

BUNDESGERICHTSHOF

URTEIL VOM 13.06.2002

AZ.: III ZR 156/01

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Schlick, Dörr und Galke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Mai 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Tatbestand**

Die Klägerin ist ein Telefon-Provider, der den bei ihm angemeldeten Kunden einen Call -by-Call-Service bietet.

Der Beklagte führte von März bis Mai 2000 unter Inanspruchnahme der Dienste der Klägerin über eine bestimmte 0190-Sondernummer Telefonsexgespräche.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung der über diese Gespräche ausgestellten Rechnungen in Höhe von insgesamt 108.283,87 DM nebst Zinsen.

Landgericht und Oberlandesgericht (OLG -Report 2001, 231) haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe**

Über die Revision ist gemäß §§ 557 a.F., 331 ZPO durch Versäumnisurteil, jedoch aufgrund sachlicher Prüfung zu entscheiden (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff). Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen darauf gestützt, daß Telefonsexverträge sittenwidrig seien und die Sittenwidrigkeit, auch wenn man vom Vorliegen zweier Vertragsverhältnisse zwischen dem Kunden und dem Netzbetreiber/Telefon -Provider einerseits sowie dem Kunden und dem Diensteanbieter andererseits ausgehe, auch die Leistung des Netzbetreibers erfasse. Dieser leiste bereits durch das Herstellen der Verbindung einen wesentlichen, fördernden Beitrag für das Hauptgeschäft (Telefonsex), von dessen Durchführung und Dauer er unmittelbar und zeitabhängig profitiere. Darüber hinaus übernehme der Anbieter von Verbindungsleistungen für den Anbieter der nachgefragten Dienste das Inkasso für dessen Vergütung.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

2. Wie der erkennende Senat bereits durch das nach Erlaß der Berufungsentscheidung ergangene Urteil vom 22. November 2001 (III ZR 5/01 - NJW 2002, 361, bestätigt durch Versäumnisurteil vom 16. Mai 2002 - III ZR 253/01) ausgesprochen hat, werden Verbindungsentgelte auch dann geschuldet, wenn die in Rechnung gestellten 0190-Sondernummern zu dem Zweck angewählt worden sind, (sittenwidrige) Telefonsex-Gespräche zu führen.

Das zwischen dem Betreiber eines Fest- oder Mobilfunknetzes und einem Anschlußnehmer bestehende Vertragsverhältnis ist nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter nicht deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil bereits bei Vertragsschluß objektiv die Möglichkeit bestand, unter Benutzung des Anschlusses Telefonsex zu betreiben. Der Telefondienstvertrag und die bei Durchführung dieses Vertrags erbrachten Leistungen des Netzbetreibers (Herstellen und Aufrechterhalten von Verbindungen) stellen unabhängig davon wertneutrale Hilfsgeschäfte dar, ob die (sittenwidrigen) Telefonsexleistungen unter Verwendung eines normalen Telefonanschlusses oder nach Anwahl einer 0190-Sondernummer erbracht werden. Das ergibt sich daraus, daß auch im letzteren Falle der Netzbetreiber für den Inhalt der angebotenen Sexdienstleistungen nicht verantwortlich ist (vgl. § 5 Abs. 1 und 3 des Teledienstgesetzes). Die Wertneutralität der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kunden und dem jeweiligen Netzbetreiber erstreckt sich auf die getroffenen Preisabreden, auch wenn dabei - wie dies bei 0190-Sondernummern der Fall ist - die Verbindungsleistung und die weitere Dienstleistung zu deutlich höheren Gesamt- (einheitlichen, d.h. nicht weiter aufgeschlüsselten) Entgelten als Telefon- oder Sprachmehrwertdienste angeboten und in Anspruch genommen werden (eingehend hierzu Senatsurteil aaO S. 362 f).

II.

Das Berufungsurteil ist aufzuheben.

Eine abschließende sachliche Entscheidung des Senats (§ 565 Abs. 3 ZPO a.F.) kommt nicht in Betracht. Der Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen unter Beweisanztritt (Sachverständigengutachten) vorgetragen, aufgrund dessen, daß er seine Sexualität nicht habe ausleben können (der Beklagte ist transsexuell), sei er von seiner Telefonsexpartnerin sowohl sexuell als auch emotional derart abhängig gewesen, daß er zu einer freien Willensbildung nicht mehr fähig gewesen sei und diese Partnerin zu jeder freien Minute, wann immer es ihm möglich gewesen sei, anrufen habe.

Mit diesem Vorbringen, das nicht von vornherein von der Hand zu weisen ist (vgl. zur partiellen Geschäfts- bzw. Prozeßunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB, § 52 ZPO BGHZ 143, 122, 125 m.w.N.), haben sich die Tatsacheninstanzen, von ihrem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, nicht befaßt. Das ist nachzuholen.

Rinne Wurm Schlick Dörr Galke