

Oberlandesgericht Koblenz

8 U 824/02

Urteil vom 14. November 2003

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit (...) hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz (...) für
Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 23. Mai 2002 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.
- IV. Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 6.789,40 EUR (=13.278,92 DM).

Gründe:

I.

Die Beklagte begehrt mit der vorliegenden Klage vom Beklagten Telefongebühren von insgesamt 13.278,92 DM (= 6.789,40 EUR) aus vier Rechnungen vom 7. September 1998 (Bl. 6/7 GA), 1. Oktober 1998 (Bl. 8/9 GA), 2. November 1998 (Bl. 10 GA) und 27. November 1998 (Bl. 11 GA) für den Zeitraum vom 3. August bis 16. November 1998, insbesondere mit der Anwahl von 0190-er-Rufnummern.

Der Beklagte bestreitet, solche Nummern angewählt zu haben. Die Anwahl solcher Nummern beruhe vielmehr auf einer computergestützten Aufschaltung durch Dritte. Dafür spreche, dass bereits unmittelbar nach Freischaltung seiner Leitung in der Nacht erste Verbindungen registriert worden seien. Er sei das Opfer von sogenannten Computerhackern.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Vernehmung mehrerer Zeugen der Klage stattgegeben und hierzu im wesentlichen ausgeführt:

Die Klägerin habe einen Anspruch auf Bezahlung ihrer Rechnungen aus Vertrag. Dieser sei nicht sittenwidrig, weil sich die Leistung der Klägerin auf die Vermittlung von Gesprächen beschränkt habe und daher nur als neutrales Hilfsgeschäft anzusehen sei. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass der Beklagte die abgerechneten Gespräche auch geführt habe.

Da nach einer Vollprüfung durch die zuständigen Mitarbeiter der Klägerin ein technischer Fehler weder an den Anschlussleitungen noch an der Zählereinrichtung festgestellt worden sei, spreche bereits der Anscheinsbeweis für die zutreffende Erfassung der angefallenen Gebühreneinheiten und für die Richtigkeit der Telefonrechnung. Diesen Anscheinsbeweis habe der Beklagte nicht zu erschüttern vermocht.

Hiergegen richtet sich die rechtzeitig und ordnungsgemäß eingelegte Berufung des Beklagten mit dessen weiterhin verfolgtem Ziel der Klageabweisung.

Beide Parteien wiederholen ihren Sachvortrag erster Instanz und ergänzen ihn.

Der Senat hat entsprechend seinem Beweisbeschluss vom 23. Mai 2003 (Bl. 305/306 GA) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen (...).

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 10. Oktober 2003 (Bl. 316-325 GA) verwiesen.

II.

Die in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht durch das angefochtene Urteil der Klage stattgegeben und den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung der von der Klägerin begehrten 13.278,92 DM (= 6.789,40 EUR) verurteilt. Auch das Berufungsverfahren gibt dem Senat nach von ihm durchgeführter - teilweise erneuter - Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung keine Veranlassung zu einer davon abweichenden Entscheidung.

1. Die Klägerin ist entgegen der Ansicht der Berufung Anspruchsberechtigte. Das folgt zunächst aus dem Telefondienstvertrag zwischen den Parteien und den diesen Dienstvertrag ausformenden Bestimmungen des TKG und des TDG (vgl. hierzu BGH in NJW 2002, 362), wonach die Klägerin sich verpflichtet hat, dem Beklagten den Zugang zu ihrem Telefonnetz zu eröffnen. In Ziffer 5 der AGBen der Klägerin ist ausdrücklich geregelt, dass die Verbindungen, die der Kunde von der Klägern bezieht, ihm von der Klägerin in Rechnung gestellt werden, sofern nichts anderes vereinbart ist. Hier ist auch unstreitig nichts anderes vereinbart.

Aus Ziffer 13 (vgl. Bl. 188 GA) der Preisliste "Telefondienst für Inlandsverbindungen" ist darüber hinaus zu entnehmen, dass die Klägerin berechtigt ist, die Forderungen aus den Verbindungsentgelten für die 0190-er-Verbindungen geltend zu machen.

2. Der Vertrag ist, wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht sittenwidrig, weil sich die Leistung der Klägerin auf die Vermittlung von Gesprächen beschränkt und daher lediglich ein neutrales Hilfsgeschäft darstellt (ständige Rechtsprechung des Senates, vgl. in NJW-RR 2000, 930; so auch im Grundsatz BGH in NJW 2002, 362 m.w.N.).

Das gilt auch, wenn schon bei Vertragsabschluss objektiv die Möglichkeit einer entsprechenden Nutzung für Telefonsex-Sondernummern bestand.

3. Entgegen der Ansicht der Berufung ist die Forderung der Klägerin auch schlüssig und substantiiert dargetan. Sie hat die Einzelverbindungsanzeige vorgelegt (vgl. Bl. 49-64 GA, vgl. hierzu auch LG Zweibrücken, Urteil vom 5. Februar 2002 - 3 F 108/01 (Bl. 189-198 GA)).

Die Berufung des Beklagten auf OLG Köln in VersR 2001, 724 hilft dem Beklagten nicht weiter, weil die dortige Entscheidung den Mobilfunkvertrag betrifft und dort andere Regelungen gelten.

4. Auch nach der Überzeugung des Senates steht fest, dass die von der Klägerin abgerechneten Gespräche durch den Beklagten geführt wurden. Die Klägerin hat durch ihre technischen Mitarbeiter dargelegt, dass sie nach dem Bemerken des sehr hohen Tarifaufkommens durch Anwahl von 0190-er-Nummern eine technische Vollprüfung des dem Beklagten zur Verfügung gestellten Fernsprechanchlusses durchgeführt hat.

Das hat bereits das Landgericht nach durchgeführter Beweisaufnahme hierzu überzeugend festgestellt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die entsprechenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Das hat im Übrigen der von dem Senat - erneut - vernommene Zeuge (...) glaubhaft und überzeugend bestätigt. Dieser hat bekundet (vgl. Bl. 320/321 GA), dass er damals hinsichtlich des Telefonanschlusses des Beklagten in dem Haus eine zu der Vollprüfung gehörende Leitungsprüfung durchgeführt habe über einen ganzen Tag, ohne dass ein Fehler habe festgestellt werden können.

Damit streitet für die Klägerin - bereits - der Beweis des ersten Anscheins für die zutreffende Erfassung der angefallenen Gebühreneinheiten und die Richtigkeit der Telefonrechnungen. Dieser geht dahin, dass die automatisch vom Gebührenzähler aufgezeichneten Telefongespräche jedenfalls dann von dem betreffenden Anschluss aus geführt worden sind, wenn eine nachträgliche Zählerüberprüfung durch die Telekom ergeben hat, dass die Gebührenerfassungseinrichtung keine technischen Fehler aufweist (vgl. hierzu OLG Frankfurt, Urteil vom 14. Dezember 2001 - 2 U 22/01 - Bl. 231 ff GA; OLG Karlsruhe in OLGR 1997, 69; LG Essen in NJW 1994, 3366; LG Hannover in MDR 1990, 728; AG Koblenz in NJW 1994, 2397).

Diesen Anscheinsbeweis hat der Beklagte nicht zu erschüttern vermocht.

Dabei übersieht der Beklagte bereits, dass nicht die Rechnungen dafür die Grundlage darstellen, sondern der Nachweis der fehlerfreien Leistungserbringung. Im Übrigen ist auch § 16 TKV erfüllt, weil von der Klägerin eine Aufschlüsselung nach den einzelnen Verbindungsdaten und technischer Prüfung durchgeführt worden ist, wie die in erster Instanz hierzu gehörten Zeugen zweifelsfrei bekundet haben. Soweit die Berufung insoweit moniert, dass einzelne Prüfbögen nicht ausgefüllt seien und daraus auf eine angeblich nicht durchgeführte Prüfung schließt, so bleibt auch dies ohne Erfolg.

Im Übrigen ist dem Beklagten auch die Widerlegung des Anscheinsbeweises nicht mit seiner Behauptung gelungen, am 7. und am 30./31. August 1998 habe er von ca. 19.15 Uhr bis 0.30 Uhr bzw. von 0.30 Uhr bis 0.40 Uhr keine Gespräche geführt und am 22. August 1998 von 18.00 Uhr bis 23.00 Uhr gar keine Gespräche führen können.

Die hierzu vor dem Senat vernommenen Zeugen (...), die Mutter des Beklagten, konnten diese Behauptungen nicht bestätigen.

Der Zeuge (...) hat bekundet, er sei auch am 22. August 1998, einem Samstag, wie zur damaligen Zeit in der Regel von etwa 18.00/18.30 Uhr bis gegen 23.00/23.30 Uhr bei dem Beklagten gewesen. Dort hätten sie auf dem Spielecomputer des Beklagten sich die Zeit vertrieben, sich auch erzählt und Fernseh-Sendungen angesehen sowie Musik gehört. Ob der Beklagte zu dieser Zeit telefoniert habe, könne er natürlich nicht sagen.

Er könne allerdings ausschließen, dass er Hotlines angerufen habe. Im Übrigen glaubt der Senat dem Zeugen (...) nicht. Denn dieser hat apodiktisch bekundet, der Beklagte habe in seinem Beisein keine Hotlines angerufen, obwohl der Beklagte selbst eingeräumt hat, das eine oder andere Mal 0190-er Nummern angerufen zu haben.

Die Zeugin (...) hat bekundet, dass sie schon öfter mal unten in der Wohnung ihres im selben Haus wie sie wohnenden Sohnes, des Beklagten, gewesen sei. Sie habe noch an dem Abend, als der Zeuge (...) zur Überbrückung des Anschlusses da gewesen sei, mit ihrem Sohn über die Angelegenheit gesprochen. Dieser habe ihr gegenüber erklärt "Mutti, ich habe diese Telefonnummern nicht in dem Ausmaße angerufen".

Damit verbleibt es dabei, dass der Beklagte den Anscheinsbeweis nicht erschüttert hat und der Senat deshalb überzeugt ist, dass die von der Klägerin in Rechnung gestellten Telefongespräche auch von dem Beklagten geführt worden sind.

5. Auf ein angebliches Zurückbehaltungsrecht kann sich der Beklagte nicht stützen. Es ist schon fraglich, ob überhaupt mit einem Auskunftsanspruch aufgerechnet werden kann.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, woraus der Beklagte einen entsprechenden Anspruch herleiten könnte. Letztlich kommt es darauf aber deshalb nicht an, weil das erstmals geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht ein neues Verteidigungsmittel darstellt, das jedoch nach § 531 Abs.2 ZPO ausgeschlossen ist.

III.

Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 Abs.1 ZPO zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 713 ZPO.

Für die Zulassung der Revision ist kein Raum, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dafür, § 543 Abs.2 ZPO nicht gegeben sind. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch ist für die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich.