BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 102/07

Verkündet am:
8. November 2007
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 138 Abs. 1 Ce; ProstG § 1

Entgeltforderungen für die Erbringung, Vermittlung und Vermarktung von sogenannten Telefonsexdienstleistungen kann seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983) nicht mehr mit Erfolg der Einwand der Sittenwidrigkeit entgegengehalten werden.

BGH, Urteil vom 8. November 2007 - III ZR 102/07 - OLG Karlsruhe
LG Heidelberg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter Schlick, die Richter Dr. Wurm, Dr. Herrmann, Wöstmann und die Richterin Harsdorf-Gebhardt

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 14. März 2007 teilweise aufgehoben und das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heidelberg vom 31. Januar 2006 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heidelberg vom 18. Oktober 2005 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 5.962,98 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. April 2003 zu zahlen.

Im Übrigen wird das Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Die weitergehende Berufung der Beklagten bleibt zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des ersten Rechtszugs haben die Klägerin zu 5/6 und die Beklagte zu 1/6 zu tragen. Die Klägerin hat jedoch die Kosten ihrer Säumnis allein zu tragen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 6/10 und die Beklagte 4/10 zu tragen.

Die Kosten des Revisionsrechtszugs haben die Klägerin zu 4/10 und die Beklagte zu 6/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Beklagte befasst sich mit der Vermarktung von Telekommunikationsmehrwertdiensten. Sie vermittelt unter anderem mit ihrer technischen Ausrüstung Informationsanbietern Telefonate mit deren Kunden.

2 Die Klägerin unterstützte die Beklagte bei der Vermarktung der Kurzwahl 118… und einer Mehrwertdienstenummer, die mit der Ziffernfolge 0190 begann. Unter diesen Nummern wurden sogenannte Telefonsexleistungen erbracht. Für jede Telefonminute sollte die Klägerin von der Beklagten 1,17 € beziehungsweise 1,19 € erhalten. Unter der Kurzwahlnummer 118… war die Klägerin auch als Inhalteanbieter tätig. Als Vergütung hierfür waren 1,22 € pro Telefonminute vereinbart. Die Entgelte sollten der Klägerin jedoch nur zustehen, wenn und soweit die Vergütung über ein drittes Unternehmen von den jeweiligen Kunden einbringlich war.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

3 Umgekehrt sollten der Beklagten von der Klägerin pro Minute bestimmte Beträge für die Nutzung der technischen Ausrüstung, sogenannte outbounds sowie für von der Beklagten vermittelte und nicht von der Klägerin erbrachte "Beratungsleistungen" gutgebracht gebracht werden.

4 Die Klägerin hat ihrer Auffassung nach noch offene Zahlungsansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht, die das Landgericht in Höhe von 15.164,99 € für begründet erachtet hat. Die Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg gehabt. Das Oberlandesgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung im Umfang von 10.551,09 € bestätigt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

5 Die Revision ist zulässig auch, soweit die Beklagte nicht nur den Grund des vom Berufungsgericht zuerkannten Anspruchs angreift, sondern auch dessen Höhe. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Klägerin die Revision nicht nur eingeschränkt auf den Anspruchsgrund zugelassen.

6 Zwar kann die Zulassung der Revision auf Teile des Streitstoffs eingeschränkt werden, über die in einem besonderen Verfahrensabschnitt durch Teil- oder Zwischenurteil entschieden werden kann (z.B. BGHZ 76, 397, 398 f; BGH, Urteile vom 5. November 2003 - VIII ZR 320/02 - NJW-RR 2004, 426, 427; vom 8. Dezember 1998 - VI ZR 66/98 - NJW 1999, 500; Senatsurteil vom 7. Juli

1983 - III ZR 119/82 - NJW 1984, 615, insoweit nicht in BGHZ 88, 85 abgedruckt). Insbesondere kann bei einem nach Grund und Betrag streitigen Klageanspruch die Revision auf Fragen beschränkt werden, die allein die Höhe der geltend gemachten Forderung berühren (BGHZ aaO S. 399; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1998; Senatsurteil vom 7. Juli 1983 jeweils aaO) oder nur den Anspruchsgrund betreffen (BGH, Urteil vom 30. Juni 1982 - VIII ZR 259/81 - NJW 1982, 2380 f), da in solchen Fällen der Rechtsstreit vom Tatrichter durch ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO in ein Grund- und ein Betragsverfahren zerlegt werden kann (z.B. BGHZ aaO; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1998 aaO). Ob er tatsächlich ein Grundurteil erlassen hat, ist unerheblich (BGH aaO).

7 Allerdings muss sich die Beschränkung der Revisionszulassung klar und eindeutig aus dem Berufungsurteil ergeben (z.B. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1998 aaO und Senatsurteil vom 7. Juli 1983 aaO). Daran fehlt es hier. Der Entscheidungssatz des angegriffenen Urteils enthält eine uneingeschränkte Zulassung. Zwar kann sich eine Beschränkung auch allein aus den Entscheidungsgründen ergeben (z.B. BGH, Urteile vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03 - NJW 2004, 3264, 3265 und vom 12. November 2003 - XII ZR 109/01 - NJW 2004, 1324 m.w.N.). Jedoch ist hier den Gründen des Berufungsurteils nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit eine Beschränkung der Revisionszulassung zu entnehmen. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, "da die Sache im Hinblick auf die Auswirkungen des ProstG auf andere Verträge, die der Unterstützung eventuell sittenwidrigen Handelns dienen sollen, über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung hat". Diese vergleichsweise knappe Begründung lässt nicht erkennen, ob das Berufungsgericht hiermit lediglich seine im Tenor unbeschränkt ausgesprochene Revisionszulassung (unvollkommen) begründet hat oder ob es darüber hinausgehend den Streit der Parteien

über die Anspruchshöhe von der Nachprüfung in der Revisionsinstanz ausschließen wollte.

II.

8 Die Revision ist teilweise begründet.

9 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt (OLGR Karlsruhe 2007, 322), Verträge über die Bewerbung und Vermittlung von Telefonsexgesprächen seien nicht wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, so dass der Anspruch der Klägerin dem Grunde nach bestehe. Von der Summe, die das Landgericht der Klägerin zuerkannt habe, seien 4.613,90 € in Abzug zu bringen, weil eine bislang nicht eingerechnete Zahlung der Beklagten in dieser Höhe zweitinstanzlich unstreitig geworden sei. Im Übrigen aber seien weitere von der Beklagten behauptete Zahlungen nicht zu berücksichtigen, weil das Landgericht seiner Berechnung die Salden der Beklagten zugrunde gelegt habe und ihre eigene Abrechnung schon nicht die von ihr behaupteten höheren Beträge ergebe. Soweit die Beklagte Nachberechnungen für sogenannte Fremdberaterkosten geltend mache, seien diese nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Gleiches gelte für die von der Beklagten gegengerechneten Gebühren für Maschinennutzung.

10 2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 a) Mit Recht ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, dass die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge nicht gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, obgleich sie die Vermarktung und die Vermittlung sogenannter Telefonsexdienstleistungen zum Gegenstand haben.

12 Dies entspricht der in der Literatur herrschenden Meinung (Armbrüster NJW 2002, 2763, 2764; ders. in MünchKommBGB, 5. Aufl., 2006, § 1 ProstG Rn. 25; Staudinger/Sack [2003] § 138 Rn. 453 S. 411; wohl auch Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2. Aufl., 2007, § 138 Rn. 68; Palandt/Heinrichs, 66. Aufl., 2007, § 138 Rn. 52a; a.A: Erman/Palm, BGB, 11. Aufl., 2004, § 138 Rn. 158) und der bereits durch die Senatsentscheidungen vom 4. März 2004 (BGHZ 158, 201) und vom 16. November 2006 (III ZR 58/06 - NJW 2007, 438) vorgezeichneten Linie. In seinem Versäumnisurteil vom 22. November 2001 (III ZR 5/01 - NJW 2002, 361) hat der Senat noch offen gelassen, ob Verträge über die Erbringung von sogenanntem Telefonsex im Hinblick auf die mittlerweile gewandelten Anschauungen in der Gesellschaft noch als sittenwidrig anzusehen sind (anders noch: BGH, Urteil vom 9. Juni 1998 - XI ZR 192/97 - NJW 1998, 2895, 2896). Er hat jedoch bereits darauf hingewiesen, dass jedenfalls nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens betreffend das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG - beschlossen am 20. Dezember 2001, BGBl. I S. 3983, in Kraft getreten am 1. Januar 2002) eine Neubewertung erforderlich sein werde (aaO, S. 361 f).

13 Nachdem dieses Gesetz in Kraft getreten ist, steht Entgeltansprüchen für die Erbringung von Telefonsexdienstleistungen selbst, aber auch für die Vermarktung und Vermittlung dieser Leistungen, nicht mehr der Einwand der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB entgegen. Zwar regelt § 1 ProstG unmittelbar lediglich die Wirksamkeit von Forderungen auf ein Entgelt, das für die Vornahme sexueller Handlungen vereinbart wurde. Jedoch ergeben die dem Gesetz zugrunde liegende Wertung (vgl. Armbrüster, jeweils aaO) und der Wandel der Anschauungen in der Bevölkerung (vgl. hierzu Begründung des Entwurfs des ProstG BT-Drucks. 14/5958 S. 4; ferner OLG Köln MMR 2001, 43,

44; LG Frankfurt am Main NJW-RR 2002, 994), dass auch Forderungen auf Entgelt für die Erbringung, Vermarktung und Vermittlung von Telefonsexdienstleistungen nicht mehr an § 138 Abs. 1 BGB scheitern, mögen diese Geschäfte auch weiterhin mit einem Makel in ethisch-moralischer Hinsicht behaftet sein. Kann für die Ausübung der "klassischen" Prostitution eine wirksame Entgeltforderung begründet werden, muss dies für den sogenannten Telefonsex und die in diesem Zusammenhang zu erbringenden Vermarktungs- und technischen Dienstleistungen erst recht gelten. Beim sogenannten Telefonsex handelt es sich mangels unmittelbaren körperlichen Kontakts der Beteiligten um weniger anstößige Vorgänge als bei der Prostitution im engeren Sinn.

14 Von der Wirksamkeit der im Zusammenhang mit sogenanntem Telefonsex begründeten Entgeltansprüche ist der Senat bereits in seinem Urteil vom 4. März 2004 (aaO S. 205) ausgegangen, ohne dies jedoch näher auszuführen. Er hat in dieser Entscheidung unter Bezugnahme auf das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten klargestellt, dass sich im Ergebnis an der Berechtigung der Entgeltforderung eines Telefonsexanbieters gegen einen Telefonanschlussinhaber nichts ändert, obgleich sich der Senat dort von der in dem Versäumnisurteil vom 22. November 2001 (aaO) vertretenen Auffassung distanziert hat, nach der die Erbringung der Verbindungsdienstleistung für ein sogenanntes Telefonsexgespräch lediglich ein wertneutrales Hilfsgeschäft ist und deshalb der Entgeltforderung des Netzbetreibers nicht die seinerzeit noch in Betracht gezogene Sittenwidrigkeit des Vertrages mit dem Inhalteanbieter entgegengesetzt werden konnte. Eine entsprechende Klarstellung enthält auch das Urteil vom 16. November 2006 (aaO S. 439 Rn. 17), durch das der Senat seine frühere Rechtsprechung zum Ausschluss von Einwendungen gegenüber dem Netzbetreiber aus dem Verhältnis zwischen dem Kunden und dem Inhalteanbieter schließlich aufgegeben hat.

15 b) Begründet ist die Revision jedoch, soweit die Beklagte rügt, die Vorinstanzen hätten - abgesehen von der erst im Berufungsverfahren unstrittig gewordenen Leistung vom 5. Mai 2003 über 4.613,90 € - nicht von Zahlungen an die Klägerin lediglich in Höhe von 66.588,64 € ausgehen dürfen.

16 Die Klägerin hat nach ihren eigenen Ausführungen von der Beklagten Zahlungen in Höhe von insgesamt 71.176,75 € erhalten. Die Summe der in der Klageschrift auf Seiten 8 und 9 unter der Nummer 4 aufgeführten Zahlungen beträgt 59.555,45 €. Soweit die Klägerin den Gesamtbetrag demgegenüber mit 54.996,39 € beziffert hat, handelt es sich um einen Additionsfehler. Zu den 59.555,45 € kommen hinzu die Leistungen vom 12. März 2002 (5.091,81 €), vom 17. April 2003 (500,44 €) und vom 20. Februar 2005 (6.029,05 €), die die Klägerin mit Schriftsätzen vom 30. Mai 2005 (dort S. 3) und vom 27. September 2005 zugestanden hat. Dies ergibt insgesamt 71.176,75 € und entspricht bis auf 90 Cent dem von der Beklagten in der Klageerwiderung vom 1. März 2005 (dort S. 7 b-d) vorgetragenen Gesamtbetrag von 71.177,65 €. Die verbleibende geringfügige Differenz geht zu Lasten der Beklagten, die für den Umfang, in welchem sie die Forderungen der Klägerin erfüllt hat, darlegungs- und beweispflichtig ist. Für den überschießenden Betrag von 90 Cent hat sie keinen Beweis erbracht.

17 Dementsprechend ist die vom Berufungsgericht zuerkannte Forderung um 4.588,11 € (Differenz zwischen 66.588,64 € und 71.176,75 €) auf 5.962,98 € zu reduzieren.

18 c) Unbegründet ist die Revision hingegen, soweit die Beklagte geltend macht, das Berufungsgericht habe unzutreffend ihre Berechtigung zu weiteren Abzügen gemäß der Nachberechnung der Fremdberaterkosten für die "Applikation VF 6" in Höhe der Rechnungen vom 17. März 2003 verneint.

19 aa) Jedenfalls die Erwägung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht dargelegt, ob die insoweit abgerechneten Fremdgespräche auch allesamt von den Telefonkunden bezahlt wurden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

20 Das Berufungsgericht hat hierbei die Vereinbarung der Parteien in Übereinstimmung mit der von der Klägerin im Berufungsverfahren vorgetragenen Auffassung dahingehend ausgelegt, dass die Beklagte der Entgeltforderung der Klägerin Vergütungen für Fremdleistungen und Maschinennutzung - gewissermaßen spiegelbildlich - nur dann entgegensetzen könne, wenn und soweit die hierfür angefallenen Kundenentgelte einbringlich seien. Dies hält sich im Rahmen des dem Tatrichter bei der Auslegung von Individualabreden zustehenden Spielraums. Das Revisionsgericht darf die Auslegung individualvertraglicher Erklärungen lediglich daraufhin überprüfen, ob sie gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze nicht beachtet (z.B.: Senatsurteile vom 2. Februar 2006 - III ZR 61/05 - WM 2006, 871, 872 und vom 5. Oktober 2006 - III ZR 166/05 - NJW 2006, 3777 Rn. 13) oder ob Verfahrensvorschriften verletzt sind (z.B. BGH, Urteil vom 25. Februar 1992 - X ZR 88/90 - NJW 1992, 1967, 1968 m.w.N.). Derartige Fehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen.

21 Die Revision macht zu Unrecht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO ihren Vortrag nicht hinreichend berücksichtigt, die für die Fremdleistungen und die Maschinennutzung entstehenden Kosten fielen in jedem Fall an. Dieser Umstand bedeutet nicht, dass das wirtschaftliche Risiko des Forderungsausfalls zwingend die Klägerin treffen muss. Dies gilt hinsichtlich der Drittleistungen bei der "Beratung" insbesondere auch deshalb, weil die Klägerin - nicht bestritten - vorgetragen hat, die Beklagte habe mit den Agenturen, die die Fremdleistungen bereit hielten, ebenfalls die Abrede getroffen, dass eine Vergütung nur insoweit zu zahlen sei, als die Entgeltforderungen einbringlich seien. Ob diese Drittagenturen ihren "Beraterinnen" gleichwohl ein Entgelt schulden und sie damit das Forderungsausfall- und Amortisationsrisiko trifft, ist für das Verhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits wirtschaftlich und rechtlich ohne Bedeutung.

22 bb) Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte darauf hinweisen müssen, dass die Beklagte im Schriftsatz vom 28. Juli 2006 die Vergütung für die Fremdleistungen und das Entgelt für die Maschinennutzung verwechselt habe. Es kann auf sich beruhen, ob das Berufungsgericht annehmen musste, es handele sich um einen Irrtum der Beklagten, der zu einem Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 ZPO Veranlassung gebe. Die Beklagte hätte, wie sie mit der Revision geltend macht, hierauf lediglich vorgebracht, die Klägerin schulde die Vergütung für die Fremdleistungen unabhängig von der Realisierung der Forderungen gegenüber den Telefonkunden, weil anderweitige Abreden nicht bestanden hätten und keine "Beraterin" bereit sei, das Forderungsausfallrisiko mitzutragen, was im Übrigen auch mit § 1 Satz 1 ProstG nicht vereinbar sei. Dies hatte sie jedoch bereits im Wesentlichen vorgetragen. Aus

diesem Vorbringen folgt jedoch nicht, dass die Klägerin das Forderungsausfallrisiko im Verhältnis der Parteien tragen sollte (siehe oben aa).

Schlick Wurm Herrmann

Wöstmann Harsdorf-Gebhardt

Vorinstanzen:
LG Heidelberg, Entscheidung vom 31.01.2006 - 11 O 157/04 KfH -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 14.03.2007 - 7 U 62/06 -