
Datum: 27.03.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 31/97
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0327.3U31.97.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 11 O 19/96
Schlagworte: Telefonsex nicht sittenwidrig
Normen: BGB §§ 133, 138, 151

Leitsätze:

1. Hat eine Telefongesellschaft, die mit einer anderen auf dem Gebiet des Audiotext-Geschäftes zusammenarbeitet, nach zwischenzeitlicher Umstellung auf Handvermittlung wegen angeblichen Mißbrauchs des Telefonnetzes der anderen die Wiedereröffnung des automatischen Selbstwähldienstes u. a. nach Einrichtung bestimmter Sicherheitsvorkehrungen in Aussicht gestellt, kommt jene diesen Forderungen nach und schaltet die Telefongesellschaft sodann wieder auf automatischen Selbstwähldienst, so kommt damit eine konkludente Vereinbarung über die Gewährleistung des automatischen Selbstwähldienstes zustande, die es der Telefongesellschaft verbietet, ohne wichtigen Grund aus der Sphäre der anderen wieder auf Handvermittlung zu schalten. 2. Vereinbarungen zwischen Telefongesellschaften auf dem Gebiet des Audiotext- und free-phone-Geschäfts sind nicht nach § 138 BGB wegen des Inhalts der abgespielten Tonbänder oder der geführten Gespräche (Telefonsex) nichtig.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18. Februar 1997 verkündete Teilurteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 11 O 19/96 - wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung wegen

der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 145.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beiden Parteien wird gestattet, Sicherheit auch durch die selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Schaltung der von der Klägerin im internationalen Telefonverkehr als Anwahlziel zur Verfügung gestellten Telefonnummern im automatischen Selbstwähldienst sowie über einen durch die Umschaltung auf Handvermittlung entstandenen Schaden.
- 2 Die Klägerin ist eine privatrechtlich organisierte juristische Person des n. Rechts und betreibt seit dem 1. Januar 1996 das staatliche Telefonnetz der n. A., die zum Königreich der N. gehören. Sie ist Rechtsnachfolgerin der staatlichen Behörde "L.", die das staatliche Telefonnetz der n. A. bis zum 31. Dezember 1995 betrieben hat.
- 3 "L." erteilte in Anbetracht des seit Ende der 80er Jahre prosperierenden Marktes sogenannter Audiotextdienste, das heißt automatischer Ansagedienste verschiedenster Art, der Gesellschaft A. N.V. mit Sitz in C. eine exklusive Erlaubnis zur Organisation und Vermarktung von Audiotextdiensten. Die Firma A. bot als sogenannter "Service-Provider" ihrerseits unter bestimmten Telefonnummern Telefonsex-Programme an. Klägerin und Beklagte teilten sich nach einem bestimmten Verrechnungsschlüssel das Gebührenaufkommen, das dadurch entstand, daß deutsche Telefonkunden die ausländischen Telefonnummern anwählten. Zwischen der Klägerin und der Firma A. N.V. fand ebenfalls ein finanzieller Ausgleich statt.
- 4 Im Januar 1995 schaltete die Beklagte unter Berufung auf massive Betrugstätigkeiten von Kriminellen zu Lasten der Beklagten und ihrer Kunden, vorgenommen durch den Einsatz von Wahlcomputern, sämtliche Telefonnummern von internationalen Audiotextanbietern auf Handvermittlung. Hierdurch waren Manipulationen ausgeschlossen. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte erlitten jedoch finanzielle Verluste, da im Zuge der Aufhebung der Anonymität der Anrufer durch die nunmehr persönliche Vermittlung der Gespräche die Auslastung der Leitungen stark zurückging.
- 5 Im Anschluß hieran wurden zwischen Vertretern der Rechtsvorgängerin der Klägerin bzw. der Firma A. und der Beklagten Verhandlungen mit dem Ziel geführt, Voraussetzungen für eine mögliche Wiederaufnahme des automatischen Selbstwählferndienstes zu schaffen. Dabei ging es vor allem um eine Änderung des maßgeblichen Verrechnungspreises sowie um die Einführung von Sicherungsmaßnahmen durch die Klägerin.
- 6 Am 25. Februar 1995 wurde in München ein Gespräch zwischen dem Zeugen D. als Vertreter der Beklagten und den Zeugen v. d. V. und V. als Vertreter der Firma A. geführt, dessen Ergebnisse betreffend die Änderung der Verrechnungspreise in einem "memorandum of agreement" zusammengefaßt wurden, das am 1. März 1995 von den Beteiligten sowie der Rechtsvorgängerin der Klägerin unterzeichnet worden ist.
- 7 Am 1. April 1995 übersandte die Beklagte der Rechtsvorgängerin der Klägerin "L." per Fax die Entwürfe eines fraud protection agreement, überschrieben mit "commitment by L. ..." und eines "accounting rates agreement", deren Unterzeichnung sie zur Bedingung der zum 1. Mai 1995 angekündigten Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes machte. L. unterzeichnete
- 8

beide Dokumente. Die Beklagte hat nur das "accounting rates agreement" gegengezeichnet.

Sowohl das "memorandum of agreement" als auch das "accounting rates agreement" 9
enthalten die Bestimmung, daß die Vereinbarung für die Dauer von mindestens fünf Jahren
geschlossen sei.

§ 9 Abs. 2 des commitments hat folgenden englischen Wortlaut: 10

2. The Carrier is aware that 11

##blob##nbsp; 12

- D can manually switch or block traffic to 13

the information provider in general or in 14

individual cases if this is in regard to the 15

International Tele-communication Regulation 16

justified by the facts; 17

- in particular, if such measures are justi- 18

fied by failure to adhere to this Commit- 19

ment. 20

Zu deutsch: 21

2. Die Telefongesellschaft ist sich der Tatsache 22

bewußt, daß 23

- die D auf Handbetrieb umschalten oder den 24

Telefonverkehr zu einem Ansagedienst in all- 25

gemeinen oder bestimmten Fällen unterbrechen 26

kann, wenn dies unter Berücksichtigung der 27

International Tele-communication Regulation 28

durch die Tatsachen gerechtfertigt ist; 29

- insbesondere, wenn solche Maßnahmen durch die 30

Nichterfüllung der vorliegenden Verpflich- 31

tungen gerechtfertigt sind. 32

Am 1. Mai 1995 wurde der automatische Selbstwählferrdienst von der Beklagten wieder 33
freigegeben. Die Klägerin leitete umfassende Sicherungsmaßnahmen ein. Es ist unstreitig,

daß sie alle Verpflichtungen aus dem commitment erfüllt hat.

Am 10. November 1995 schaltete die Beklagte wiederum sämtliche ausländischen Ansagedienste auf Handvermittlung um, erneut mit Hinweis auf kriminelle Machenschaften im Zusammenhang mit ausländischen Audiotextanbietern. In Pressemitteilungen wies die Beklagte darauf hin, daß Telefonnummern der n. A. involviert seien. 34

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, aus der Gesamtheit der vereinbarten agreements ergebe sich, daß die Parteien ein Dauerschuldverhältnis begründet hätten, inhalts dessen sie sich zu bestimmten Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet habe, ferner ein bestimmter Verrechnungspreis auf die Dauer von fünf Jahren vereinbart worden sei und sich die Beklagte im Gegenzug zur Bereitstellung ihres Telefonnetzes auf dem technischen Niveau gemäß den ITU-Bestimmungen, das heißt in Form des automatischen Selbstwähldienstes verpflichtet habe mit der Möglichkeit der allenfalls vorübergehenden Aussetzung dieses Dienstes bei Vorliegen schwerwiegender Gründe. Letztere hätten im November 1995 nicht vorgelegen. Insbesondere habe es keine massenweisen Betrugsfälle aufgrund von Telefonverbindungen mit den n. A. gegeben. 35

Soweit die Beklagte meine, im November 1995 einen Vertrauensverlust in der Öffentlichkeit erlitten zu haben, seien hierfür nicht Manipulationen im internationalen Bereich ursächlich gewesen. Ausweislich von dpa-Meldungen aus dieser Zeit habe es sich vorwiegend um Computerhacker im C-Netz gehandelt, die mit Ansagediensten im nationalen 0190-Netz der Beklagten zusammengearbeitet hätten. 36

Eine Verpflichtung der Beklagten zur Freigabe des Selbstwähldienstes ergebe sich auch aus dem internationalen Fernmelderecht. Ferner bestehe insoweit ein Handelsbrauch. Schließlich könne sie ihren Anspruch auch auf § 5 der Telekommunikations-Kundenschutz-Verordnung (TKV) stützen, desgleichen aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten auf § 26 Abs. 2 GWB. 37

Aufgrund der unberechtigten Umschaltung auf Handvermittlung sei ihr ein erheblicher Schaden entstanden. Der Telefonverkehr mit den von ihr zur Verfügung gestellten Nummern sei praktisch zum Erliegen gekommen. Ihr Umsatzausfall im Jahr belaufe sich auf rund 50 Millionen DM. Da sie langfristige Verpflichtungen mit Werbeträgern sowie mit den Dienstleistern eingegangen sei, seien variable Kosten bis zur Zeit der Klageeinreichung noch nicht weggefallen. Für die ersten zwei Monate der Betriebsunterbrechung sei jedenfalls ein Schaden von 8 Millionen DM entstanden. 38

Die Klägerin hat beantragt, 39

1. 40

die Beklagte zu verpflichten, sämtliche von der Klägerin im internationalen Telefonverkehr als Anwahlziel zur Verfügung gestellten Telefonnummern mit den Kennziffern 00599-2 xxx, 00599-6 xxx und 00599-8 xxx unverzüglich auf den automatischen Selbstwähldienst zu schalten; 41

2. 42

die Beklagte zu verurteilen, an sie DM 8 Millionen nebst 5 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 43

3. 44

45

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß die Beklagte die in Ziff. 1 genannten Telefonnummern am 10.11.1995 aus dem Selbstwählferrndienst herausgenommen und auf Handvermittlungsdienst umgeschaltet hat;	
4.	46
die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines in jedem Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,00 DM ersatzweise Ordnungshaft, zu vollziehen an den Vorständen, zu unterlassen,	47
##blob##nbsp;	48
in der Öffentlichkeit, insbesondere im geschäftlichen Verkehr und gegenüber der Presse wörtlich oder sinngemäß zu behaupten, daß Kriminelle mit Hilfe von Wählcomputern von Deutschland aus massenweise Gespräche mit Telefondiensten meist auf den n. A. führen.	49
Die Beklagte hat den Antrag zu 4. anerkannt und hat im übrigen	50
##blob##nbsp;	51
Klageabweisung beantragt.	52
Sie hat bestritten, sich im Rahmen der Verhandlungen mit der Klägerin zur Umschaltung auf den Selbstwähldienst verpflichtet zu haben. Es sei lediglich darum gegangen, die Voraussetzungen für die Wiedereinführung des Selbstwähldienstes zu schaffen, ohne damit eine dahingehende Verpflichtung ihrerseits zu begründen. Eine derartige Verpflichtung sei im übrigen gemäß § 138 BGB sittenwidrig.	53
Die Beklagte hat behauptet, sie habe zur Sicherung der Zuverlässigkeit des Telefonverkehrs und zur Erhaltung des Vertrauens der Fernsprechteilnehmer in diese Sicherheit im November 1995 die Telefonnummern auf Handschaltung umstellen müssen. Ihr selbst entgehe durch diese Umstellung ein jährlicher Umsatz von rund 400 Millionen DM. Trotz der durchgeführten Sicherheitsmaßnahmen habe sich herausgestellt, daß erneut durch Manipulationen aufgrund verfeinerter Methoden zu ihren Lasten künstlicher Telefonverkehr erzeugt worden sei. So sei in einem Unternehmen in Deutschland im Zeitraum vom 17.07. bis 09.09.1995 künstlicher Telefonverkehr zur Klägerin geschaffen worden.	54
Anfang November 1995 hätten verschiedene Tageszeitungen über erneute Mißbrauchsfälle berichtet.	55
In einer Vielzahl von Gerichtsverfahren, in denen sie ihre Telefonrechnungen eingeklagt habe, hätten die Gerichte aufgrund der bekanntgewordenen Manipulationen des Telefonauslandsverkehrs nicht mehr den Anscheinsbeweis elektronischer Aufzeichnungen der Gebühren zu ihren Gunsten anerkannt, so daß es ihr vielfach nicht möglich gewesen sei, ihre Forderungen durchzusetzen.	56
Sie habe nicht nur wirtschaftlichen Schaden, sondern auch einen drastischen Glaubwürdigkeitsverlust hinsichtlich ihrer Gebührenrechnungen hinnehmen müssen. Dem habe sie inzwischen durch die Umstellung auf Handvermittlung erfolgreich entgegenwirken können. Die Erstattung aufgrund von Reklamationen, die als zeitverzögernde Auswirkung der Kundenverunsicherung vor der Umstellung im November 1995 bis Mitte Januar 1996 auf 2,8 Millionen DM im Monat angestiegen seien, seien danach auf unter 1,5 Millionen DM Mitte	57

März 1996 gesunken und hätten sich seit August 1996 auf 1,3 Millionen DM monatlich eingependelt.

Die Beklagte hat die Höhe des behaupteten Umsatzausfalls der Klägerin bestritten und im übrigen die Meinung vertreten, ihr Verhalten sei hierfür nicht kausal. Der Grund des gesunkenen Anrufaufkommens liege in dem Anonymitätswunsch der Leistungsabfrager, der bei Handvermittlung nicht mehr gewahrt werde. Hierfür könne sie nicht verantwortlich gemacht werden.

58

Auf Antrag der Klägerin ist am 29. Oktober 1996 bezüglich des Antrags zu 4. ein Teilanerkennnisurteil ergangen.

59

Durch Teilurteil vom 18. Februar 1997 (Bl. 429 ff. d.A.), auf das vollinhaltlich Bezug genommen wird, hat das Landgericht nach Beweisaufnahme der Klage hinsichtlich des Antrags zu 1) stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin könne von der Beklagten die Schaltung der von ihr im internationalen Telefonverkehr zur Verfügung gestellten Telefonnummern auf den automatischen Selbstwähldienst verlangen. Allerdings gewährten die ITU-Regelungen der Klägerin kein subjektives Recht auf Umschaltung auf Selbstwählferndienst. Ein solcher Anspruch ergebe sich aber aus der Tatsache, daß die Beklagte nach Abschluß der Vereinbarung "accounting rates agreement" und des commitments den Selbstwähldienst wiedereröffnet und sich nur für den Fall, wenn dies unter Berücksichtigung der International Tele-communication Regulation durch die Tatsachen gerechtfertigt ist, insbesondere bei Nichteinhaltung der Verpflichtungen des commitments durch die Klägerin das Umschalten auf Handbetrieb vorbehalten habe. Damit habe sie der Klägerin einen Anspruch auf Aufrechterhaltung des Selbstwähldienstes gegeben, solange sich die Voraussetzungen, die am 1. Mai 1995 herrschten, nicht änderten. Die Beklagte habe weder hinreichend vorgetragen noch bewiesen, daß zur Zeit der Umschaltung im November 1995 Tatsachen vorgelegen hätten, die ein Umschalten gerechtfertigt hätten.

60

Zwar ergebe sich nicht schon aus den einzelnen oder aus der Gesamtheit der agreements ein unmittelbarer Anspruch der Klägerin auf Umschaltung. Die Beweisaufnahme habe auch nicht ergeben, daß sich die Parteien mündlich geeinigt hätten, daß mit Einigung über die Verrechnungspreise und die Sicherheitsmaßnahmen eine Verpflichtung der Beklagten zur Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes begründet werden sollte. Die Beklagte habe aber durch die tatsächliche Wiedereröffnung zum 1. Mai 1995 auf der Grundlage der genannten agreements der Klägerin eine Rechtsposition geschaffen, die dieser nunmehr einen Anspruch gäbe, den Selbstwähldienst aufrechtzuerhalten, das heißt nach der Abschaltung wieder einzurichten, da keine eine Umschaltung rechtfertigenden "facts" vorgetragen oder gar nachgewiesen seien. Mit der Entscheidung für eine Wiedereröffnung habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß sie die vereinbarten Voraussetzungen für ausreichend halte, die schädigende Manipulationen Dritter zu verhindern. Solange sich an diesen Voraussetzungen nichts änderte, sei sie deshalb gehalten, den Selbstwähldienst für die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Telefonnummern aufrechtzuerhalten. Die Beklagte habe weder konkret vorgetragen noch gar bewiesen, daß im November 1995 Mißbrauchstatbestände in Bezug auf ausländische Ansagedienste, insbesondere solche auf den n. A., verstärkt aufgetreten seien, die eine Umschaltung auf Handvermittlung gerechtfertigt hätten. Sie habe nur einen Fall eines Unternehmens in Deutschland, von dem aus im Zeitraum 17.07. bis 09.09.1995 künstlicher Telefonverkehr zur Klägerin geschaffen worden sei, vorgetragen. Dieser eine Fall genüge nicht für die Umschaltung auf Handvermittlung im November 1995, zumal der Beklagten bewußt gewesen sei, daß eine absolute Sicherheit nicht zu schaffen war.

61

62

Der Vortrag der Beklagten sei auch nicht ausreichend, soweit sie aus einer Vielzahl von für sie ungünstig ausgegangenen Gebührenrechtsstreitigkeiten ein Recht zur Umstellung herleite. Die ergangenen Entscheidungen beträfen bis auf eine Ausnahme Sachverhalte aus einer Zeit, in der noch nicht die im April 1995 vereinbarten Sicherheitsmaßnahmen ergriffen worden waren. Soweit die Beklagte auf den Umfang von Reklamationen hingewiesen habe, könnten diese ebenso gut durch die Berichterstattung über Manipulationen im inländischen Netz sowie durch sonstige Pannen im Betrieb der Beklagten verursacht worden sein.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung des automatischen Selbstwähldienstes sei nicht gemäß § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei gleichsam neutral. Es bleibe von der möglichen Sittenwidrigkeit des Audiotextangebotes der Firma A. unberührt. 63

Gegen dieses ihr am 27. Februar 1997 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 5. März 1997 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Fristverlängerung am 5. Mai 1997 begründet. 64

Sie macht geltend, sie habe keine auf die Begründung einer Verpflichtung zur Eröffnung des Selbstwähldienstes gerichtete Willenserklärung abgegeben. Deshalb sei es unerheblich, aus welchen Gründen sie sich weigere, dem Verlangen der Klägerin nachzukommen. Im übrigen sei die Umstellung auf Handvermittlung aber gerechtfertigt, weil sie ihren Kunden glaubwürdig vermitteln müsse, daß das von ihr unterhaltene Telefonnetz manipulationssicher und ihr Abrechnungssystem in jeder Hinsicht zuverlässig sei. Während sich die Dienstanbieter beim Service 0190 dem von ihr aufgestellten Verhaltenskodex unterworfen hätten, was von ihrer Seite auch überwacht werde, würden unter den Nummern der Klägerin pornografische Dienstleistungen angeboten. Insofern sei zu befürchten, daß bei den Kunden der Eindruck entstehe, sie nehme wegen des Geschäftes mit pornografischem Telefonsex eine Minderung der Kundensicherheit in Kauf, und es deshalb zu Entgeltstreitigkeiten komme. Zudem müsse sie damit rechnen, daß Verträge über Telefonsex von den Gerichten als sittenwidrig erachtet würden. 65

Im übrigen hält die Beklagte daran fest, daß die Klägerin aus den ITU-Regeln und aus der TKV keine Ansprüche herleiten könne. 66

Die Beklagte beantragt, 67

das angefochtene Teilurteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen, soweit nicht über sie durch das Teilanerkennnisurteil vom 29.10.1996 rechtskräftig entschieden ist. 68

Die Klägerin beantragt, 69

die Berufung zurückzuweisen, 70

hilfsweise ihr nachzulassen, Sicherheit auch durch die selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen. 71

Sie meint, ihr Anspruch auf Aufrechterhaltung des Selbstwählverfahrens sei aus Art. 3.4 der Vollzugsordnung der ITU sowie aus §§ 5, 23 TKV herzuleiten. Ferner sei eine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Durchführung des automatischen Selbstwähldienstes durch Übersendung des fraud protection agreements seitens der Beklagten und die Rücksendung der von ihr - der Klägerin - unterzeichneten Urkunde zustande gekommen. Jedenfalls sei eine 72

konkludente Einigung mit der Wiedereröffnung des Selbstwählverkehrs am 01.05.1995 erfolgt. Die Beklagte hätte daher nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wieder auf Handvermittlung umschalten dürfen. Ein solcher sei nicht gegeben, da es bei ihren Nummern zu keinen Mißbrauchsfällen mehr gekommen sei. Es sei auch keine Imageschädigung der Beklagten zu befürchten, da die Kunden diese nicht mit den von ihr - der Klägerin - als ausländischem Betreiber vermittelten Diensten identifizierten. Zudem unterschieden sich die nationalen 0190er Dienste nicht von denen ihrer Dienstanbieter. Diese hätten kein Angebot, das der Pornografie zuzuordnen wäre. Entsprechend der in dem fraud protection agreement übernommenen Verpflichtung zur Beachtung der deutschen Gesetze überprüfe sie auch laufend die Dienste ihrer Provider. In den Medien sei über Mißbrauchsfälle auch nur bei den 0190er Diensten berichtet worden. Diesbezüglich habe die Beklagte ab Januar 1997 ihren Verhaltenskodex im Hinblick auf die Werbung aufgelockert. Sie fördere auch das free-phone-Geschäft und lasse völlig unkontrollierten Telefonverkehr zu Audiotextdiensten in Ländern zu, in denen es keine Sicherheitsmaßnahmen gebe. Die Bedenken der Beklagten zur Sicherheit und ihrem guten Ruf seien daher nur vorgeschoben, um sie - die Klägerin - vom Markt auszuschließen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze sowie die überreichten Urkunden Bezug genommen. 73

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 74

Die in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. 75

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich des Antrags zu 1) zu Recht stattgegeben. 76

Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin den automatischen Selbstwähldienst zur Verfügung zu stellen. Hierfür bieten allerdings die ITU-Satzung, die ITR und die hierzu ergangenen Empfehlungen keine unmittelbare Anspruchsgrundlage. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil Bezug genommen. 77

Der Klägerin steht aber ein vertraglicher Anspruch auf Aufrechterhaltung des automatischen Selbstwählverkehrs zu. Soweit das Landgericht eine vertragliche Einigung zwischen den Parteien verneint und angenommen hat, die Beklagte habe durch die tatsächliche Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes eine Rechtsposition zugunsten der Klägerin geschaffen, vermag der Senat ihm nicht zu folgen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß durch die Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes eine konkludente Vereinbarung zwischen den Parteien zustandegekommen ist. 78

Hierbei ist zu berücksichtigen, daß zwischen den Parteien seit Jahren geschäftliche Beziehungen bestanden, in deren Rahmen auch mehrere Vereinbarungen geschlossen und bei denen auf die ITU-Normen Bezug genommen worden war. Entgegen der Auffassung der Beklagten war ihr Verhältnis zur Klägerin nicht rechtlich unverbindlich. Die Parteien hatten vielmehr auf dem Gebiet des Audiotext-Geschäftes zusammengearbeitet, das selbstverständlich nur im automatischen Selbstwähldienst funktionieren kann. Unstreitig war vor dem Aufkommen der Audiotext-Dienste der Telefonverkehr zwischen Deutschland und den n. A. verschwindend gering. Durch die Telefonsex-Angebote, für die in Deutschland in den Medien geworben wurde, stieg das Telefonverkehrsaufkommen zwischen den Parteien auf zuletzt 4,3 Millionen Telefonminuten pro Monat an. Nach der Umschaltung auf Handvermittlung brach der Telefonverkehr dann praktisch zusammen; unstreitig reduzierte er 79

sich auf ca. 500 Minuten pro Tag. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, daß die Kunden die Telefonsex-Angebote anonym wahrnehmen wollen. Zum anderen ist das Telefonieren per Handvermittlung äußerst umständlich, wie sich aus dem Bericht des Testanrufers (Anlage BE 15) ergibt, dessen Richtigkeit die Beklagte nicht substantiiert bestritten hat, und es kostet zudem eine zusätzliche Gebühr von 9,50 DM. Wegen des steigenden Telefonaufkommens hatten die Parteien schon 1991 Einheiten an Seekabeln und an einem Telefonsatelliten erworben, die 1993 und 1995 noch erweitert wurden. Diese Investitionen waren wirtschaftlich nur sinnvoll unter der Voraussetzung, daß es längerfristig bezüglich der Audio-Text-Dienste bei dem automatischen Selbstwählverkehr bleiben würde, zumal die Mietkosten für die genannten Telefonverbindungen beträchtlich sind.

Die im Frühjahr 1995 nach der ersten Umschaltung auf Handvermittlung geführten Verhandlungen zwischen den Parteien hatten von Seiten der Klägerin erklärtermaßen das Ziel, die Beklagte zur Wiederherstellung des automatischen Selbstwähldienstes zu bewegen. Die seitens der Beklagten von der Klägerin verlangte Übernahme von Verpflichtungen hinsichtlich der Senkung der accounting rates und der Sicherungsmaßnahmen bezog sich eindeutig auf die Wiederaufnahme des Selbstwähldienstes. Dies haben auch die Zeugen D. und Busch eingeräumt. Durch die von der Klägerin zu schaffenden Sicherheitsvorkehrungen sollten kriminelle Eingriffe in den Selbstwählverkehr verhindert werden. Gleiches gilt für die Senkung der accounting rates, durch die den Kriminellen der wirtschaftliche Anreiz für die Eingriffe in den Telefonverkehr genommen werden sollte. Ferner versprach sich die Beklagte hierdurch sicherlich auch erheblich höhere Gewinne, die natürlich nur im automatischen Selbstwählverkehr im Audiotext-Geschäft anfallen konnten. Die Größenordnung des Geschäfts, das sich die Parteien vorstellten, ergibt sich aus Ziff. 9 des Memorandums (Anlage K 35), in dem von einem Telefonverkehrsvolumen von 55 bis 65 Millionen Telefonminuten pro Jahr die Rede ist.

80

Die Klägerin mag zwar mit der Erfüllung der von der Beklagten verlangten Vorbedingungen, insbesondere der Unterzeichnung des fraud protection agreements, noch keinen Erfüllungsanspruch gegen diese auf Wiedereröffnung des automatischen Selbstwähldienstes erlangt haben. Vom Empfängerhorizont der Klägerin aus gesehen war die tatsächliche Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes im Mai 1995 aber dahin zu verstehen, daß die Beklagte nunmehr auf die Forderung der Klägerin eingehen wollte, und zwar in rechtlich bindender Weise. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Klägerin im Hinblick auf die von ihr angestrebte Wiedereröffnung des automatischen Selbstwähldienstes mit dem Verzicht auf mögliche Ansprüche im Zusammenhang mit der ersten Abschaltung im Januar 1995, der Senkung der accounting rates und der Unterzeichnung des fraud protection agreements rechtlich und wirtschaftlich weitreichende Verpflichtungen übernommen hatte und die Beklagte selbst unter § 9 Abs. 2 des commitments die Voraussetzungen für eine mögliche erneute Umschaltung auf Handvermittlung formuliert hatte. Unter diesen Umständen brauchte die Klägerin nicht davon auszugehen, daß die Beklagte nur eine tatsächliche, von ihrer Seite her völlig unverbindliche Regelung hätte treffen wollen, bei der es in ihrem freien Belieben gestanden hätte, jederzeit wieder auf Handvermittlung umzustellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß nach den von den Parteien in Bezug genommenen ITU-Vorschriften, insbesondere Art. 3 Ziff. 3.4 ITR und der Empfehlung E 105 der Telefonverkehr auf höchstmöglichem Niveau, nämlich durch vollautomatische Wahlsysteme, erfolgen sollte.

81

Nach alledem ist von einer vertraglichen Verpflichtung der Beklagten auszugehen, den automatischen Selbstwähldienst aufrechtzuerhalten. Sie hätte daher nur dann erneut auf Handvermittlung umschalten dürfen, wenn hierfür ein wichtiger Grund im Sinne von § 9 Abs. 2 des commitments vorgelegen hätte.

82

Dies ist nicht der Fall. Die Klägerin hat ihre Verpflichtungen hinsichtlich der Sicherheitsvorkehrungen erfüllt. Kriminellen Mißbrauch hat es im Zusammenhang mit den Ansagediensten der Klägerin nicht gegeben, wie nach dem	83
Teilanerkennnisurteil vom 29.10.1996 feststeht. Daß es wieder zu kriminellen Manipulationen am Netz der Beklagten, insbesondere im Zusammenhang mit den von ihr selbst vermarkteten 0190er-Nummern gekommen war, berechtigte sie nicht, den automatischen Selbstwähldienst zur Klägerin, bei dem derartiges nicht vorgekommen war, abzuschalten, zumal sie seinerzeit derartige Sicherheitsvorkehrungen bei den über die 0190er-Nummern laufenden Audiotext-Diensten nicht vornahm.	84
Ein allgemeiner Glaubwürdigkeitsverlust der Beklagten bei den Kunden und Gerichten reicht hierfür nicht aus. Wenn die Beklagte zu den aufgetretenen Mißständen in Presseerklärungen Stellung genommen und damit fälschlicherweise auch die Klägerin in Verbindung gebracht hat, kann sie sich auf einen möglichen Glaubwürdigkeitsverlust in der Öffentlichkeit gerade gegenüber der Klägerin nicht berufen. Im übrigen verfügt die Beklagte, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen hat, inzwischen über die sogenannte "C 7"-Technik, mit der ein Telefonat bis zur Quelle zurückverfolgt werden kann. Wenn die Beklagte diese Technik etwa nicht in ausreichendem Maße anwendet, um kriminelle Mißbräuche zu vermeiden oder aufzudecken, kann sie nicht die schwerwiegende Maßnahme der Umstellung auf Handvermittlung ergreifen, die den Telefonverkehr im Audiotext-Geschäft der Klägerin praktisch zum Erliegen bringt. Ferner ergibt sich aus den von der Beklagten vorgelegten Urteilen (etwa Anlage B 25 und 26), daß Telefonleitungen in der Weise mißbraucht worden sind, daß an offen zugänglichen Schaltkästen der Beklagten an Straßen oder in Kellern von Mehrfamilienhäusern Telefonleitungen angezapft worden sind. Auch wenn sodann von diesen illegalen Telefonen aus auf Kosten des "angezapften" Telefonkunden mit den Ansagediensten der Klägerin telefoniert worden sein sollte, würde dies das Abstellen des Selbstwähldienstes nicht rechtfertigen; denn die freie Zugänglichkeit von Teilen ihres Netzes fällt in die Sphäre der Beklagten. Sie muß diese Mängel erst einmal beseitigen, ehe sie Maßnahmen zu Lasten der Klägerin trifft, die die von ihr übernommenen Sicherheitsvorkehrungen ja unstreitig erfüllt.	85
Desweiteren ist zu berücksichtigen, daß sich die Beklagte vor dem erneuten Abschalten des Selbstwähldienstes mit dem Abschluß des unstreitig von der Klägerin initiierten free-phone-Geschäfts (Anlage K 38) im Juli/August 1995 noch weiter an diese vertraglich gebunden hatte. Dieses Geschäft mit sogenannten "Party-Linien" besteht darin, daß Frauen über die 0130-Nummern kostenlos anrufen können, und diese Anrufe sodann mit denen von Männern über die hier streitigen 00599er Nummern gekoppelt werden, wobei dann die Vergütung der Beklagten aus dem Gebührenaufkommen für letztere Nummern aufgebracht wird. Ein Mißbrauch durch den Einsatz von Wahlmaschinen kann in diesem Geschäftszweig, der unstreitig schon bis zur Abschaltung des Selbstwähldienstes einen hohen Marktanteil erreicht hatte, nicht auftreten, da hier die Gesprächsteilnehmer in Echtzeit miteinander Gespräche führen. Eine Umschaltung auf Handvermittlung, bei der der Vertragszweck des free-phone-Geschäfts mangels Wahrung der Anonymität der Anrufer nicht mehr zu erreichen war, war daher vertragswidrig.	86
Nach alledem lagen keine ausreichenden Gründe für die erneute Abschaltung des Selbstwähldienstes vor.	87
Die Verpflichtung zur Gewährleistung des automatischen Selbstwähldienstes ist auch nicht nach § 138 BGB mit Rücksicht auf den Inhalt der abgespielten Tonbänder oder der geführten Gespräche (Telefonsex) sittenwidrig. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf	88

die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht auf eine mögliche Rufschädigung wegen der von den Providern der Klägerin angebotenen Dienste berufen. Sie betreibt unstreitig dasselbe Geschäft über die 0190er Rufnummern. Daß hier ein wesentlicher Unterschied zu den von der Klägerin angebotenen Audiotext-Diensten bestünde, ist nicht ersichtlich. Die Werbung hierfür ist jedenfalls in gleicher Weise aufgemacht. Insofern ist zu berücksichtigen, daß sich die Kunden der Beklagten im Hinblick auf die behauptete Beeinträchtigung des guten Rufes der Beklagten im wesentlichen nur an dieser Werbung orientieren werden; denn die angeblichen Unterschiede zwischen den 0190er-Diensten und denjenigen, die über die Klägerin vertrieben werden, erschließen sich nur den Kunden, die tatsächlich die betreffenden Leistungen in Anspruch nehmen. Bei diesen Kunden, die Telefonsex-Angebote wahrnehmen, braucht die Beklagte aber einen Imageverlust nicht zu befürchten.

Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß die Beklagte nach Auffassung des Senats vor Umstellung des Telefonverkehrs auf Handvermittlung gehalten wäre, die Klägerin hinsichtlich der Einhaltung ihrer in dem fraud protection agreement übernommenen Verpflichtungen abzumahnern, falls sie Mißbrauchsfälle oder Gesetzesverstöße im Hinblick auf "harte" Pornografie feststellt; denn sie muß vor einer solchen einschneidenden Maßnahme der Klägerin Gelegenheit geben, diese Mängel - etwa durch Vorgehen gegenüber ihren Providern - selbst abzustellen. 89

Da der Klageanspruch nach alledem aus einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien hergeleitet werden kann, kann offenbleiben, ob die Klägerin die Wiedereröffnung des Selbstwähldienstes auch aufgrund der Vorschriften der TKV verlangen könnte. 90

Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. 91

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 Satz 1, 108 Abs. 1 ZPO. 92

Streitwert für das Berufungsverfahren und Beschwer der Beklagten: 15 Millionen DM 93