
Datum: 12.04.2011
Gericht: Landgericht Arnsberg
Spruchkörper: 3. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 S 155/10
ECLI: ECLI:DE:LGAR:2011:0412.3S155.10.00

Vorinstanz: Amtsgericht Menden, 3 C 296/09
Rechtskraft: Ja

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 10.11.2010 verkündete Urteil des Amtsgerichts Menden (AZ: 3 C 296/09) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3,83 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.09.2008 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

1

I.

2

Die Klägerin macht Entgelt- und Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit einem Mobilfunkvertrag geltend.

3

Die Parteien schlossen auf Grundlage des Antrags des Beklagten vom 13.12.2007 (Bl. 32 GA) einen Vertrag über Mobilfunktelekommunikationsleistungen, auf den Bezug genommen wird. Die Klägerin betreibt kein eigenes Mobilfunknetz, sondern ermöglicht ihren Kunden die kostenpflichtige Teilnahme an den Mobilfunknetzen anderer Netzbetreiber, wobei der Beklagte das F.-Netz wählte. Die Klägerin schaltete die SIM-Karte des Beklagten am 19.12.2007 frei. Dieser legte die Karte am 23.12.2007 in sein vorhandenes Handy ein – die Zurverfügungstellung eines Gerätes war nicht Gegenstand des Vertrages – und schrieb unstreitig am 24.12.2007 einige SMS. Am 27.12.2007 richtete die Klägerin eine Sperre der Karte des Beklagten ein, die dieser am 28.12.2007 bemerkte. Auf mehrfache Nachfragen bei der Klägerin erteilte ihm eine Mitarbeiterin des Kundencenters der Beklagten am 01.01.2008 die Auskunft, dass die Karte gesperrt worden sei. Im Rahmen der ständigen Überprüfung sei ein Rechnungsbetrag von mehr als 400,- € festgestellt worden. Die Klägerin stellte dem Beklagten folgende Rechnungen, auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird:	4
- 11.01.2008: 1.227,81 € (Bl. 11 GA) nebst Einzelverbindungs nachweis (Bl. 33 GA)	5
- 11.04.2008: 33,95 € (Bl. 12 GA)	6
- 22.07.2008: 63,- € (Bl. 13 GA)	7
- 18.08.2008: 21,- € (Bl. 14 GA)	8
Mit Schreiben vom 09.09.2008 (Bl. 15 GA) kündigte die Klägerin den Vertrag wegen Zahlungsverzuges fristlos und machte Schadensersatzansprüche in Höhe von 258,39 € geltend.	9
Zuvor hatte die Klägerin auf Beanstandungen des Beklagten mit Schreiben vom 30.01.2008 (Bl. 40 f. GA), auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, reagiert und zum einen eine Verbindungsrecherche beim Netzbetreiber angekündigt und zum anderen mitgeteilt, dass die "Entwicklung" der Rechnungssumme darauf zurückzuführen sei, dass die Verbindungsdaten vom Netzbetreiber nicht zeitgleich übermittelt würden. Wegen des Ergebnisses der Verbindungsrecherche wird auf den Prüfbericht der F.-Gruppe (Bl. 34 f. GA) Bezug genommen.	10
Die Klägerin hat behauptet, sämtliche den berechneten Positionen zu Grunde liegenden Verbindungen seien durch den Beklagten hergestellt worden, insbesondere die Datenverbindungen vom 26. und 27.12.2007, die zu Verbindungsentgelten von ca. 1.000,- € geführt hätten. Soweit für den 26.12.2007 eine GPRS-Verbindung über 240 Minuten von 19:58:01 Uhr und ab 23:58:01 Uhr eine weitere über 110 Minuten und 51 Sekunden ausgewiesen sei, handle es sich nicht um zwei getrennt nacheinander aufgebaute Datenverbindungen, sondern lediglich um eine. Es habe lediglich eine Splittung des Abrechnungstaktes stattgefunden. Gleiches gelte für die Datenverbindung vom 25.12.2007.	11
Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, für die Richtigkeit des Einzelverbindungs nachweises gelte der Beweis des ersten Anscheins. Pflichtverletzungen seien ihr nicht vorzuwerfen, da sie unmittelbar nach Bekanntwerden des erhöhten Gebührenaufkommens die Sperrung der Karte veranlasst habe.	12
Die Klägerin hat beantragt,	13
den Beklagten zu verurteilen, an sie 1.604,14 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 1.345,76 € seit dem 19.09.2008 und auf weitere	14

258,38 € seit dem 30.09.2008 sowie 192,90 € Verzugsschaden und 10,- € vorgerichtliche Mahnkosten und 0,55 € Auskunfts-kosten zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Der Beklagte hat behauptet, die im Einzelverbindungs-nachweis aufgeführten 17
Datenverbindungen nicht aufgebaut zu haben. Er sei nicht permanent im Internet gewesen
und habe auch keine Dienste in Anspruch genommen. Die Abrechnung sei unrichtig, da er
sich danach gleichzeitig ein- und wieder ausgeloggt habe. Entgegen der Darstellung der
Klägerin habe es sich nicht um eine Abrechnungstaktung gehandelt. Im Übrigen sei seine
Akkukapazität nicht ausreichend, um sich 6 Stunden lang ununterbrochen Dateien
herunterzuladen. Das Sicherungssystem der Klägerin sei nicht ausreichend. Im Übrigen sei
der Vertrag sittenwidrig, es liege Wucher vor.

Das Amtsgericht hat den Beklagten persönlich angehört und die Zeuginnen K. und G. L. 18
vernommen. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen Sitzung vom
12.05.2010 Bezug genommen.

Mit am 10.11.2010 verkündetem Urteil hat das Amtsgericht den Beklagten antragsgemäß 19
verurteilt. Aufgrund des vorgelegten Einzelverbindungs-nachweises und des technischen
Prüfungsprotokolls ergebe sich ein Beweis des ersten Anscheins für die Richtigkeit der
berechneten Verbindungen. Der Beklagte habe nicht vermocht, diesen Anschein zu
erschüttern. Die Aussagen der Tochter und der Ehefrau des Beklagten seien wenig ergiebig
gewesen, da beide eine Benutzung des Handys durch den Beklagten nicht hätten
ausschließen können. Zudem habe das Gericht Zweifel an der Erklärung des Beklagten, nie
mit dem Handy ins Internet gegangen zu sein, nachdem es sich insoweit um eine
Relativierung seiner zuvor gemachten Angaben gehandelt habe. Auch die Argumentation des
Beklagten hinsichtlich der Unterbrechung der Verbindungen erschüttere den Anschein nicht,
da eine fiktive Unterbrechung im Rahmen der Abrechnung üblich sei. Auch die Akkulaufzeit
erschüttere den Anschein nicht, weil ein Herunterladen von Dateien auch von der Ladeschale
aus möglich sei. Die Anschlusssperre durch die Klägerin sei rechtzeitig erfolgt. Schließlich sei
der Vertrag auch nicht sittenwidrig oder wegen Wuchers nichtig.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Der Beweis des ersten Anscheins sei 20
erschüttert. Die Klägerin habe nicht vermocht, die unterschiedlichen Zeiträume, nach denen
die Taktung unterbrochen worden sei, zu erklären. Da die Sperre zu spät gegriffen habe,
treffe die Klägerin ein deutliches Mitverschulden.

Die Beklagte beantragt, 21

die Klage unter Abänderung des amtsgerichtlichen Urteils abzuweisen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

II. 25

Die zulässige Berufung hatte in der Sache überwiegend Erfolg. Die Klägerin hat lediglich 26
Anspruch auf Vergütung der im Einzelverbindungs-nachweis zur Rechnung vom 11.01.2008
aufgeführten SMS- und Telefonverbindungen, nicht jedoch auf Vergütung der

1.	27
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Zahlung der in der Rechnung vom 11.01.2008 enthaltenen Datenverbindungen aus dem mit dem Beklagten geschlossenen Mobilfunkvertrag. Denn sie hat die Herstellung der Datenverbindungen durch den Beklagten nicht bewiesen.	28
Aus der Vorlage des Einzelverbindungsnaachweises i.V.m. dem technischen Prüfungsprotokoll ergibt sich bzgl. der Datenverbindungen kein Beweis des ersten Anscheins für eine Herstellung der Verbindungen durch den Beklagten.	29
Zwar wird in der Rechtsprechung bei Telekommunikationsleistungen ein Beweis des ersten Anscheins für die Veranlassung der Verbindungsherstellung durch den Kunden in bestimmten Fällen angenommen. Dies gilt insbesondere für den Festnetzbereich und hier für Gesprächsverbindungen. Kritischer wird die Annahme eines Anscheinsbeweises bereits für Gesprächsverbindungen im Mobilfunkbereich gesehen (vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2003, 474). Die Kommentierung betrachtet einen Anscheinsbeweis bei Mobilfunkverbindungen ebenfalls kritisch, vgl. MüKo-ZPO, § 286 Rn. 76; Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 31; Baumbach, Anh. § 286 ZPO Rn. 194.	30
Nach Ansicht der Kammer ist die Annahme eines Anscheinsbeweises für die Herstellung der Datenverbindung durch den Kunden bereits mit dem Grundgedanken des Anscheinsbeweises nicht vereinbar. Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Anscheinsbeweis erlaubt bei typischen Geschehensabläufen den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs ohne exakte Tatsachengrundlage. Sofern der Beweisführer den Sachverhalt, der typischer Weise zu dem zu beweisenden Geschehensablauf führt, bewiesen hat, kann der Gegner den Anschein durch einen vereinfachten Gegenbeweis erschüttern. Er braucht hierzu nur die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des erfahrungsgemäßen Ablaufs zu beweisen. Die Tatsachen, aus denen eine solche Möglichkeit abgeleitet werden soll, bedürfen allerdings des vollen Beweises (vgl. zusammenfassend Zöller-Greger, ZPO, 27. Auflage 2009, Vor § 284 Rn. 29). Mit diesem Gesamtgefüge ist die Annahme eines Anscheinsbeweises hinsichtlich der Herstellung der im Einzelverbindungsnaachweis zur Rechnung vom 11.01.2008 aufgeführten Datenverbindungen nicht vereinbar. Denn für den Kunden wäre eine Erschütterung des Anscheins faktisch nicht möglich. Im Unterschied zu Gesprächsverbindungen, bei denen die (gekürzte) Rufnummer angegeben wird, sodass ausreichende Anknüpfungspunkte für die Erschütterung des Anscheins zur Verfügung stehen, ergeben sich solche Anknüpfungspunkte bei Datenverbindungen nicht. Die Bezeichnung der Verbindung als "GPRS by Call Web" eröffnet dem Kunden keinerlei Möglichkeit, zu überprüfen, welche Verbindung er aufgebaut haben soll. Hinzu kommt, dass das Bestehen einer Datenverbindung im Unterschied zu einer Gesprächsverbindung für Dritte im Regelfall nicht erkennbar ist. Vor diesem Hintergrund ist allein die Angabe der Zeiträume der Datenverbindungen nicht ausreichend.	31
Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Regelung des § 45i Abs. 2 S. 1 TKG. Zwar besteht hiernach für den Anbieter weder eine Nachweispflicht für die erbrachten Verbindungsleistungen noch die Auskunftspflicht nach Absatz 1 der Regelung für die Einzelverbindungen, soweit aus technischen Gründen keine Verkehrsdaten gespeichert werden oder für den Fall, dass keine Beanstandungen erhoben wurden oder gespeicherte Daten nach Verstreichen der in Absatz 1 Satz 1 der Regelung geregelten oder mit dem Anbieter vereinbarten Frist oder auf Grund rechtlicher Verpflichtung gelöscht worden sind.	32

Gleichwohl wäre die Annahme eines Anscheinsbeweises für die Herstellung der Datenverbindungen mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Dies ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der Regelungen des Telekommunikationsgesetzes. In der Gesetzesbegründung zu § 45i TKG heißt es (Bundestagsdrucksache 16/2581, Seite 26):

"(...)" 33

Zusätzlich wird mit Blick auf die Änderung des § 45 e, nach der die Bundesnetzagentur für den unentgeltlichen Einzelverbindungs nachweis eine geringere Aufschlüsselungstiefe (z.B. bei nicht sprachbasierten Telekommunikationsdienstleistungen) vorgeben kann, klargestellt, dass bei Beanstandungen von Rechnungen eine Aufschlüsselung nach Einzelverbindungen gewährleistet werden soll. Bei sprachbasierten Telekommunikationsdiensten gilt in der Regel der Einzelverbindungs nachweis nach § 45e als Entgeltnachweis im Sinne des § 45i." 34

In § 45e TKG heißt es: 35

"Der Teilnehmer kann von dem Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit jederzeit mit Wirkung für die Zukunft eine nach Einzelverbindungen aufgeschlüsselte Rechnung (Einzelverbindungs nachweis) verlangen, die zumindest Angaben enthält, die für eine Nachprüfung der Teilbeträge der Rechnung erforderlich sind." 36

In der Gesetzesbegründung zu § 45e TKG heißt es (Bundestagsdrucksache 16/2581, Seite 25): 37

"(...) Die bisherige Beschränkung auf "Sprachkommunikation" entfällt, sodass auch Einzelverbindungs nachweise für Online-Verbindungen verlangt werden können." 38

Unter Berücksichtigung dieser Wertungen des Gesetzgebers, insbesondere wegen des Bestrebens zu einer weitergehenden Aufschlüsselung der Onlineverbindungen, kann auch unter Berücksichtigung der in den Regelungen der §§ 45e und 45i TKG enthaltenen Einschränkungen hinsichtlich der Verpflichtung zur Erteilung von Einzelverbindungs nachweisen und deren inhaltlicher Ausgestaltung der Bezeichnung "GPRS by Call Web" kein Anscheinsbeweis dahin entnommen werden, dass die im Übrigen nur nach Zeitpunkt, Dauer und Datenvolumen spezifizierte Verbindung tatsächlich durch den Kunden hergestellt worden ist. 39

2. 40

Hinsichtlich der Rechnung vom 11.01.2008 hat die Klägerin allerdings aus dem Mobilfunkvertrag Anspruch auf Vergütung der unstreitig hergestellten SMS- und Telefonverbindungen, die sich einschließlich Mehrwertsteuer auf 3,83 € summieren. Vor dem Hintergrund, dass der gewählte Tarif bei einem Paketpreis von 20,- € monatlich einerseits ein Kontingent von Freiminuten enthielt und andererseits SMS gesondert zu vergüten waren, ist es angemessen, für den Zeitraum der Freischaltung bis zur Sperrung des Anschlusses ausschließlich auf die tatsächlich in Anspruch genommenen Leistungen abzustellen. 41

Insoweit ergibt sich ein Zinsanspruch der Klägerin aus §§ 286, 288 BGB, weil sich der Beklagte jedenfalls durch die Mahnung vom 09.09.2008 ab dem 19.09.2008 in Verzug befand. 42

3. 43

Auch die übrigen geltend gemachten Ansprüche der Klägerin bestehen nicht. 44

Soweit die Klägerin den vereinbarten Paketpreis bis zur Kündigung des Mobilfunkvertrages geltend macht, hat sie hierauf keinen Anspruch. Dem Vergütungsanspruch der Klägerin steht der Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB entgegen, weil dem Beklagten die Nutzung der SIM-Karte unter Berücksichtigung der Geltendmachung der unberechtigten Forderung in vierstelliger Höhe unzumutbar war. Wegen des Beharrens der Klägerin auf der unberechtigten vierstelligen Forderung für angeblich hergestellte Datenverbindungen war es dem Beklagten nicht zumutbar, die Karte weiter zu benutzen und sich hierdurch dem Risiko weiterer unberechtigter Forderungen auszusetzen (§ 275 Abs. 3 analog, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB). 45

Da sich der Beklagte wegen des Nichtbestehens des Vergütungsanspruchs für die Datenverbindungen nicht in Zahlungsverzug befunden hat, war die Kündigung des Vertrages rechtswidrig mit der Folge, dass der Klägerin der geltend gemachte Schadensersatzanspruch ebenfalls nicht zusteht. 46

4. 47

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 97, 708 Nr. 10 ZPO. 48