
Datum: 15.09.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 51/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0915.20U51.00.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 11 O 179/99

Tenor:

Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Bonn vom 08.02.2000 teilweise abgeändert. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Mainz vom 30.11.1999 - 12 HK.O 146/99 - wird insoweit aufgehoben, als der Verfügungsbeklagten untersagt wurde, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes die Verfügungsklägerin mit der Begründung abzumahnen, Werbung für bestimmte Service 0190-Rufnummern der Verfügungsklägerin beinhalte bzw. suggeriere Telefonsex und/oder die unter diesen Rufnummern angebotenen Dienste beinhalteten Telefonsex (Ziff. 2 des Beschlusstensors). Insoweit wird der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens tragen die Verfügungsbeklagte zu 85 % und die Verfügungsklägerin zu 15 %.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Verfügungsbeklagten hat nur in geringem Umfang Erfolg.

I.

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig.

Der Zulässigkeit des Antrages steht nicht entgegen, dass die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten die Sperrung des Zugangs ihrer Kunden zu einzelnen 0190-Nummern im Netz der Verfügungsklägerin nur für den Fall untersagen will, dass die Sittenwidrigkeit der

1

2

3

4

5

angebotenen Mehrwertdienste nicht durch Gerichtsurteil oder zwischen den Parteien einvernehmlich festgestellt ist. Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten werden hierdurch nicht in unzulässiger Weise rechtliche Vorfragen des Anspruchs in den Antrag und Beschlusstenor aufgenommen. Es handelt sich vielmehr um (negative) Tatbestandsvoraussetzungen, die in den Antrag gehören, da sie den Unterlassungsanspruch näher beschreiben. Der Antrag wird hierdurch auch nicht zu unbestimmt, da diese Voraussetzungen im Streitfall ohne weiteres festgestellt werden können.

Der Antrag ist auch nicht deshalb ungeeignet, weil die Zugangssperre nur mit einer bestimmten Begründung (die angebotenen Dienste beinhalteten Telefonsex oder könnten als solche eingestuft werden) untersagt werden soll. Denn die Verfügungsbeklagte hat die Zugangssperre lediglich mit dieser Begründung angedroht. Allein der Umstand, dass die einstweilige Verfügung dadurch umgangen werden könnte, dass die Verfügungsbeklagte den Zugang ihrer Kunden zu einzelnen Mehrwertdiensten im Netz der Verfügungsklägerin mit anderer oder ohne jede Begründung sperrt, führt nicht zur Ungeeignetheit des Antrages, da ein solches Verhalten der Verfügungsbeklagten nicht droht und ggfs. durch einen neuen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewehrt werden könnte.

II. 7

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist insoweit begründet, als die Verfügungsklägerin der Verfügungsbeklagten untersagen will, den Zugang ihrer Kunden zu bestimmten 0190-Service-Nummern im Netz der Verfügungsklägerin mit der Begründung zu sperren, dass unter diesen Nummern sittenwidriger Telefonsex angeboten wird. 8

Die Verfügungsklägerin hat aufgrund des Zusammenschaltungsvertrages der Parteien einen Anspruch darauf, dass die Verfügungsbeklagte ihren (End)kunden den Zugang zum Netz der Verfügungsklägerin ermöglicht, und zwar auch zu den im Netz der Verfügungsklägerin angebotenen Mehrwertdiensten. Zu einer solchen Netzzusammenschaltung ist die Verfügungsbeklagte zudem auch nach § 35 TKG verpflichtet. 9

Diese Verpflichtung besteht auch hinsichtlich der in der einstweiligen Verfügung genannten Mehrwertdienste, und zwar auch insoweit, als unter den dort genannten Rufnummern sog. Telefonsex angeboten wird. 10

1. Die Verfügungsbeklagte ist schon deshalb nicht berechtigt, den Zugang ihrer Kunden zu den abgemahnten Mehrwertdiensten wegen deren Inhalts zu sperren, weil die unter diesen Nummern angebotenen Inhalt nicht als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB zu bewerten sind. 11

Der Senat ist ebenso wie das Landgericht der Auffassung, dass der unter den genannten Telefonnummern angebotene Telefonsex nicht generell sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die ausführliche und überzeugende Begründung in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 12

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Rechtsgeschäft sittenwidrig - und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig - wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Der Begriff der guten Sitten wird durch die herrschende, anerkannte Rechts- und Sozialmoral inhaltlich bestimmt. Dabei sind weder besonders strenge noch besonders laxe Anschauungen maßgeblich, vielmehr ist ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen (Palandt-Heinrichs, BGB, 59. Aufl., § 138 Rdnr. 2 m.w.Nachw.). 13

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Telefonsex als sittenwidrig anzusehen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Während der Bundesgerichtshof (BGH NJW 1998, 2895) und die Oberlandesgerichte Düsseldorf (MMR 1999, 556) und Stuttgart (MMR 1999, 482) die Sittenwidrigkeit von Telefonsex bejahen, ist nach Auffassung des Landgerichts Hamburg (NJW-RR 1997, 178) und des Oberlandesgerichts Hamm (NJW 1995, 2797) Telefonsex nicht generell sittenwidrig.

Nach heutigen Wertvorstellungen kann allein der Umstand, dass bei Telefonsex Sexualität zur Ware gemacht und kommerziell ausgenutzt wird, noch nicht die Sittenwidrigkeit begründen. Wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, hat sich gerade die Einstellung weiter Teile der Bevölkerung zu Fragen der Sexualität zunehmend liberalisiert. Auch werden immer mehr Lebensbereiche kommerzialisiert, ohne dass dies allgemein als verwerflich angesehen wird. Dementsprechend werden auch der Vertrieb von Pornoheften und Pornofilmen nicht generell als sittenwidrig angesehen, sofern die Grenze des § 184 StGB nicht überschritten wird. 15

Auch wenn das Anbieten von Telefonsex moralisch gesehen zu missbilligen sein mag, so kann dieses moralische Unwerturteil noch nicht dazu führen, Telefonsex und hierauf gerichtete Verträge auch rechtlich zu missbilligen. Auch der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung vom 09.06.1998 (NJW 1998, 2895, 2896) nicht lediglich auf die kommerzielle Ausnutzung eines bestimmten Sexualverhaltens des jeweiligen Kunden ab, sondern begründet die Sittenwidrigkeit gerade auch damit, dass die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters von Telefonsex als Person herabgewürdigt wird. 16

Die Sittenwidrigkeit von Telefonsex kann daher nur bejaht werden, wenn zugleich schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit, der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Anbietern von Telefonsex oder des Kunden verletzt werden. Dies vermag der Senat weder für Telefonsex im allgemeinen noch für die von der Verfügungsbeklagten beanstandeten Mehrwertdienste festzustellen. 17

Insbesondere werden die Mitarbeiterinnen eines Anbieters von Telefonsex nicht in einer der Prostitution oder der Peep-Show vergleichbaren Weise zum bloßen (Lust)objekt herabgewürdigt und ihre Intimsphäre zur bloßen Ware gemacht. 18

Anders als bei der Prostitution oder auch einer Peep-Show findet beim Telefonsex ein körperlicher oder auch nur visueller Kontakt nicht statt. Vielmehr wird die Sexualität nur verbal vorgespiegelt und bedarf der Umsetzung in der Phantasie des Kunden. Der Kunde erhält - anders als bei Peep-Show und Prostitution - daher auch keinen näheren Einblick in den Intimbereich der Gesprächspartnerin, diese muss ihre Intimsphäre nicht preisgeben. 19

Die Mitarbeiterinnen von Telefonsex-Anbietern sind den sexuellen Wünschen ihrer Kunden auch nicht in einer der Prostitution oder einer Peep-Show vergleichbaren Weise ausgesetzt. Sie können sich einem entwürdigenden oder für sie unangenehmen Gespräch jederzeit entziehen, ohne dass der Kunde dies verhindern kann. 20

Die Sittenwidrigkeit lässt sich auch nicht mit der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen der Mitarbeiterinnen der Telefonsex-Anbieter begründen. Es ist weder glaubhaft gemacht noch ersichtlich, dass die Arbeitsbedingungen so ausgestaltet sind, dass es den Mitarbeiterinnen faktisch nicht oder nur unter Inkaufnahme von Sanktionen möglich ist, sich einem besonders unangenehmen und entwürdigenden Gespräch zu entziehen. 21

Auch Gründe des Jugendschutzes führen nicht zur generellen Sittenwidrigkeit von Telefonsex. Die Verfügungsklägerin hat glaubhaft gemacht, dass die Diensteanbieter Maßnahmen zur Verhinderung des Zugangs von Jugendlichen zu Telefonsex-Mehrwertdiensten ergriffen haben. Sie hat durch Vorlage der beiden eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Talkline InfoDienste GmbH Zilles vom 18.11.1999 (Anl. ASt 4 und 11) sowie von Auszügen aus den Verträgen mit den Diensteanbietern (Anl. ASt 4a) belegt, dass sie die Diensteanbieter auf den Verhaltenskodex für Telefonmehrwertdienste der "Freiwilligen Selbstkontrolle Telefonmehrwertdienste e.V." verpflichtet. Dieser Verhaltenskodex (Anl. ASt 12) sieht entsprechende Zugangskontrollen vor. Auf der anderen Seite sind auch Porno-Hefte und Sex-Videos faktisch für Jugendliche zugänglich, ohne dass der Handel mit ihnen generell als sittenwidrig angesehen wird.

2. Unabhängig davon wäre die Verfügungsbeklagte aber auch dann nicht berechtigt, den Zugang ihrer Kunden zum Netz der Verfügungsklägerin hinsichtlich einzelner Mehrwertdienste einseitig zu unterbinden, wenn diese sittenwidrige Inhalte enthielten. 23

Dabei kann offen bleiben, ob die Verfügungsbeklagte letztlich verpflichtet ist, den Netzzugang auch zu Mehrwertdiensten mit sittenwidrigem Inhalt herzustellen. Denn jedenfalls ist sie nicht berechtigt, einseitig den Zugang ihrer Kunden zu solchen Mehrwertdiensten im Netz der Verfügungsklägerin zu unterbinden, die sie für sittenwidrig ansieht. Ein Recht, den Zugang ihrer Kunden zum Netz der Verfügungsklägerin zu sperren, kann lediglich anerkannt werden, wenn zwischen den Parteien Einvernehmen über die Sittenwidrigkeit besteht oder diese gerichtlich festgestellt ist. Ob eine Dienstleistung sittenwidrig ist oder nicht ist eine Wertungsfrage, über die es zu unterschiedlichen Auffassungen kommen kann. Die Verfügungsbeklagte ist nicht berechtigt, ihre Maßstäbe und ihre Auffassung einseitig durch eine Zugangssperre durchzusetzen und damit auch in das Vertragsverhältnis zwischen der Verfügungsklägerin und ihren Service-Providern einzugreifen. 24

Die Zusammenschaltungsvereinbarung enthält kein Recht der Verfügungsbeklagten, im Hinblick auf bestimmte Inhalte der im Netz der Verfügungsklägerin angebotenen Mehrwertdienste den Zugang ihrer Kunden zum Netz der Verfügungsklägerin hinsichtlich bestimmter 0190-Service-Nummern zu sperren. Sie enthält auch keine Regelungen über den (zulässigen) Inhalt der angebotenen Mehrwertdienste. 25

Eine eventuelle Sittenwidrigkeit der unter bestimmten 0190-Nummern angebotenen Inhalte würde auch nicht zur (Teil)nichtigkeit der Zusammenschaltungsvereinbarung führen. 26

Sieht man den unter den beanstandeten 0190-Nummern angebotenen Telefonsex als sittenwidrig an, würde dies nach § 138 BGB zur Sittenwidrigkeit der hierauf gerichteten Verträge führen, d.h. des Vertrages zwischen der Verfügungsklägerin und dem Diensteanbieter, des Vertrages zwischen dem Diensteanbieter und dem Endkunden und - möglicherweise - der Inkassovereinbarungen zwischen dem Diensteanbieter und der Verfügungsklägerin sowie zwischen der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten. Bloße Hilfgeschäfte sind hiervon aber nicht umfasst. Zu diesen Hilfgeschäften gehört aber die Netzzusammenschaltung und die Netzzugangsvereinbarung. Denn die Netzzusammenschaltung ist nicht auf die Vermittlung sittenwidriger Inhalte gerichtet, sondern inhaltlich neutral (ebenso für den Vertrag zwischen dem Telefonkunden und dem Netzanbieter OLG Hamm, MMR 2000, 371). Sie ermöglicht lediglich die Herstellung einer Telefonverbindung, unabhängig vom Inhalt des jeweiligen Gespräches. Die zwischen den Parteien vereinbarte Netzzusammenschaltung lässt sich nicht in vom jeweiligen Inhalt des Telefonats oder auch des angebotenen Mehrwertdienstes abhängige wirksame und wegen Sittenwidrigkeit unwirksame Teilleistungen aufspalten. Entscheidend ist, dass der Vertrag als 27

ganzer nicht auf die Erbringung sittenwidriger Leistungen gerichtet ist. Dies unterscheidet die Netzzugangsvereinbarung zwischen den Parteien auch von dem der BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Vertrag über die Lieferung von "Telefonsexkarten".

Der Verfügungsbeklagte steht auch aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben kein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich des Zugangs zu vermeintlich sittenwidrigen Mehrwertdiensten im Netz der Verfügungsklägerin zu. 28

Ein Leistungsverweigerungsrecht in Form einer Befugnis, den Netzzugang zu sperren, ist zur Wahrung der berechtigten Interessen der Verfügungsbeklagten nicht erforderlich. Insbesondere ist ein solches Leistungsverweigerungsrecht nicht zum Schutz vor Gebührenaussfällen erforderlich. Die Verfügungsbeklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass es ihr nicht in erster Linie um drohende Gebührenaussfälle geht. Sie hat auch nicht glaubhaft gemacht, dass ihr durch im Netz der Verfügungsklägerin angebotenen Telefonsex erhebliche Gebührenaussfälle drohen, die sie nicht an die Verfügungsklägerin weitergeben kann. 29

Der Vortrag der Verfügungsbeklagten, Gebührenaussfälle würden lediglich pauschal mit 3,5 % vergütet, ist schon nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Aus der vorgelegten Zusammenschaltungsvereinbarung (Anl. AG 3, dort Ziff. 6.1.4.) ergibt sich, dass die nachgewiesenen Forderungsausfälle von der Verfügungsklägerin zu erstatten sind. Der Beschluss der Regulierungsbehörde vom 08.09.1999, durch den die Regulierungsbehörde eine Erhöhung der pauschalen Entschädigung von 3,5 % für Forderungsausfällen für unzulässig erklärt hat (Anl. AG 4), betrifft nicht die Verfügungsklägerin, sondern eine Firma m. GmbH. Zudem ist auch in diesem Beschluss der Verfügungsbeklagten die Möglichkeit offengehalten, beim Nachweis höherer Forderungsausfälle eine Anpassung ihrer Tarif- und Entgeltstruktur vorzunehmen (Bl. 4 f der Beschlussgründe). Schließlich hat die Verfügungsbeklagte auch nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass ihr höhere Forderungsausfälle tatsächlich entstanden sind oder drohen. 30

Die Verfügungsbeklagte kann ein solches Recht auch nicht daraus herleiten, dass sie selbst als größte Netzbetreiberin durch das Angebot von Telefonsex eine Rufschädigung zu befürchten habe. Es ist nicht dargelegt und auch nicht ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte als größter Netzbetreiber in der Öffentlichkeit als Veranstalter sämtlicher Telefon-Mehrwertdienste angesehen wird. Dem steht schon entgegen, dass die Betreiber von Mehrwertdiensten nach § 6 des Teledienstegesetzes (TDG) verpflichtet sind, ihren Kunden gegenüber ihren Namen und Anschrift anzugeben. 31

Ein einseitiges Leistungsverweigerungsrecht der Verfügungsbeklagten scheitert schließlich auch daran, dass die Vertragsfreiheit der Verfügungsbeklagten hinsichtlich der Netzzusammenschaltung eingeschränkt ist, da die Verfügungsbeklagte nach § 35 TKG grundsätzlich zur Netzzusammenschaltung verpflichtet ist. 32

III. 33

Soweit der Verfügungsbeklagten dagegen auch untersagt wurde, die Verfügungsklägerin wegen angeblich sittenwidriger Telefonsex-Dienste abzumahnern, ist die Berufung begründet. Denn ein Anspruch auf Unterlassung (unberechtigter) Abmahnungen besteht nicht. 34

Ein solcher Unterlassungsanspruch lässt sich weder aus der Zusammenschaltungsvereinbarung noch aus § 1 UWG oder § 823 BGB herleiten. 35

36

Der Zusammenschaltungsvereinbarung lässt sich keine klagbare Nebenpflicht auf Unterlassen unberechtigter Abmahnungen entnehmen.

Ein Anspruch aus § 1 UWG oder § 823 BGB besteht nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Verfügungsbeklagte durch eine Abmahnung in Rechte der Verfügungsklägerin eingreift, da es der Verfügungsklägerin frei steht, ob sie die Abmahnung befolgt oder nicht. Auch ist die Verfügungsklägerin dadurch, dass der Verfügungsbeklagten die einseitige Sperrung des Netzzugangs untersagt wird, ausreichend geschützt. 37

Die Verfügungsklägerin hat nicht hinreichend dargelegt, dass die Verfügungsbeklagte die Abmahnung auch Dritten - etwa den jeweiligen Service-Providern - übersendet oder ihr konkrete Nachteile dadurch entstehen, dass die Abmahnungen Dritten bekannt werden. 38

Auch aus grundsätzlichen Erwägungen kann ein Unterlassungsanspruch gegen eine Abmahnung nicht anerkannt werden. Denn ein solcher Unterlassungsanspruch führt zu einer Einschränkung des Anspruchs der Verfügungsbeklagten auf staatlichen Rechtsschutz und rechtliches Gehör. 39

Der Verfügungsbeklagten kann nicht untersagt werden, ihre Rechte (gerichtlich) geltend zu machen. Da die Abmahnung Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung eines eventuellen Unterlassungsanspruch ist, führt ein Verbot der Abmahnung für die Verfügungsbeklagte zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes (Deutsch, in: Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 4. Aufl., Kap. 10, insbesondere Rdnr. 10 ff). 40

Dies gilt um so mehr, als die Verfügungsklägerin ihren Unterlassungsantrag auf die Fälle beschränkt, in denen die Sittenwidrigkeit der in ihrem Netz angebotenen Mehrwertdienste nicht einvernehmlich oder gerichtlich festgestellt ist. Zur Erzielung einer solchen Einigung über die Sittenwidrigkeit bestimmter Mehrwertdienste muss es der Verfügungsbeklagten aber auch möglich sein, der Verfügungsklägerin gegenüber geltend zu machen, dass sie bestimmte Mehrwertdienste für sittenwidrig hält. 41

IV. 42

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 ZPO. Der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, da die Entscheidung mit Verkündung rechtskräftig wird. Denn in einstweiligen Verfügungsverfahren ist die Revision nach § 545 Abs. 2 ZPO nicht statthaft. 43

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 100.000 DM 44