mit der Rufnummer 11884 der Streithelferin der Klägerin, das vom Sohn des Beklagten und Zeugen unter der Rufnummer am 01.04.2001 um 1.24 Uhr begonnen wurde, kann die Klägerin dem Beklagten als Anschlussinhaber lediglich eine 15-minütige Gesprächsdauer in Rechnung stellen, was bei 30 Tarifeinheiten pro Minute zu je 0,1042 DM netto einem Tarifentgelt von 46,89 DM netto (= 54,39 DM brutto) entspricht. Eine über den Zeitraum von 15 Minuten hinausgehende Dauer des betreffenden Telefongesprächs mit der Streithelferin der Klägerin ist nicht nachgewiesen. Dementsprechend errechnet sich der zuerkannte Betrag wie folgt:

22.322,94 DM Bruttobetrag der Rechnung vom 11.05.2001

- 22.104,70 DM auf das streitige Telefonat entfallender Brutto-Rechnungsbetrag

- 88,52 DM Zahlung des Beklagten

- 15,11 DM Gutschrift

+ 54,39 DM Bruttoentgelt für das Telix-Gespräch vom 01.04.01 bei 15-minütiger Dauer

---

169,00 DM (= 86,41 €) Restforderung der Klägerin

Für das streitige Telefonat mit der Streithelferin der Klägerin, das unstreitig am 01.04. um 1.24 Uhr begonnen wurde und das nach den Berechnungen der Klägerin 101 Stunden 33 Minuten und 49 Sekunden gedauert hat, kann die Klägerin von dem Beklagten lediglich ein Entgelt von brutto 54,39 DM verlangen, was einer Gesprächsdauer von 15 Minuten entspricht.

Dass die Verbindung mit der Rufnummer der Streithelferin der Klägerin vom Anschluss des Beklagten aus länger als 15 Minuten aufrechterhalten worden ist, ist nicht nachgewiesen. Der Beklagte ist als Anschlussinhaber grundsätzlich verpflichtet, das tarifliche Verbindungsentgelt für das geführte Telefonat zu entrichten, wenn der Netzzugang in einer vom Beklagten zu vertretenden Weise über den in Rechnung gestellten Zeitraum hinweg genutzt d.h. die entsprechende Telefonverbindung hergestellt und aufrechterhalten worden ist.

Dies ergibt sich aus § 16 Abs. 3 TKV. Nach dieser Vorschrift obliegt dem Anbieter der Nachweis, die Leistung bis zu der Schnittstelle, an der der allgemeine Netzzugang der Kunden bereitgestellt wird, technisch einwandfrei erbracht und richtig berechnet zu haben. Diesen ihr grundsätzlich obliegenden Vollbeweis für eine korrekte Erfassung der Gesprächsdauer und eine fehlerfreie Berechnung der hierauf entfallenden Verbindungsentgelte hat die Klägerin vorliegend nicht geführt. Nachdem der Beklagte nach Erhalt der Rechnung vom 11.05.2001 Einwendungen gegen die Höhe der ihm in Rechnung gestellten Verbindungsentgelte erhoben hatte, hat die Klägerin zwar die in § 16 Abs. 1 TKV vorgeschriebene technische Prüfung durchgeführt, die nach dem in erster Instanz unbestrittenen Vorbringen der Klägerin keine Mängel erbracht hat, die die beanstandete Entgeltermittlung beeinflusst haben könnten. Die entsprechenden Prüfungsunterlagen hat die Klägerin in der Berufungsinstanz auch vorgelegt.

Soweit der Beklagte in zweiter Instanz bestreitet, dass sich bei der technischen Prüfung keine Fehler ergeben hätten, ist dieses Vorbringen nach § 531 ZPO nicht berücksichtigungsfähig. Allerdings rechtfertigt der Umstand, dass die durchgeführte technische Prüfung keine Mängel bei der Erfassung und Berechnung der Verbindungsentgelte ergeben hat, nicht für sich gesehen bereits die beweiskräftige Schlussfolgerung im Sinne des Vollbeweises, dass ein der Dauer nach streitiges Telefongespräch vom Anbieter der Telekommunikationsdienstleistung korrekt erfasst und zutreffend abgerechnet worden ist.

Der Sachverständige hat bei der Erstattung seines mündlichen Gutachtens im Senatstermin klargestellt, dass eine sog. technische Vollprüfung, die im Nachhinein bei Kundenreklamationen möglichst zeitnah durchgeführt wird, nicht jegliche denkbaren Fehler bei der Gebührenerfassung aufdecken kann.

Dem Senat ist bekannt, dies hat der Sachverständige im übrigen auch bestätigt, dass es beispielsweise gelegentlich zu Fehlzählungen aufgrund von Softwareproblemen kommen kann. Des Weiteren sind elektronische Manipulationen von außen an den vom Gebührenzähler des einzelnen Telefonkunden erfassten Zeitimpulsen durch sog. „Hacker“ bzw. Aufschaltungen Dritter denkbar.

Der Senat verkennt nicht, dass es für den Telefonanbieter schwierig ist, in strittigen Fällen die Richtigkeit der Gesprächserfassung und Berechnung der Verbindungsentgelte zu beweisen. Um diesen Beweisschwierigkeiten Rechnung zu tragen, geht die herrschende Meinung, der sich der Senat anschließt, davon aus, dass in Fällen, in denen die nach § 16 Abs. 1 TKV vorgeschriebene technische Prüfung durchgeführt worden ist und diese keine Mängel ergeben hat und konkrete Anhaltspunkte für Manipulationen Dritter fehlen, ein Anscheinsbeweis dafür spricht, dass die in Rechnung gestellten Telefoneinheiten vom Anschluss des Kunden verursacht und verbraucht worden sind (OLG Hamm, OLG-Report 3/2003, S. 41; OLG Gelle NJW-RR 1997, 568; OLG Köln NJW-RR 1998, 1363; OLG Düsseldorf CR 1999, 28; OLG München, ArchivPT 1997, 54).

Dieser für die Klägerin sprechende Anscheinsbeweis, nämlich die auf das Ergebnis der durchgeführten technischen Prüfung basierende Vermutung, dass die vom Sohn des Beklagten aufgenommene Verbindung tatsächlich über einen Zeitraum von mehr als 101 Stunden aufrechterhalten worden ist, ist vorliegend jedoch entkräftet. Der Beklagte hat Umstände dargelegt und, soweit diese streitig sind, nachgewiesen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit eines anderen, atypischen Geschehensablaufes ergibt. Dabei deutet allerdings, wie das Landgericht in seinen Entscheidungsgründen zutreffend ausgeführt hat, allein die lange Gesprächsdauer von über 101 Stunden noch nicht auf einen atypischen Geschehensablauf hin. Es ist zwar nicht vorstellbar, dass eine Person ein Telefongespräch über einen Zeitraum von 101 Stunden ununterbrochen führt. Das Aufrechterhalten der Verbindung über einen so erheblichen Zeitraum bedingt aber nicht zugleich, dass während dieser Zeit auch tatsächlich ununterbrochen eine Gesprächskommunikation stattgefunden hat.

Theoretisch denkbar ist insoweit, dass Telefonkunden von dem Angerufenen veranlasst werden, die Verbindung über Stunden hinweg aufrechtzuerhalten (vgl. auch OLG Bamberg, ArchivPT 1998, 375); möglich ist weiterhin, dass das Telefongespräch vom Kunden versehentlich nicht zeitnah beendet wurde, zum Beispiel aufgrund des nicht korrekten Auflegens des Telefonhörers.

Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht nur die Dauer des angeblich über einen Zeitraum von mehr als 101 Stunden geführten Telefonats ungewöhnlich, vielmehr kommt der Umstand hinzu, dass der Sohn des Beklagten und Zeuge unstreitig am 02.04. um 22.07 Uhr - also während des streitigen Gesprächs - über den ISDN-Telefonanschluß des Beklagten und dessen Telefonanlage seine Freundin in den USA angerufen und mit dieser ein knapp 40-minütiges Telefongespräch geführt hat, das auch abrechnungstechnisch der MSN-Rufnummer (...) zugeordnet wurde. Unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen und der gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen gibt es keine plausible Erklärung für zwei, über die MSN-Rufnummer nach den Aufzeichnungen der Klägerin zeitweise parallel geführten Telefongespräche. Nach den nachvollziehbaren und für den Senat überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ist es zwar bei einem ISDN-Mehrgeräteanschluss, über den der Beklagte verfügt, technisch möglich, zeitweise zwei Telefongespräche über eine MSN-Rufnummer gleichzeitig zu führen. Die von dem Sachverständigen insoweit aufgezeigten Möglichkeiten der Handhabung setzen jedoch grundsätzlich jeweils das bewusste Aufrechterhalten des zuerst begonnenen Telefongesprächs (hier der Verbindung) voraus. Dass der Zeuge (...) das am 01.04. um 1.24 Uhr begonnene Gespräch mit der Streithelferin der Klägerin bewusst über einen Zeitraum von mehreren Stunden, insbesondere noch zum Zeitpunkt des Beginns des USA-Gesprächs vom 02.04. um 22.07 Uhr aufrecht erhalten hat, hält der Senat aber unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen vordem Landgericht für ausgeschlossen und lebensfremd.

Der Zeuge könnte, so die Ausführungen des Sachverständigen, nachdem er über seinen mit der MSN-Rufnummer (...) programmierten Telefonapparat am 01.04. gegen 1.24 Uhr das der Dauer nach streitige Telefongespräch mit der Streithelferin der Klägerin begonnen hatte, am 02.04. um 22.07 Uhr über einen der unstreitig im Haushalt des Beklagten vorhandenen drei weiteren Telefonapparate seine Freundin in den USA angerufen haben. Um dieses USA-Gespräch auch abrechnungstechnisch seiner internen MSN-Rufnummer zuzuweisen, hätte der Zeuge zuvor jedoch die Programmierung dieses anderen Telefonapparates manuell ändern müssen. Die entsprechenden Bedienungsschritte hat der Sachverständige im Senatstermin unter Bezugnahme auf die Seite 52 der Bedienungsanleitung der im Haushalt des Beklagten vorhandenen Telefonanlage (...) im einzelnen beschrieben.

Die Möglichkeit einer Umprogrammierung über den im Haushalt des Beklagten vorhandenen PC hat der Sachverständige überzeugend ausgeschlossen, denn es wäre dann, so der Sachverständige, zu einem Neustart und zur Unterbrechung des Telefonats gekommen. Der Senat hält es zwar für möglich, dass der Zeuge als Energieanlagenelektroniker über die zur manuellen Umprogrammierung der intern vergebenen MSN-Rufnummern erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügte. Der Zeuge hätte jedoch nur dann Veranlassung gehabt, das USA-Gespräch von einem anderen Telefonapparat aus nach Umprogrammierung der entsprechenden MSN-Rufnummer zu führen, wenn er bis zum Beginn des USA-Telefonats

am 02.04. um 22.07 Uhr das unstreitig unter seiner MSN-Rufnummer am 01.04. um 1.24 Uhr begonnene Gespräch bis dahin d.h. über einen Zeitraum von ca. 35 Stunden bewusst aufrechterhalten hätte. Ein bewusstes Aufrechterhalten der Verbindung hat der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht aber kategorisch verneint.

Diese Aussage des Zeugen erscheint dem Senat glaubhaft. Zwar ist bei dem Zeugen ein maßgebliches Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits nicht zu verkennen, denn haushaltsintern muss er für die unter der Rufnummer geführten Gespräche und insoweit angefallenen Telefonkosten aufkommen. Es erscheint jedoch praktisch nicht vorstellbar, dass der Gesprächspartner/die Gesprächspartnerin von einem sog. Live-Dienst, mit dem der Zeuge unter Vermittlung der Streithelferin der Klägerin gesprochen hat, den 23 Jahre alten Sohn des Beklagten durch bestimmte Versprechungen oder irreführende Angaben zum bewussten Aufrechterhalten der Verbindung über einen so langen Zeitraum veranlasst hat.

So hat der Zeuge am 13.04.2001 die auch nur für eine Dauer von ca. 2 Minuten angerufen. Der Zeuge hat weiter im Abrechnungszeitraum über seine MSN-Rufnummer verschiedene 0190er-Nummern jeweils nur über einen Zeitraum von 4 bis 15 Minuten angerufen. Zudem hat der Beklagte in der Berufungsinstanz eine von der Klägerin und ihrer Streithelferin nicht angegriffene und daher trotz §§ 529, 531 ZPO berücksichtigungsfähige Zeitpaarverwaltungsliste des Arbeitgebers des Zeugen (...) vorgelegt, aus der sich ergibt, dass der Zeuge in der Woche ab dem 02.04.2001 jeweils werktäglich ab ca. 6.30 Uhr zur Arbeit der Werksfeuerwehr der (...) in (...) erschienen war. Ein bewusstes Aufrechterhalten des Gesprächs auch über einen Zeitraum längerer berufsbedingter Abwesenheit wäre jedoch völlig unverständlich und sinnlos.

Der Sachverständige hat daneben eine weitere theoretische Möglichkeit aufgezeigt, wie das USA-Gespräch über die MSN-Nummer parallel zum Gespräch geführt worden sein kann. Der Zeuge hätte, so der Sachverständige im Senatstermin, bei seinem mit der MSN-Rufnummer (...) programmierten Telefonapparat die sog. Warte-Taste (R-Taste) betätigen, damit das ca. 35 Stunden zuvor begonnene Telix-Gespräch aufrechterhalten und dann von seinem Telefonapparat aus die Rufnummer der Freundin in den USA anwählen können. Mit Beendigung des USA-Gesprächs (Auflegen des Hörers seitens eines der beiden Gesprächsteilnehmer) hätte dann das Gespräch fortgeführt werden können. Auch diese Variante setzt aber ein bewusstes Aufrechterhalten des Gesprächs noch zum Zeitpunkt des USA-Telefonats voraus, was der Senat unter Berücksichtigung der insoweit glaubhaften Aussage des Zeugen für ausgeschlossen hält.

Schließt man die Möglichkeit eines bewussten Aufrechterhaltens der Verbindung zur Streithelferin der Klägerin aber aus, so kann der Umstand, dass nach den Aufzeichnungen und Berechnungen der Klägerin ca. 35 Stunden nach Beginn des Gesprächs über dieselbe MSN-Rufnummer parallel ein knapp 40-minütiges Telefongespräch mit einem Gesprächsteilnehmer in den USA geführt worden ist, aus technischer Sicht nur auf die rein theoretische Möglichkeit zurückgeführt werden, dass der Zeuge (...) das am 01.04. begonnene Gespräch versehentlich nicht ordnungsgemäß durch korrektes Auflegen des Telefonhörers beendet, sondern statt dessen die R-Taste betätigt hat, er dann von seinem Telefonapparat aus ca. 35 Stunden später das USA-Gespräch mit seiner Freundin führte und der Zeuge nach Beendigung dieses USA-Gesprächs (erneut) versehentlich den Hörer nicht korrekt auflegte, so dass das Gespräch unbemerkt bis zum 05.04.2001 weiterlief. Diese vom Sachverständigen als rein theoretisch bezeichnete Möglichkeit erscheint derart unwahrscheinlich und lebensfremd, dass sie von dem an typische Geschehensabläufe anknüpfenden Anscheinsbeweis nicht mitumfasst wird.

Da die Klägerin somit weder den Anscheinsbeweis noch den Vollbeweis dafür erbracht hat, dass die Dauer des am 01.04. vom Sohn des Beklagten begonnenen Gespräches mit 101 Stunden 33 Minuten 49 Sekunden korrekt erfasst wurde, kann sie insoweit lediglich für die von dem Beklagten und dem Zeugen eingeräumte Gesprächsdauer von 15 Minuten das tarifliche Entgelt verlangen. Für dieses Gespräch kann die Klägerin dem Beklagten demnach lediglich 46,89 DM netto = 54,39 DM brutto in Rechnung stellen, so dass der Klägerin aus der Rechnung vom 11.05.2001 unter Berücksichtigung der geleisteten Zahlung und erteilten Gutschrift noch eine Restforderung von 169,00 DM (= 86,41 €) zusteht.

3.

Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 284, 288 BGB.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2, 101, 708 Nr. 11, 713, 543 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.