

OLG HAMM

URTEIL VOM 27.11.2000

AZ.: 17 U 73/2000

Eine etwaige Sittenwidrigkeit von Telefonsexverträgen wirkt sich im Verhältnis des Netzbetreibers zum Kunden nicht aus

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet, denn die Klägerin hat gegen den Beklagten aufgrund des Vertrages über Telekommunikationsdienstleistungen vom 2.6.1998 einen Zahlungsanspruch i.H.v. 14.947,12 DM.

I.

Unstreitig sind die seitens der Klägerin für die Monate April bis Juli 1999 abgerechneten Telefongespräche vom Anschluss des Beklagten aus geführt worden, der zur Höhe der Verbindungsentgelte keine Einwendungen erhoben hat.

II.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Telefondienstvertrag vom 2.6.1998 nicht gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, denn er ist nicht in der Absicht kommerzieller Förderung von Telefonsex geschlossen worden, so dass die in der Entscheidung des BGH vom 9.6.1998 (BGH v. 9.6.1998 – XI ZR 192/97, MDR 1998, 1151 = NJW 1998, 2895) hierzu entwickelten Grundsätze auf den Streitfall nicht anwendbar sind; das Bereitstellen eines Netzzuganges durch ein Telekommunikationsunternehmen stellt auch dann, wenn der Kunde eine Telefonverbindung zum Telefonsex nutzt, nur ein wertneutrales Hilfsgeschäft dar (vgl. OLG Hamm, Urte. v. 23.11.1999 – 26 U 139/99; OLG Koblenz, Beschl. v. 12.8.1999 – 8 U 970/99; OLG Hamm, Beschl. v. 18.9.2000 – 17 U 100/99).

Deshalb steht die von der Klägerin vermittelte Möglichkeit, über die Anzahl sogenannter 0190-Nummern auch Telefonate mit sexuellen Inhalten zu führen, dem Vergütungsanspruch der Klägerin nicht entgegen.

1. Zwar hat der BGH in der oben genannten Entscheidung einen Vertrag, der darauf gerichtet war, durch die Vermarktung und den Vertrieb von Telefonkarten Telefonsex kommerziell zu fördern, ebenso wie einen damit verbundenen Darlehensvertrag für nichtig gehalten. Nach einer vom OLG Stuttgart vertretenen Auffassung (OLG Stuttgart NJW-COR 1999, 304) soll auch der Anbieter von Telefondiensten über 0190-Serviceummern, der für einen Anbieter von Telefonsex -Dienstleistungen das Inkasso betreibt, in vorwerfbarer Weise an der kommerziellen Ausnutzung eines sittenwidrigen Geschäfts beteiligt sei, so dass das Inkasso von Telefonsex -Entgelt kein – für sich betrachtet nicht sittenwidriges – untergeordnetes Hilfsgeschäft sei. Dagegen soll die Werbung für einschlägige Telefonnummern nach Auffassung des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart v. 28.7.1989 – 2 U 268/88, NJW 1989, 2899) sowie des OLG Hamm (OLG Hamm v. 21.3.1995 – 4 U 195/94, NJW 1995, 2797) nicht gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen.

2. Die Klägerin hat als regionales Telekommunikationsunternehmen unstreitig nur die Aufgabe, ihren Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zur Verfügung zu stellen; dass sie auf den Inhalt der in diesem Netz geführten Gespräche in irgendeiner Weise Einfluss nehmen konnte, ist weder dargelegt worden noch sonst ersichtlich. Sie hat auch wegen der 0190-Verbindungen nicht unmittelbar mit den Anbietern dieser Dienstleistungen abgerechnet, sondern mit der Deutschen Telekom AG als Netzbetreiberin, so dass die Klägerin jedenfalls nicht unmittelbar an der kommerziellen Ausnutzung eines ggf. sittenwidrigen Geschäftes beteiligt war.

3. Ob die seitens der Deutschen Telekom AG durchgeführten Abrechnungen der so genannten 0190-Gespräche sowie die Weiterleitung der in den Gesprächsgebühren enthaltenen Service-Entgelte an die Anbieter dieser Ansagedienste ein als sittenwidrig zu beurteilendes Inkasso für die Telefonsex -Anbieter beinhalten, kann unter diesen Umständen dahinstehen, denn auf den Vergütungsanspruch der Klägerin schlägt eine etwaige Sittenwidrigkeit nicht durch. Die Klägerin hat keine vertraglichen Beziehungen zu den

Betreibern der Ansagedienste, weshalb sie aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, kommerzielle Telefonate mit sexuellen Inhalten zu verhindern; im Gegenteil ist sie gegenüber ihren Kunden sogar verpflichtet, diesen Verbindungsmöglichkeiten zu allen öffentlich zugänglichen Telefonanschlüssen zur Verfügung zu stellen, wozu selbstverständlich auch Verbindungen zu den 0190-Diensten zählen. Mangels eigener vertraglicher Beziehungen zu den Ansagediensten übernimmt die Klägerin für diese auch keine Inkassotätigkeit; dass sie als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Leitungsnetzes einen Teil ihrer Vergütung an die Deutsche Telekom AG als Netzbetreiberin weiterleitet, ist mit dem Inkasso für deren Vertragspartner nicht gleichzusetzen.

III.

Auch eine (etwaige) Sittenwidrigkeit der zwischen dem Beklagten und den Betreibern der von ihm angerufenen Ansagedienste geschlossenen Verträge steht dem Vergütungsanspruch der Klägerin nicht entgegen.

1. Nach den von der Rechtsprechung (siehe oben) entwickelten Grundsätzen kommt zwar eine aus § 138 Abs. 1 BGB herzuleitende Nichtigkeit des „Grundgeschäftes“ zwischen dem Anrufer und dem Telefonsexanbieter durchaus in Betracht mit der Folge, dass Letzterem kein Vergütungsanspruch gegen den Anrufer zustünde und die von der Deutschen Telekom AG beanspruchten Gesprächsgebühren einen im Ergebnis „sittenwidrigen“ Inkassoanteil enthielten, auf den jedenfalls der Betreiber des Ansagedienstes dann keinen Anspruch hätte.

2. Ob an der Auffassung des BGH (BGH v. 9.6.1998 – XI ZR 192/97, MDR 1998, 1151 = NJW 1998, 2895) angesichts der in den letzten Jahren eingetretenen Veränderungen der gesellschaftlichen Wertanschauungen noch festzuhalten ist, kann im Streitfall indessen ebenso dahinstehen wie die Frage, ob sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit von Telefonsex gegebenenfalls auch auf die „Inkassotätigkeit“ der Deutschen Telekom AG erstreckt, denn dem Vergütungsanspruch der Klägerin könnte dies jedenfalls nicht entgegengehalten werden.

a) Zwar werden die Vergütungsansprüche der Betreiber der Anlagedienste bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise über die Klägerin an die Telefonkunden „durchgereicht“, so dass auch der Gebührenanspruch der Klägerin gegen den Beklagten im Falle eines sittenwidrigen Grundgeschäftes einen hieraus resultierenden Inkassoanteil enthält. Gleichwohl erhält der Vergütungsanspruch jedenfalls der Klägerin – ob das auch für die Gebührenansprüche der Netzbetreiberin gilt, kann dahinstehen – kein sittenwidriges Gepräge, denn anders als die Netzbetreiberin unterhält die Klägerin keine vertraglichen Beziehungen zu Telefonsexanbietern, so dass sie nicht für diese tätig wird. Dass die Tätigkeit der Klägerin – auch wenn darin bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Inkasso zugunsten von Telefonsexanbietern liegen sollte – „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (BGH v. 9.6.1998 – XI ZR 192/97, MDR 1998, 1151 = NJW 1998, 2895) verstößt, lässt sich deshalb nicht feststellen.

b) Es wäre zudem unbillig, der Klägerin das Risiko der Unwirksamkeit der Verträge zwischen ihren Kunden und den Betreibern der 0190-Ansagedienste aufzubürden. Die Klägerin zahlt (gegenüber der Deutschen Telekom) und verlangt (gegenüber ihren Kunden) Entgelte ausschließlich für „normale“ Telekommunikationsdienstleistungen; sie hat weder Einfluss auf die Leistungen der Ansagedienste, noch ist sie überhaupt in der Lage festzustellen, ob einzelnen Verbindungsentgelten ein sittenwidriger Vertrag zugrunde liegt, so dass sie selbst sich gegenüber der Netzbetreiberin auf einen solchen im Zweifel auch nicht berufen könnte, sondern die nach den vereinbarten Tarifen geschuldeten Verbindungsentgelte an diese weiterleiten müsste. Unter diesen Umständen wäre es nach Auffassung des Senats mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn die Kunden der Klägerin gleichwohl die Bezahlung der gegebenenfalls auf ein sittenwidriges Grundgeschäft entfallenden Verbindungsentgelte verweigern könnten.

IV.

Im Streitfall wäre ein Vergütungsanspruch der Klägerin im Übrigen selbst dann zu bejahen, wenn man – entgegen der Auffassung des Senates – davon ausgehen wollte, dass die Klägerin für so genannten Telefonsex grundsätzlich keine Gebühren beanspruchen könnte, denn es ist nicht feststellbar, ob – und gegebenenfalls in welchem Umfang – die geltend gemachten Verbindungsentgelte auf Telefonate mit sexuellen Inhalten zurückzuführen sind, was die Klägerin nachdrücklich bestreitet

1. Dabei kann dahinstehen, ob im maßgeblichen Zeitraum unter den vom Beklagten angewählten Zielrufnummern tatsächlich Telefonsex angeboten wurde, denn maßgeblich ist, welche Gespräche geführt wurden; hierzu könnten auch durch ein vom Beklagten angebotenes Sachverständigengutachten naturgemäß keine Feststellungen getroffen werden.

2. Eine Parteivernehmung des Beklagten zu dieser Frage kommt – abgesehen davon, dass eine solche aus Rechtsgründen nicht erforderlich ist – nicht in Betracht, denn der Wahrheitsgehalt seiner Behauptung ist

selbst dann, wenn unter den genannten Rufnummern Telefonsex angeboten wurde, noch nicht „abgewiesen“, was für eine Vernehmung der beweispflichtigen Partei grundsätzlich erforderlich ist (vgl. Zöller, ZPO, § 448 Rz. 4 m.w.N.). Insbesondere unter Berücksichtigung der Anzahl und der sich teilweise über mehrere Stunden erstreckenden Gesamtdauer der Telefonate hält es der Senat für wenig wahrscheinlich, dass ausschließlich Gespräche mit sexuellen Inhalten geführt wurden.

V.

Dem Vergütungsanspruch der Klägerin steht schließlich auch keine partielle Geschäftsunfähigkeit des Beklagten entgegen; abgesehen davon, dass hierzu keine zuverlässigen Feststellungen möglich sind, wird dies vom Beklagten im Berufungsrechtzug auch nicht mehr geltend gemacht.