

# TE OGH 2003/5/27 10b244/02t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.05.2003

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer, Dr. Zechner und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Mag. Dominik Leiter, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Petra M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Karl Zach, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 14.873,95 sA infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 2. Mai 2002, GZ 13 R 73/01b-15, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 30. Jänner 2001, GZ 55 Cg 64/00m-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

## **Beschluss**

gefasst:

## **Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die Beklagte schloss am 12. 3. 1997 mit der Klägerin einen Vertrag über die Herstellung eines Fernsprechanschlusses in ihrer Wiener Wohnung. Auf dem Vertragsformular wird in Fettdruck darauf verwiesen, dass die Vertragsabwicklung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der PTA, einschließlich der Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen in ihrer jeweils geltenden Fassung, erfolge. Die AGB einschließlich der Leistungsbeschreibungen und Entgeltbestimmungen seien im Post- und Telegrafenvorordnungsblatt veröffentlicht. Eine Ausfertigung der AGB wurde der Beklagten nicht übergeben.

§ 11 Abs 1 dieser AGB lautet wie folgt: Paragraph 11, Absatz eins, dieser AGB lautet wie folgt:

"Für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte entstanden sind, haftet der Kunde, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten hat."

Das Klagebegehren umfasst die von der Klägerin für die Monate Mai bis Juli 1998 in Rechnung gestellten Entgelte für "Besondere Dienste". Diese Besonderen Dienste, nämlich Gespräche über "Sex-Hotlines", wurden nicht von der Beklagten, sondern von ihrem damaligen Lebensgefährten in Anspruch genommen, der während der

ausbildungsbedingten Abwesenheit der Beklagten mit deren Wissen und Willen in deren Wohnung wohnte.

Die Klägerin begehrte mit ihrer am 25. 5. 2000 beim Erstgericht eingelangten Klage zuletzt, die Beklagte zur Zahlung des Betrags von ATS 205.000 sA schuldig zu erkennen. Die Klägerin sei Gesamtrechtsnachfolgerin der Post- und Telekom Austria AG. Die Beklagte sei vom 12. 8. 1997 bis 31. 7. 1998 auf Grund eines mit der Klägerin (bzw deren Rechtsvorgängerin) geschlossenen Vertrags Teilnehmerin am Fernsprechverkehr der Klägerin gewesen. Die Beklagte habe die fälligen Entgelte trotz ordnungsgemäß zugestellter und von ihr nicht beeinspruchter Rechnungen und mehrmaliger Mahnung nicht beglichen. Es sei unerheblich, wer die jeweils diese Entgelte auslösenden Telefonate vom Anschluss der Beklagten aus geführt habe. Auf Grund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Bestandteil des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien geworden seien, hafte der Kunde auch für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte entstanden sind, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten habe. Der Klägerin sei nichts darüber bekannt, dass die vom Anschluss der Beklagten geführten Gespräche auch nur zu einem geringen Teil "Telefonsex"-Gespräche gewesen seien. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sei, liege Sittenwidrigkeit gemäß § 879 ABGB nicht vor, weil beim "Telefonsex" weder geschlechtlicher Kontakt noch Hingabe gegen Entgelt erfolge. Selbst wenn man anderer Ansicht wäre, könnte dies nicht zu Lasten des Telekom-Anbieters gehen. Der Netzbetreiber müsste sämtliche Telefonate seines Kunden mithören, um deren allenfalls sittenwidrigen Inhalt feststellen zu können. Dies sei rechtlich nicht zulässig und faktisch nicht durchführbar. Außerdem stelle die "Inkassotätigkeit" der Klägerin ein wertneutrales Hilfsgeschäft für jene Geschäfte dar, deren allfällige Sittenwidrigkeit nicht auf den Netzbetreiber durchschlagen könne. Die Klägerin begehrte mit ihrer am 25. 5. 2000 beim Erstgericht eingelangten Klage zuletzt, die Beklagte zur Zahlung des Betrags von ATS 205.000 sA schuldig zu erkennen. Die Klägerin sei Gesamtrechtsnachfolgerin der Post- und Telekom Austria AG. Die Beklagte sei vom 12. 8. 1997 bis 31. 7. 1998 auf Grund eines mit der Klägerin (bzw deren Rechtsvorgängerin) geschlossenen Vertrags Teilnehmerin am Fernsprechverkehr der Klägerin gewesen. Die Beklagte habe die fälligen Entgelte trotz ordnungsgemäß zugestellter und von ihr nicht beeinspruchter Rechnungen und mehrmaliger Mahnung nicht beglichen. Es sei unerheblich, wer die jeweils diese Entgelte auslösenden Telefonate vom Anschluss der Beklagten aus geführt habe. Auf Grund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Bestandteil des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien geworden seien, hafte der Kunde auch für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte entstanden sind, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten habe. Der Klägerin sei nichts darüber bekannt, dass die vom Anschluss der Beklagten geführten Gespräche auch nur zu einem geringen Teil "Telefonsex"-Gespräche gewesen seien. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sei, liege Sittenwidrigkeit gemäß Paragraph 879, ABGB nicht vor, weil beim "Telefonsex" weder geschlechtlicher Kontakt noch Hingabe gegen Entgelt erfolge. Selbst wenn man anderer Ansicht wäre, könnte dies nicht zu Lasten des Telekom-Anbieters gehen. Der Netzbetreiber müsste sämtliche Telefonate seines Kunden mithören, um deren allenfalls sittenwidrigen Inhalt feststellen zu können. Dies sei rechtlich nicht zulässig und faktisch nicht durchführbar. Außerdem stelle die "Inkassotätigkeit" der Klägerin ein wertneutrales Hilfsgeschäft für jene Geschäfte dar, deren allfällige Sittenwidrigkeit nicht auf den Netzbetreiber durchschlagen könne.

Die Beklagte wendete ein, sie habe im strittigen Abrechnungszeitraum eine Krankenpflegeschule besucht und im Schwesternheim gewohnt. In ihrer Wohnung habe ihr Freund gelebt, der in ihrer Abwesenheit eine Vielzahl von Gesprächen über die "Telefon-Sex-Hotline" geführt habe. Vor dem 13. Mai 1998, dem Beginn des der Klagsforderung zugrunde liegenden Abrechnungszeitraums, seien immer Telefongebühren in unauffälliger Höhe verrechnet worden. Es werde Sittenwidrigkeit der Forderung eingewendet, weil die Inanspruchnahme von "Sex-Hotlines" der Entlohnung für Prostitution gleichzuhalten sei. Obwohl der Klägerin der sittenwidrige Inhalt der Telefonate bekannt sei, stelle sie ihre Organisation in Gewinnabsicht derartigen Anbietern zur Verfügung. Der Sittenwidrigkeitseinwand werde auch auf das Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern gestützt. Die Beklagte habe keine Möglichkeit gehabt, den Umfang der Telefonate zu kontrollieren. Im Unterschied dazu wäre es für die Klägerin kein Problem gewesen, den Anschluss nach Erreichen einer atypischen Anzahl von Tarifeinheiten vorläufig zu sperren. Die Klägerin habe die sie treffenden vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten vernachlässigt, weil sie ein von ihr selbst durchaus beherrschbares Risiko auf den Kunden überwälzt habe.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte zur Zahlung des Betrags von ATS 204.670 sA schuldig und wies das Mehrbegehren von ATS 330 sA (unbekämpft) ab. Es führte aus, der Oberste Gerichtshof habe bislang Verträge, mit denen die Erzielung von Profit durch kommerzielle Ausbeutung der Sexualität beziekt werde, als sittenwidrig und

nichtig angesehen, weil im Zusammenhang mit Prostitution häufig der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen ausgenützt werde und außerdem Gefahren für familienrechtliche Institutionen begründet würden. Diese Bedenken bestünden für die Inanspruchnahme von "Telefon-Sex-Hotlines" nicht, weil es dabei weder zu Ehebruch komme noch im Allgemeinen der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit oder die Trunkenheit von Personen ausgenützt werde. Nicht jede vertragliche Inanspruchnahme von "anrüchigen" Leistungen widerspreche den guten Sitten. Im Übrigen könne der Einwand der Sittenwidrigkeit den zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag schon deshalb nicht treffen, weil die Klägerin diese Dienste nicht anbiete, sondern nur das technische Netz zur Inanspruchnahme dieser Leistungen bereitstelle. Die Klägerin habe auch keine sie treffenden vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, weil das "unverhältnismäßige Ansteigen von Telefoneinheiten und -gebühren" von der Rechtsprechung bislang nicht als derartige Pflichten begründend beurteilt worden sei. Schließlich sei auch die Bestimmung über die Haftung des Kunden für die Verwendung des Telefonanschlusses durch Dritte in den AGB der Klägerin keineswegs eine ungewöhnliche Bestimmung, mit der die Beklagte nicht habe rechnen müssen, zumal jedem Teilnehmer am Fernsprechverkehr klar sei, dass die Klägerin "Gebühren" nicht dem Benutzer, sondern dem Anschlussberechtigten verrechne. Die Bestimmung der AGB halte auch einer Überprüfung nach § 879 Abs 3 ABGB stand, weil es der Sphäre der Beklagten und nicht jener der Klägerin zuzurechnen sei, wenn die Beklagte Dritten den Zugang zu ihrer Wohnung und somit zu ihrem Telefon verschaffe, ohne allfällige Mißbräuche kontrollieren oder erkennen zu können. Das Erstgericht erkannte die Beklagte zur Zahlung des Betrags von ATS 204.670 sA schuldig und wies das Mehrbegehren von ATS 330 sA (unbekämpft) ab. Es führte aus, der Oberste Gerichtshof habe bislang Verträge, mit denen die Erzielung von Profit durch kommerzielle Ausbeutung der Sexualität bezweckt werde, als sittenwidrig und nichtig angesehen, weil im Zusammenhang mit Prostitution häufig der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit und die Trunkenheit von Personen ausgenützt werde und außerdem Gefahren für familienrechtliche Institutionen begründet würden. Diese Bedenken bestünden für die Inanspruchnahme von "Telefon-Sex-Hotlines" nicht, weil es dabei weder zu Ehebruch komme noch im Allgemeinen der Leichtsinn, die Unerfahrenheit, die Triebhaftigkeit oder die Trunkenheit von Personen ausgenützt werde. Nicht jede vertragliche Inanspruchnahme von "anrüchigen" Leistungen widerspreche den guten Sitten. Im Übrigen könne der Einwand der Sittenwidrigkeit den zwischen den Streitteilen geschlossenen Vertrag schon deshalb nicht treffen, weil die Klägerin diese Dienste nicht anbiete, sondern nur das technische Netz zur Inanspruchnahme dieser Leistungen bereitstelle. Die Klägerin habe auch keine sie treffenden vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, weil das "unverhältnismäßige Ansteigen von Telefoneinheiten und -gebühren" von der Rechtsprechung bislang nicht als derartige Pflichten begründend beurteilt worden sei. Schließlich sei auch die Bestimmung über die Haftung des Kunden für die Verwendung des Telefonanschlusses durch Dritte in den AGB der Klägerin keineswegs eine ungewöhnliche Bestimmung, mit der die Beklagte nicht habe rechnen müssen, zumal jedem Teilnehmer am Fernsprechverkehr klar sei, dass die Klägerin "Gebühren" nicht dem Benutzer, sondern dem Anschlussberechtigten verrechne. Die Bestimmung der AGB halte auch einer Überprüfung nach Paragraph 879, Absatz 3, ABGB stand, weil es der Sphäre der Beklagten und nicht jener der Klägerin zuzurechnen sei, wenn die Beklagte Dritten den Zugang zu ihrer Wohnung und somit zu ihrem Telefon verschaffe, ohne allfällige Mißbräuche kontrollieren oder erkennen zu können.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht gab den Stand von Lehre und Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit Prostitution sowie den Stand der Meinungen über den "Telefonsex" in der Bundesrepublik Deutschland wieder und kam zu dem Schluss, dass unter Beachtung der von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze Verträge, die "Telefonsex" zum Gegenstand haben, nicht sittenwidrig seien. Das Bestreben, aus der Triebhaftigkeit des Menschen Gewinn zu schlagen, finde in der heutigen Zeit selbst in der unverhohlen mit sexuellen Bezügen arbeitenden Werbung seinen sichtbaren und allgemein akzeptierten Niederschlag, sodass bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit von Verträgen über "Telefonsex" mit den Argumenten der Kommerzialisierung des Sexualverhaltens und des "Zur-Ware-Machens" des Intimbereichs allein nichts gewonnen sei. Folgerichtig habe der Oberste Gerichtshof die Begründung der Sittenwidrigkeit von Verträgen über Prostitution auf eine Abwägung der dem positiven Recht zugrunde liegenden natürlichen Rechtsgrundsätze gestützt. Eine derartige "bewegliche" Wertung ergebe, dass die vom Obersten Gerichtshof herangezogenen, für die Sittenwidrigkeit der Prostitution sprechenden Gesichtspunkte auf den "Telefonsex" nicht in gleicher Weise zuträfen. Zusätzlich sei darauf zu verweisen, dass der finanzielle Rahmen des einzelnen Gesprächs im Vergleich mit der Prostitution bescheiden sei und vom Kunden schon im Vorhinein überblickt werden könne, sowie dass die im Rahmen der Prostitution allenfalls bestrittenen zusätzlichen Ausgaben, etwa für

Alkohol, nicht anfielen. Nehme man nicht nur auf den Kunden Bedacht, so sei für das "gegenüber der Prostitution bestehende Unwerturteil wohl vorrangig die gewerbsähnliche geschlechtliche Hingabe der Prostituierten gegen Entgelt ausschlaggebend". Damit würden "in entwürdiger Weise Intimbereiche zur Ware gemacht, während andererseits nach der positiv-rechtlichen Wertung die Willensfreiheit der Selbstbestimmung der Frau bezüglich ihrer Geschlechtssphäre besonderen strafrechtlichen und zivilrechtlichen (§ 1328 ABGB) persönlichkeitsrechtlichen" Schutz genieße. Überdies führe die Prostitution zum Verlust der gesetzlich ebenfalls geschützten Geschlechtsehre. Außerdem gehe die "klassische" Prostitution "gemeinhin mit der Ausbeutung der Triebhaftigkeit, Abenteuersucht, jugendlichen Unerfahrenheit und Trunkenheit der Freier Hand in Hand, die zu Anhangskriminalität führen" könne und allgemein die Gefahr der Ausnützung schutzwürdiger Personen in sich berge. Diese Wertung treffe auf "Telefonsex" mit diesem Gewicht nicht zu, weil die Prostitution ihren Nährboden in einem bestimmten (städtischen) Milieu finde, auf das "Telefonsex" verzichten könne. Auch könne dafür nicht als typisch gelten, dass sich der abenteuersüchtige Unerfahrene in seiner unter Alkoholeinfluss gehobenen Stimmung bis zur Grenze der Ausbeutung "animieren" lasse. Dem BGH könne in seiner Bewertung, dass die Anbieterin von "Telefonsex" zum Objekt gemacht und gerade auch deshalb herabgewürdigt werde, weil es an einer unmittelbaren menschlichen Begegnung fehle, nicht gefolgt werden, führe eine solche Beurteilung doch zu dem abwegigen Ergebnis, dass die Prostitution unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit höher geschätzt würde als "Telefonsex". Es sei im Gegenteil davon auszugehen, dass die mit der Prostitution verbundene Entwürdigung beim "Telefonsex", bei dem die Anonymität beider Partner gewahrt bleibe, nicht eintrete. Dazu komme, dass die Gesprächspartnerin des Kunden sexuelle Handlungen nicht notwendigerweise tatsächlich durchführe, sondern diese lediglich "vorspielen" könne. Deshalb sei "Telefonsex" nicht anders zu bewerten als der Besuch von Filmen oder der Kauf von Werken mit pornographischen Inhalten. Der Klägerin falle auch keine Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten zur Last. Der Klägerin könne nicht zugesonnen werden, Kundenprofile anzulegen und Überprüfungen dahin vorzunehmen, welche Rufnummern Kunden anzuwählen pflegen und welchen Inhalt die geführten Gespräche haben. Auch scheine die Überwälzung der Gefahr des Missbrauchs eines in der häuslichen Verfügungsgewalt des Kunden befindlichen Telefonanschlusses auf diesen unbedenklich, betreffe die Nutzung des Telefonanschlusses doch allein die Sphäre des Kunden. Das Gericht zweiter Instanz bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht gab den Stand von Lehre und Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit Prostitution sowie den Stand der Meinungen über den "Telefonsex" in der Bundesrepublik Deutschland wieder und kam zu dem Schluss, dass unter Beachtung der von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze Verträge, die "Telefonsex" zum Gegenstand haben, nicht sittenwidrig seien. Das Bestreben, aus der Triebhaftigkeit des Menschen Gewinn zu schlagen, finde in der heutigen Zeit selbst in der unverhohlen mit sexuellen Bezügen arbeitenden Werbung seinen sichtbaren und allgemein akzeptierten Niederschlag, sodass bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit von Verträgen über "Telefonsex" mit den Argumenten der Kommerzialisierung des Sexualverhaltens und des "Zur-Ware-Machens" des Intimbereichs allein nichts gewonnen sei. Folgerichtig habe der Oberste Gerichtshof die Begründung der Sittenwidrigkeit von Verträgen über Prostitution auf eine Abwägung der dem positiven Recht zugrunde liegenden natürlichen Rechtsgrundsätze gestützt. Eine derartige "bewegliche" Wertung ergebe, dass die vom Obersten Gerichtshof herangezogenen, für die Sittenwidrigkeit der Prostitution sprechenden Gesichtspunkte auf den "Telefonsex" nicht in gleicher Weise zutreffen. Zusätzlich sei darauf zu verweisen, dass der finanzielle Rahmen des einzelnen Gesprächs im Vergleich mit der Prostitution bescheiden sei und vom Kunden schon im Vorhinein überblickt werden könne, sowie dass die im Rahmen der Prostitution allenfalls bestrittenen zusätzlichen Ausgaben, etwa für Alkohol, nicht anfielen. Nehme man nicht nur auf den Kunden Bedacht, so sei für das "gegenüber der Prostitution bestehende Unwerturteil wohl vorrangig die gewerbsähnliche geschlechtliche Hingabe der Prostituierten gegen Entgelt ausschlaggebend". Damit würden "in entwürdiger Weise Intimbereiche zur Ware gemacht, während andererseits nach der positiv-rechtlichen Wertung die Willensfreiheit der Selbstbestimmung der Frau bezüglich ihrer Geschlechtssphäre besonderen strafrechtlichen und zivilrechtlichen (Paragraph 1328, ABGB) persönlichkeitsrechtlichen" Schutz genieße. Überdies führe die Prostitution zum Verlust der gesetzlich ebenfalls geschützten Geschlechtsehre. Außerdem gehe die "klassische" Prostitution "gemeinhin mit der Ausbeutung der Triebhaftigkeit, Abenteuersucht, jugendlichen Unerfahrenheit und Trunkenheit der Freier Hand in Hand, die zu Anhangskriminalität führen" könne und allgemein die Gefahr der Ausnützung schutzwürdiger Personen in sich berge. Diese Wertung treffe auf "Telefonsex" mit diesem Gewicht nicht zu, weil die Prostitution ihren Nährboden in einem bestimmten (städtischen) Milieu finde, auf das "Telefonsex" verzichten könne. Auch könne dafür nicht als typisch gelten, dass sich der abenteuersüchtige Unerfahrene in seiner unter Alkoholeinfluss gehobenen

Stimmung bis zur Grenze der Ausbeutung "animieren" lasse. Dem BGH könne in seiner Bewertung, dass die Anbieterin von "Telefonsex" zum Objekt gemacht und gerade auch deshalb herabgewürdigt werde, weil es an einer unmittelbaren menschlichen Begegnung fehle, nicht gefolgt werden, führe eine solche Beurteilung doch zu dem abwegigen Ergebnis, dass die Prostitution unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit höher geschätzt würde als "Telefonsex". Es sei im Gegenteil davon auszugehen, dass die mit der Prostitution verbundene Entwürdigung beim "Telefonsex", bei dem die Anonymität beider Partner gewahrt bleibe, nicht eintrete. Dazu komme, dass die Gesprächspartnerin des Kunden sexuelle Handlungen nicht notwendigerweise tatsächlich durchführe, sondern diese lediglich "vorspielen" könne. Deshalb sei "Telefonsex" nicht anders zu bewerten als der Besuch von Filmen oder der Kauf von Werken mit pornographischen Inhalten. Der Klägerin falle auch keine Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten zur Last. Der Klägerin könne nicht zugesonnen werden, Kundenprofile anzulegen und Überprüfungen dahin vorzunehmen, welche Rufnummern Kunden anzuwählen pflegen und welchen Inhalt die geführten Gespräche haben. Auch scheine die Überwälzung der Gefahr des Missbrauchs eines in der häuslichen Verfügungsgewalt des Kunden befindlichen Telefonanschlusses auf diesen unbedenklich, betreffe die Nutzung des Telefonanschlusses doch allein die Sphäre des Kunden.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der dagegen erhobenen Revision der Beklagten kommt Berechtigung zu.

Wie schon die Vorinstanzen bemerkten, hat sich der Oberste Gerichtshof bisher mit der Frage der Sittenwidrigkeit den "Telefonsex" betreffenden Verträge nicht befasst. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, dass die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs SZ 62/123, mit der der mit einer Prostituierten geschlossene Vertrag über die geschlechtliche Hingabe gegen Entgelt ebenso als sittenwidrig angesehen wurde wie der Vertrag über die Teilnahme am Profit kommerzieller Ausbeutung der Sexualität (dort: über die Benützung einer Sauna), nicht ohne weiteres für die Klärung der hier zu beurteilenden Frage nutzbar gemacht werden kann, ist doch die Intensität der einzelnen in die Abwägung einzubehziehenden Elemente der Sittenwidrigkeit bei Verträgen über "Telefonsex" jedenfalls geringer als bei der Prostitution und den damit zusammenhängenden Geschäften.

In der Bundesrepublik Deutschland wird die Sittenwidrigkeit von "Telefonsex"-Verträgen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Das Unwerturteil wird im Wesentlichen damit begründet, dass beim "Telefonsex" die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt herabgewürdigt und zugleich der Intimbereich zur Ware gemacht werde (vgl OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 246 f; OLG Hamm, NJW 1989, 2551; Mayer/Maly in MünchKomm3 § 138 Rdnr 52; Medicus, BGB AT7 Rdnr 701; Staudinger/Sack, BGB 1996 § 138 Rdnr 454). Die Gegenansicht weist darauf hin, dass - anders als bei Prostitution oder bei einer Peep-Show - beim "Telefonsex" die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch "ausreichend Fluchträume" verblieben. Die Anbieterin werde infolge des Fehlens eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware (vgl OLG Hamm, NJW 1995, 2797; OLG Stuttgart, NJW 1989, 2899; Behm, Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über "Telefonsex", NJW 1990, 1822). In der Bundesrepublik Deutschland wird die Sittenwidrigkeit von "Telefonsex"-Verträgen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Das Unwerturteil wird im Wesentlichen damit begründet, dass beim "Telefonsex" die jeweilige Mitarbeiterin des Anbieters als Person zum Objekt herabgewürdigt und zugleich der Intimbereich zur Ware gemacht werde vergleiche OLG Düsseldorf, NJW-RR 1991, 246 f; OLG Hamm, NJW 1989, 2551; Mayer/Maly in MünchKomm3 Paragraph 138, Rdnr 52; Medicus, BGB AT7 Rdnr 701; Staudinger/Sack, BGB 1996 Paragraph 138, Rdnr 454). Die Gegenansicht weist darauf hin, dass - anders als bei Prostitution oder bei einer Peep-Show - beim "Telefonsex" die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch "ausreichend Fluchträume" verblieben. Die Anbieterin werde infolge des Fehlens eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware vergleiche OLG Hamm, NJW 1995, 2797; OLG Stuttgart, NJW 1989, 2899; Behm, Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über "Telefonsex", NJW 1990, 1822).

In seiner Entscheidung vom 9. 6. 1998, NJW 1998, 2895, beurteilte der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs einen Vertrag, der darauf gerichtet war, durch die Vermarktung und den Vertrieb von Telefonkarten "Telefonsex" kommerziell zu fördern, als sittenwidrig. Das ergebe sich daraus, dass die Parteien mit dieser Vereinbarung ein bestimmtes Sexualverhalten ihrer potentiellen Kunden in verwerflicher Weise kommerziell ausnützen wollten. Dass es zwischen dem Anrufer und dem "Service-Mädchen" zu keinem unmittelbaren körperlichen Kontakt komme, sei ohne Bedeutung. Bei dem Gespräch werde von der Anbieterin auch vorgegeben, sexuelle Handlungen an sich oder dem Anrufer vorzunehmen, um ihn so zur sexuellen Erregung oder Befriedigung zu bringen. Dadurch werde die Anbieterin

zum Objekt gerade auch deshalb herabgewürdigt, weil es an einer unmittelbaren menschlichen Begegnung fehle und sie auf ihre Stimme und den Inhalt ihrer Äußerungen, die üblicherweise nur in Momenten intimen Zusammenseins abgegeben werden, reduziert werde. Bei den von den Parteien beabsichtigten Telefongesprächen solle der Kunde in unmittelbaren akustischen Kontakt zu seiner Gesprächspartnerin treten, die für den Kunden nur eine "Gesprächsnummer" darstelle. Dadurch werde diese zur Ware, sodass ihre Anonymität gerade kein Argument gegen die Sittenwidrigkeit des Geschäfts darstelle. Der Vertrag könne auch nicht mit einem Bierlieferungsvertrag an ein Bordell gleichgesetzt werden, weil es sich bei jenem nur um ein bloßes Hilfsgeschäft handle, das selbst wertneutral sei, während die strittige Vereinbarung unmittelbar von dem beschriebenen Unwerturteil erfasst werde. In seiner Entscheidung vom 9. 6. 1998, NJW 1998, 2895, beurteilte der römisch XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs einen Vertrag, der darauf gerichtet war, durch die Vermarktung und den Vertrieb von Telefonkarten "Telefonsex" kommerziell zu fördern, als sittenwidrig. Das ergebe sich daraus, dass die Parteien mit dieser Vereinbarung ein bestimmtes Sexualverhalten ihrer potentiellen Kunden in verwerflicher Weise kommerziell ausnützen wollten. Dass es zwischen dem Anrufer und dem "Service-Mädchen" zu keinem unmittelbaren körperlichen Kontakt komme, sei ohne Bedeutung. Bei dem Gespräch werde von der Anbieterin auch vorgegeben, sexuelle Handlungen an sich oder dem Anrufer vorzunehmen, um ihn so zur sexuellen Erregung oder Befriedigung zu bringen. Dadurch werde die Anbieterin zum Objekt gerade auch deshalb herabgewürdigt, weil es an einer unmittelbaren menschlichen Begegnung fehle und sie auf ihre Stimme und den Inhalt ihrer Äußerungen, die üblicherweise nur in Momenten intimen Zusammenseins abgegeben werden, reduziert werde. Bei den von den Parteien beabsichtigten Telefongesprächen solle der Kunde in unmittelbaren akustischen Kontakt zu seiner Gesprächspartnerin treten, die für den Kunden nur eine "Gesprächsnummer" darstelle. Dadurch werde diese zur Ware, sodass ihre Anonymität gerade kein Argument gegen die Sittenwidrigkeit des Geschäfts darstelle. Der Vertrag könne auch nicht mit einem Bierlieferungsvertrag an ein Bordell gleichgesetzt werden, weil es sich bei jenem nur um ein bloßes Hilfsgeschäft handle, das selbst wertneutral sei, während die strittige Vereinbarung unmittelbar von dem beschriebenen Unwerturteil erfasst werde.

Trotz dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs blieb die Rechtsprechung zur Frage der Sittenwidrigkeit kommerzieller "Telefonsex"-Gespräche unter Mehrwertdiensten in der Bundesrepublik Deutschland weiterhin kontroversiell. Während die Oberlandesgerichte Stuttgart (MMR 1999, 482) und Düsseldorf (MMR 1999, 556) die Sittenwidrigkeit angesichts der zitierten Entscheidung des BGH bejahten, wurde sie von den Oberlandesgerichten Koblenz (MMR 1999, 725) und Hamm (MMR 2000, 371) verneint. Das Oberlandesgericht Hamm berief sich allerdings in der letztgenannten Entscheidung darauf, das Urteil des BGH sei nicht einschlägig, weil unter der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Mehrwertdienstnummer keine persönlichen Gespräche zustandekämen, sondern nur die Übermittlung von Botschaften an virtuelle Mailboxen. Der mit dem Kunden geschlossene Vertrag werde nicht dadurch sittenwidrig, dass dieser eine von der Klägerin bereitgestellte Telefonverbindung zum "Telefonsex" benutze. Es liege ein wertneutrales Hilfsgeschäft vor, und es sei nicht Ziel der Klägerin, "Telefonsex" kommerziell zu fördern. Das AG Bottrop sah sich in seiner Entscheidung MMR 2000, 296 nicht in der Lage, die Auffassung des BGH, nach der Live-"Telefonsex"-Gespräche sittenwidrig seien, zu teilen, weil es lediglich zum akustischen Kontakt komme, der nicht mit Fällen der Prostitution zu vergleichen sei.

Vom zitierten Erkenntnis des XI. Zivilsenats "grenzte" sich der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 22. 11. 2001, NJW 2002, 361 "ab". Die Frage der Sittenwidrigkeit von "Telefonsex"-Verträgen sei auch nach dem Erkenntnis vom 9. 6. 1998 "streitig" geblieben. Soweit es darum gehe, ob Verträge wegen Verstoßes gegen die Standards der (noch) herrschenden Sexualmoral sittenwidrig und deshalb nichtig seien, habe in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten eine erhebliche Liberalisierung der Vorstellungen stattgefunden. Der Wandel der Moralvorstellungen sei gerade in jüngster Zeit im parlamentarischen Raum durch den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten deutlich geworden und auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verzeichnet worden. Es erscheine daher schon jetzt zweifelhaft, ob der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats weiterhin zu folgen sei. Jedenfalls dann, wenn dieser Entwurf Gesetzeskraft erlangen sollte, stelle sich die Frage der rechtlichen Bewertung von "Telefonsex"-Verträgen völlig neu. Die Frage, ob "Telefonsex"-Verträge nach wie vor als sittenwidrig im Sinn des § 138 Abs 1 BGB anzusehen seien, könne indes dahinstehen, weil die Beklagte die von der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge jedenfalls zu zahlen habe. Grundlage der Rechnungsstellung seien nicht besondere Entgeltabreden mit den Erbringern von (sittenwidrigen) "Telefonsex"-Diensten, sondern in erster Linie der zwischen den Parteien geschlossene (wertneutrale) Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen in Verbindung mit der jeweils geltenden Preisliste. Dies ergebe sich aus der besonderen

Natur des Telefondienstvertrags und den dieses Vertragsverhältnis ausformenden Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes und des Teledienstgesetzes. Bei der Frage, ob und wie sich die Sittenwidrigkeit eines telefonisch geschlossenen Vertrags auf den Vergütungsanspruch des Netzbetreibers auswirke, sei zu beachten, dass dieser an dem zu beanstandenden Rechtsgeschäft nicht, und zwar auch nicht als Bote, beteiligt sei. Er habe keinen Einfluss darauf, welche Teilnehmer zu welchen Zwecken in telefonischen Kontakt treten. Der Inhalt der geführten Gespräche sei für ihn nicht kontrollierbar und gehe ihn grundsätzlich nichts an. Daher stelle der zwischen einem Netzbetreiber und seinem Kunden geschlossene Telefondienstvertrag ein wertneutrales Hilfsgeschäft dar, mit der Folge, dass sowohl die Wirksamkeit des Vertrags überhaupt als auch der Entgeltanspruch für die Telekommunikationsdienstleistung davon unberührt bleibe, ob ein Fernsprechteilnehmer die durch das Anwählen einer bestimmten Anschlussnummer hergestellte Fernsprechverbindung dazu benutze, ein Telefongespräch mit sittenwidrigem Inhalt zu führen. Die Wertneutralität des Telefondienstvertrags und der Dienstleistungen des Netzbetreibers sei auch dann von ausschlaggebender Bedeutung, wenn - wie hier und heutzutage wohl regelmäßig - "Telefonsex"-Dienste unter einer Sondernummer angeboten würden. Gemäß § 5 Abs 1 und 3 des Telefondienstgesetzes (TDG) treffe die Verantwortlichkeit für den Inhalt der angebotenen Dienste den Diensteanbieter, nicht aber daneben den Netzbetreiber. Auch die Tatsache, dass in den Entgelten nicht nur die - wertneutralen - Verbindungspreise, sondern auch die Vergütung des Diensteanbieters enthalten seien, lasse es nicht zu, dem Netzbetreiber den sittenwidrigen Charakter der angebotenen Mehrwertdienste entgegenzuhalten. An der Erbringung der Dienste seien oftmals eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt. Würde man den von der Beklagten erhobenen Sittenwidrigkeitseinwand durchgreifen lassen, müsste letztlich auf jeder "Abrechnungsstufe" getrennt geprüft werden, wie hoch der Vergütungsanteil für die jeweilige Telekommunikationsdienstleistung sei und ob er gegebenenfalls von dem "Sittenwidrigkeitsverdikt" erfasst werde. Eine derartige Verfahrensweise würde die Funktionsfähigkeit des Massengeschäfts Mehrwertdienste insgesamt in Frage stellen. Im Interesse der Erhaltung der "Marktgängigkeit" kostenpflichtiger (und zum größten Teil rechtlich unbedenklicher) Sprachkommunikationsdienstleistungen seien diese in einer Rechnung zusammenzufassen, ohne dass es erforderlich wäre, die auf die verschiedenen Dienstleistungen entfallenden Entgeltanteile gesondert auszuweisen. Es genüge die Angabe des Gesamtentgelts. Dadurch, dass es dem Vertragspartner des Netzbetreibers verwehrt sei, sich auf die Sittenwidrigkeit der in Rechnung gestellten "Telefonsex"-Dienste zu berufen, würden schützenswerte Belange derjenigen, die derartige Dienste in Anspruch nehmen, nicht verletzt. Ob und mit welcher - die Sittenwidrigkeitsschwelle überschreitender - Intensität sexualbezogene Gespräche geführt werden, unterliege allein der freien, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbaren und nicht kontrollierbaren individuellen Entscheidung des Anrufers, der zudem zuverlässiger als jeder andere die Beschaffenheit der nachgefragten Dienstleistung beurteilen könne. Vom zitierten Erkenntnis des römisch XI. Zivilsenats "grenzte" sich der römisch III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 22. 11. 2001, NJW 2002, 361 "ab". Die Frage der Sittenwidrigkeit von "Telefonsex"-Verträgen sei auch nach dem Erkenntnis vom 9. 6. 1998 "streitig" geblieben. Soweit es darum gehe, ob Verträge wegen Verstoßes gegen die Standards der (noch) herrschenden Sexualmoral sittenwidrig und deshalb nichtig seien, habe in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten eine erhebliche Liberalisierung der Vorstellungen stattgefunden. Der Wandel der Moralvorstellungen sei gerade in jüngster Zeit im parlamentarischen Raum durch den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten deutlich geworden und auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung verzeichnet worden. Es erscheine daher schon jetzt zweifelhaft, ob der Rechtsprechung des römisch XI. Zivilsenats weiterhin zu folgen sei. Jedenfalls dann, wenn dieser Entwurf Gesetzeskraft erlangen sollte, stelle sich die Frage der rechtlichen Bewertung von "Telefonsex"-Verträgen völlig neu. Die Frage, ob "Telefonsex"-Verträge nach wie vor als sittenwidrig im Sinn des Paragraph 138, Absatz eins, BGB anzusehen seien, könne indes dahinstehen, weil die Beklagte die von der Klägerin in Rechnung gestellten Beträge jedenfalls zu zahlen habe. Grundlage der Rechnungsstellung seien nicht besondere Entgeltabreden mit den Erbringern von (sittenwidrigen) "Telefonsex"-Diensten, sondern in erster Linie der zwischen den Parteien geschlossene (wertneutrale) Vertrag über Mobilfunkdienstleistungen in Verbindung mit der jeweils geltenden Preisliste. Dies ergebe sich aus der besonderen Natur des Telefondienstvertrags und den dieses Vertragsverhältnis ausformenden Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes und des Teledienstgesetzes. Bei der Frage, ob und wie sich die Sittenwidrigkeit eines telefonisch geschlossenen Vertrags auf den Vergütungsanspruch des Netzbetreibers auswirke, sei zu beachten, dass dieser an dem zu beanstandenden Rechtsgeschäft nicht, und zwar auch nicht als Bote, beteiligt sei. Er habe keinen Einfluss darauf, welche Teilnehmer zu welchen Zwecken in telefonischen Kontakt treten. Der Inhalt der geführten

Gespräche sei für ihn nicht kontrollierbar und gehe ihn grundsätzlich nichts an. Daher stelle der zwischen einem Netzbetreiber und seinem Kunden geschlossene Telefondienstvertrag ein wertneutrales Hilfsgeschäft dar, mit der Folge, dass sowohl die Wirksamkeit des Vertrags überhaupt als auch der Entgeltanspruch für die Telekommunikationsdienstleistung davon unberührt bleibe, ob ein Fernsprechteilnehmer die durch das Anwählen einer bestimmten Anschlussnummer hergestellte Fernsprechverbindung dazu benutze, ein Telefongespräch mit sittenwidrigem Inhalt zu führen. Die Wertneutralität des Telefondienstvertrags und der Dienstleistungen des Netzbetreibers sei auch dann von ausschlaggebender Bedeutung, wenn - wie hier und heutzutage wohl regelmäßig - "Telefonsex"-Dienste unter einer Sondernummer angeboten würden. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins und 3 des Telefondienstgesetzes (TDG) treffe die Verantwortlichkeit für den Inhalt der angebotenen Dienste den Diensteanbieter, nicht aber daneben den Netzbetreiber. Auch die Tatsache, dass in den Entgelten nicht nur die - wertneutralen - Verbindungspreise, sondern auch die Vergütung des Diensteanbieters enthalten seien, lasse es nicht zu, dem Netzbetreiber den sittenwidrigen Charakter der angebotenen Mehrwertdienste entgegenzuhalten. An der Erbringung der Dienste seien oftmals eine Mehrzahl von Unternehmen beteiligt. Würde man den von der Beklagten erhobenen Sittenwidrigkeitseinwand durchgreifen lassen, müsste letztlich auf jeder "Abrechnungsstufe" getrennt geprüft werden, wie hoch der Vergütungsanteil für die jeweilige Telekommunikationsdienstleistung sei und ob er gegebenenfalls von dem "Sittenwidrigkeitsverdikt" erfasst werde. Eine derartige Verfahrensweise würde die Funktionsfähigkeit des Massengeschäfts Mehrwertdienste insgesamt in Frage stellen. Im Interesse der Erhaltung der "Marktgängigkeit" kostenpflichtiger (und zum größten Teil rechtlich unbedenklicher) Sprachkommunikationsdienstleistungen seien diese in einer Rechnung zusammenzufassen, ohne dass es erforderlich wäre, die auf die verschiedenen Dienstleistungen entfallenden Entgeltanteile gesondert auszuweisen. Es genüge die Angabe des Gesamtentgelts. Dadurch, dass es dem Vertragspartner des Netzbetreibers verwehrt sei, sich auf die Sittenwidrigkeit der in Rechnung gestellten "Telefonsex"-Dienste zu berufen, würden schützenswerte Belange derjenigen, die derartige Dienste in Anspruch nehmen, nicht verletzt. Ob und mit welcher - die Sittenwidrigkeitsschwelle überschreitender - Intensität sexualbezogene Gespräche geführt werden, unterliege allein der freien, vom Netzbetreiber nicht beeinflussbaren und nicht kontrollierbaren individuellen Entscheidung des Anrufers, der zudem zuverlässiger als jeder andere die Beschaffenheit der nachgefragten Dienstleistung beurteilen könne.

Diese Rechtsansicht hat der Bundesgerichtshof in seinen Versäumnisurteilen vom 16. 5. 2002 (III ZR 253/01) und 13. 6. 2002 (III ZR 156/01) fortgeschrieben und dahin zusammengefasst, dass sich die Wertneutralität der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kunden und dem jeweiligen Netzbetreiber auf die getroffenen Preisabreden auch dann erstrecke, wenn dabei im Falle von Sondernummern die Verbindungsleistung und die weitere Dienstleistung zu deutlich höheren Gesamtentgelten als Telefon- oder Sprachmehrwertdienste angeboten und in Anspruch genommen werden. Diese Rechtsansicht hat der Bundesgerichtshof in seinen Versäumnisurteilen vom 16. 5. 2002 (römisch III ZR 253/01) und 13. 6. 2002 (römisch III ZR 156/01) fortgeschrieben und dahin zusammengefasst, dass sich die Wertneutralität der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Kunden und dem jeweiligen Netzbetreiber auf die getroffenen Preisabreden auch dann erstrecke, wenn dabei im Falle von Sondernummern die Verbindungsleistung und die weitere Dienstleistung zu deutlich höheren Gesamtentgelten als Telefon- oder Sprachmehrwertdienste angeboten und in Anspruch genommen werden.

Wenngleich in Österreich eine dem mittlerweile in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getretenen Prostitutionsgesetz (BGBl 2001 I/74), wonach Vereinbarungen über gegen vorher vereinbartes Entgelt vorgenommene sexuelle Handlungen eine rechtswirksame Forderung begründen, vergleichbare Bestimmung nicht existiert, sprechen dennoch nach Ansicht des erkennenden Senats gewichtige Gründe dafür, die Sittenwidrigkeit von Verträgen über "Telefonsex" zu verneinen: Neben dem bereits vom Bundesgerichtshof angesprochenen Wandel der Moralvorstellungen sind wohl auch die von Lehre und Rechtsprechung mehrfach hervorgehobene Tatsache des mangelnden körperlichen Kontakts und der Umstand, dass nicht der Intimbereich der Anbieterin zur Ware degradiert wird, sondern dass diese lediglich eine davon losgelöste stimmlich-darstellerische Leistung schuldet, bedeutsam. Auch das Argument, diese Facette des Sexualverhaltens vermeide einerseits die Berührung mit der oftmals mit Prostitution zusammenhängenden Kriminalität sowie die Gefahr der Ansteckung und ermögliche andererseits den bei diesen Diensten beschäftigten Frauen den Gelderwerb ohne körperliche Hingabe, ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Einer weiteren Vertiefung dieser Überlegungen und einer abschließenden Stellungnahme bedarf es indes nicht, weil es in dem hier zu beurteilenden Fall auf die Frage der Sittenwidrigkeit nicht entscheidend ankommt:

Wie Hoffmann ("Der unerklärliche Einwendungsverlust bei Gebühren für Telefon-Mehrwertdienste", ZIP 2002, 1705 ff) in seiner Kritik an der Entscheidung des BGH vom 22. 11. 2001 zutreffend darlegt, sind bei der Beurteilung des festgestellten Sachverhalts zwei Verträge zu unterscheiden, zum einen der Telefondienstvertrag des Kunden mit dem Netzbetreiber und zum andern der Mehrwertdienstvertrag des jeweiligen Benutzers des Anschlusses mit dem Anbieter der Dienste. Die Tatsache, dass der Netzbetreiber gemeinsam mit den Gesprächsentgelten auch das Entgelt für den Mehrwertdienst kassiert, kann für sich allein nicht zum Verlust der Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Mehrwertdiensteanbieter führen. Das gilt auch und selbstverständlich für den Fall einer hier in Anbetracht der in Anspruch genommenen Klagslegitimation zu unterstellenden Inkassozession (§ 1394 ABGB). Diese Rechtslage hat offenbar auch die Klägerin erkannt, die im § 16 Abs 3 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der PTV für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehender Leistungen (AGB Telefon)" ihre Berechtigung festgelegt hat, gegenüber den üblichen Verbindungsentgelten erhöhte Entgelte vorzusehen, die neben den technischen und betrieblichen Leistungen weitere Dienstleistungen - auch anderer Anbieter - insgesamt abgelten. Der Kunde werde bei Inanspruchnahme einer derartigen Dienstleistung durch einen vorgeschalteten Hinweis auf den Namen des Anbieters sowie auf die Höhe der Entgelte hingewiesen. Einwendungen und Ansprüche des Kunden, die nicht die Höhe des Verbindungsentgeltes, sondern die Leistung eines anderen Anbieters betreffen, seien nicht der PTV, sondern dem anderen Anbieter entgegenzuhalten. Zwar wird durch diese Bestimmung der nunmehr im § 6 der Entgeltverordnung (EVO), BGBl II Nr 158/1999, normierten Informationspflicht Rechnung getragen, doch wird der Kunde gleichzeitig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB insofern grösstenteils benachteiligt, als er damit etwa um die sonst bestehende Möglichkeit, mit Forderungen gegen den Inkassozedenten aufzurechnen (vgl Ertl in Rummel ABGB3 § 1392 Rz 5), gebracht wird. Damit kommt es in Wahrheit aber auch zum Ausschluss aller, die Gültigkeit des Vertrags betreffenden Einwendungen gegenüber dem die Rechte aus diesem geltend machenden Netzbetreiber, welcher Umstand gemäß § 937 ABGB und § 6 Abs 1 Z 14 KSchG die Unwirksamkeit dieser Bestimmung zur Folge hat. Wie Hoffmann ("Der unerklärliche Einwendungsverlust bei Gebühren für Telefon-Mehrwertdienste", ZIP 2002, 1705 ff) in seiner Kritik an der Entscheidung des BGH vom 22. 11. 2001 zutreffend darlegt, sind bei der Beurteilung des festgestellten Sachverhalts zwei Verträge zu unterscheiden, zum einen der Telefondienstvertrag des Kunden mit dem Netzbetreiber und zum andern der Mehrwertdienstvertrag des jeweiligen Benutzers des Anschlusses mit dem Anbieter der Dienste. Die Tatsache, dass der Netzbetreiber gemeinsam mit den Gesprächsentgelten auch das Entgelt für den Mehrwertdienst kassiert, kann für sich allein nicht zum Verlust der Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Mehrwertdiensteanbieter führen. Das gilt auch und selbstverständlich für den Fall einer hier in Anbetracht der in Anspruch genommenen Klagslegitimation zu unterstellenden Inkassozession (Paragraph 1394, ABGB). Diese Rechtslage hat offenbar auch die Klägerin erkannt, die im Paragraph 16, Absatz 3, der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der PTV für die Inanspruchnahme der Telefondienste und damit im Zusammenhang stehender Leistungen (AGB Telefon)" ihre Berechtigung festgelegt hat, gegenüber den üblichen Verbindungsentgelten erhöhte Entgelte vorzusehen, die neben den technischen und betrieblichen Leistungen weitere Dienstleistungen - auch anderer Anbieter - insgesamt abgelten. Der Kunde werde bei Inanspruchnahme einer derartigen Dienstleistung durch einen vorgeschalteten Hinweis auf den Namen des Anbieters sowie auf die Höhe der Entgelte hingewiesen. Einwendungen und Ansprüche des Kunden, die nicht die Höhe des Verbindungsentgeltes, sondern die Leistung eines anderen Anbieters betreffen, seien nicht der PTV, sondern dem anderen Anbieter entgegenzuhalten. Zwar wird durch diese Bestimmung der nunmehr im Paragraph 6, der Entgeltverordnung (EVO), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 158 aus 1999, normierten Informationspflicht Rechnung getragen, doch wird der Kunde gleichzeitig im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB insofern grösstenteils benachteiligt, als er damit etwa um die sonst bestehende Möglichkeit, mit Forderungen gegen den Inkassozedenten aufzurechnen vergleiche Ertl in Rummel ABGB3 Paragraph 1392, Rz 5), gebracht wird. Damit kommt es in Wahrheit aber auch zum Ausschluss aller, die Gültigkeit des Vertrags betreffenden Einwendungen gegenüber dem die Rechte aus diesem geltend machenden Netzbetreiber, welcher Umstand gemäß Paragraph 937, ABGB und Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 14, KSchG die Unwirksamkeit dieser Bestimmung zur Folge hat.

Bleiben dem Kunden somit die Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister erhalten, kann er sich - wie hier - auch darauf berufen, er sei nicht Vertragspartner des Mehrwertdienstleisters geworden und schulde daher nicht das für diese Leistung angefallene Entgelt, weil das Telefongespräch, das den Vertragsabschluss bewirkt habe, von einem Dritten geführt worden sei. Dem steht auch nicht § 11 Abs 1 der AGB Telefon entgegen, nach dem der Kunde für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte entstanden sind, haftet,

soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten hat. Diese Regelung des Telefondienstvertrags kann sich grundsätzlich nur auf das Rechtsverhältnis der Partner dieses Vertrags auswirken, sodass der Kunde zweifellos für die Verbindungsentschädigung haftet, die durch Gespräche Dritter, die von seinem Anschluss in ihm zurechenbarer Weise geführt wurden, ausgelöst wurden. Ansprüche der Mehrwertdiensteanbieter, die - wie bereits dargestellt - auf Grund gesonderten Vertrags entstanden sind, sind dagegen - abgesehen von den bereits genannten Bestimmungen über das Inkasso - von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht umfasst, sodass durch die genannte Bestimmung der AGB eine Haftung des Kunden für die zwischen beiderseits Vertragsfremden entstandene Forderung nicht begründet werden kann. Bleiben dem Kunden somit die Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Mehrwertdienstleister erhalten, kann er sich - wie hier - auch darauf berufen, er sei nicht Vertragspartner des Mehrwertdienstleisters geworden und schulde daher nicht das für diese Leistung angefallene Entgelt, weil das Telefongespräch, das den Vertragsabschluss bewirkt habe, von einem Dritten geführt worden sei. Dem steht auch nicht Paragraph 11, Absatz eins, der AGB Telefon entgegen, nach dem der Kunde für Entgeltforderungen, die durch die Inanspruchnahme von Leistungen durch Dritte entstanden sind, haftet, soweit er dies innerhalb seiner Einflusssphäre zu vertreten hat. Diese Regelung des Telefondienstvertrags kann sich grundsätzlich nur auf das Rechtsverhältnis der Partner dieses Vertrags auswirken, sodass der Kunde zweifellos für die Verbindungsentschädigung haftet, die durch Gespräche Dritter, die von seinem Anschluss in ihm zurechenbarer Weise geführt wurden, ausgelöst wurden. Ansprüche der Mehrwertdiensteanbieter, die - wie bereits dargestellt - auf Grund gesonderten Vertrags entstanden sind, sind dagegen - abgesehen von den bereits genannten Bestimmungen über das Inkasso - von dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nicht umfasst, sodass durch die genannte Bestimmung der AGB eine Haftung des Kunden für die zwischen beiderseits Vertragsfremden entstandene Forderung nicht begründet werden kann.

Für den österreichischen Rechtsbereich haben sich Wessely/Eugen ("Ich war es nicht! oder: Haftung für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten durch Geschäftsunfähige", MR 2003, 3) mit der Frage der Inanspruchnahme eines Anschlusses durch Dritte - eingeschränkt auf Minderjährige oder sonst Geschäftsunfähige - befasst. Angesichts der Besonderheit von Mehrwertdiensten, bei denen der Mehrwert im Telefongespräch selbst liege, und die Identifikation über die Telefonnummer erfolge, könne der Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass der Anrufer auch Anschlussinhaber bzw von diesem ermächtigt und bevollmächtigt worden sei. Insofern handle der Anrufer - wer immer er sei - gleichsam im Namen des Anschlussinhabers, weshalb die Rechtsgrundsätze der Anscheinsvollmacht bzw des Handelns unter fremdem Namen heranzuziehen seien. Über die Figur der Anscheinsvollmacht gelange man zur Haftung für zurechenbar veranlassten Rechtsschein (so auch Zib, "Electronic Commerce und Risikozurechnung im rechtsgeschäftlichen Bereich", ecolex 1999, 230).

Diesem Denkansatz sind vorerst die von der Rechtsprechung zur Anscheins- bzw zur Duldungsvollmacht entwickelten Grundsätze entgegenzuhalten. Danach ist der Dritte nur dann im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand rechtlich relevanter Momente zu schützen, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Schutz zum Nachteil gereicht. Eine Anscheinsvollmacht setzt damit stets voraus, dass das Vertrauen seine Grundlage im Verhalten des Vollmachtgebers hat, das diesen äußeren Tatbestand geschaffen und die Überzeugung des Dritten vom Vorhandensein der Vertretungsmacht begründet hat (RIS-Justiz RS0019609; RS0020004; RS0020331). Die Voraussetzungen dieser grundsätzlichen Formel müssen stets mit aller Strenge geprüft werden, weil sie die Gefahr von Scheinbegründungen in sich birgt (10 Ob 119/97s). Die bloße Tatsache, dass der Kunde der Klägerin über einen Telefonanschluss verfügt, den möglicherweise - aber keinesfalls stets typischerweise - auch andere Personen benutzen können, kann schon deshalb nicht den Anschein der Bevollmächtigung erwecken, weil der Gesprächspartner - hier die Mitarbeiterin des Mehrwertdienstleisters - im Regelfall gar nicht weiß, ob mit dem Anschlussinhaber oder einem Dritten, der diesen Anschluss berechtigter oder unberechtigter Weise benutzt, kontrahiert wird. Dass die Sachlage in dem hier zu beurteilenden Fall anders läge, wurde nicht behauptet. Für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht - oder auch einer Duldungsvollmacht, die etwa infolge der dem Netzbetreiber oder Dienstleister erkennbare widerspruchslose Bezahlung der von Dritten in Anspruch genommenen Leistungen entstehen könnte - fehlt es somit schon an der Offenkundigkeit (vgl Strasser in Rummel AGB3 § 1002 Rz 49). Diesem Denkansatz sind vorerst die von der Rechtsprechung zur Anscheins- bzw zur Duldungsvollmacht entwickelten Grundsätze entgegenzuhalten. Danach ist der Dritte nur dann im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand rechtlich relevanter Momente zu schützen, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Schutz zum Nachteil gereicht. Eine Anscheinsvollmacht setzt damit stets voraus, dass das Vertrauen seine Grundlage im Verhalten des Vollmachtgebers hat, das diesen äußeren Tatbestand geschaffen und die Überzeugung des Dritten vom Vorhandensein der

Vertretungsmacht begründet hat (RIS-Justiz RS0019609; RS0020004; RS0020331). Die Voraussetzungen dieser grundsätzlichen Formel müssen stets mit aller Strenge geprüft werden, weil sie die Gefahr von Scheinbegründungen in sich birgt (10 Ob 119/97s). Die bloße Tatsache, dass der Kunde der Klägerin über einen Telefonanschluss verfügt, den möglicherweise - aber keinesfalls stets typischerweise - auch andere Personen benutzen können, kann schon deshalb nicht den Anschein der Bevollmächtigung erwecken, weil der Gesprächspartner - hier die Mitarbeiterin des Mehrwertdienstleisters - im Regelfall gar nicht weiß, ob mit dem Anschlussinhaber oder einem Dritten, der diesen Anschluss berechtigter oder unberechtigter Weise benutzt, kontrahiert wird. Dass die Sachlage in dem hier zu beurteilenden Fall anders läge, wurde nicht behauptet. Für das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht - oder auch einer Duldungsvollmacht, die etwa infolge der dem Netzbetreiber oder Dienstleister erkennbare widerspruchslose Bezahlung der von Dritten in Anspruch genommenen Leistungen entstehen könnte - fehlt es somit schon an der Offenkundigkeit vergleiche Strasser in Rummel ABGB3 Paragraph 1002, Rz 49).

Freilich wird man in der uneingeschränkten Überlassung einer Wohnung, in der sich ein funktionsfähiges Fernsprechgerät befindet, oder überhaupt innerhalb einer Wohngemeinschaft in der Regel die stillschweigende Bevollmächtigung auch zur Inanspruchnahme von Telekommunikationsleistungen annehmen können. Die Annahme einer solchen offenbar auch die Grundlage des § 11 Abs 1 der AGB Telefon bildenden Bevollmächtigung wird sich aber im Allgemeinen nur auf die Inanspruchnahme von Leistungen des Netzbetreibers, die mit den Verbindungsentgelten abgegolten werden, erstrecken. Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann nämlich nicht unterstellt werden, dass ein durchschnittlicher Anschlussinhaber einen Dritten auch dazu bevollmächtigen würde, auf seine Kosten wesentlich teurere Mehrwertdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Selbst wenn der Mehrwertdienstleister davon Kenntnis haben sollte, dass der Anschlussinhaber seinen Mitbewohnern die allgemeine Erlaubnis zur Telefonbenutzung erteilt hat, dürfte er eine solche Erlaubnis nach Treu und Glauben ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht auch als Bevollmächtigung zur Anwahl seiner Dienste auffassen (Hoffmann aaO 1713). Dass die Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen Kosten verursachen kann, die weit über den üblichen und daher zu erwartenden Telefonkosten liegen und gar nicht selten als durchaus existenzbedrohend bezeichnet werden können, wird nicht nur durch den Sachverhalt, der dem hier anhängigen Verfahren zugrunde liegt, illustriert, sondern auch durch die bereits zitierten Urteile des Bundesgerichtshofs belegt, deren Streitwerte sich auf DM 16.654,67 (III ZR 253/01), DM 21.944,34 (NJW 2002, 361) und schließlich sogar DM 108.283,87 (III ZR 156/01) beliefen. Für den Abschluss von Verträgen, die derartige Kosten verursachen können, reicht die bloß durch die Überlassung der Wohnung oder das Vorliegen einer Wohngemeinschaft begründete Annahme einer allgemeinen Vollmacht zweifellos nicht aus (vgl hiezu etwa die sogenannte Schüsselgewalt der Ehefrau gemäß § 96 ABGB: "... Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, ... die ein den Lebensverhältnissen der Ehegatten entsprechendes Maß nicht übersteigen ..."; § 1029 ABGB). In diesem Zusammenhang ist auch auf § 1032 ABGB zu verweisen, wonach "Dienstgeber und Familienhäupter" nicht verbunden sind, "das, was von ihren Dienstpersonen oder anderen Hausgenossen in ihrem Namen auf Borg genommen wird, zu bezahlen. Der Borger muss in solchen Fällen den gemachten Auftrag erweisen." Es hat daher auch in diesem Fall bei dem Rechtssatz zu verbleiben, es bestehe keine rechtliche Vermutung dafür, dass derjenige, der am Fernsprecher oder mittels Fernschreiber namens des Geschäftsherrn eine Erklärung abgibt, innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt. Wer sich des Fernsprechers oder Fernschreibers bedient, ist daher grundsätzlich nicht der Verpflichtung enthoben, sich zu vergewissern, ob der, mit dem er verhandelt, zu den abgegebenen Erklärungen befugt ist (RdW 1991, 174). Freilich wird man in der uneingeschränkten Überlassung einer Wohnung, in der sich ein funktionsfähiges Fernsprechgerät befindet, oder überhaupt innerhalb einer Wohngemeinschaft in der Regel die stillschweigende Bevollmächtigung auch zur Inanspruchnahme von Telekommunikationsleistungen annehmen können. Die Annahme einer solchen offenbar auch die Grundlage des Paragraph 11, Absatz eins, der AGB Telefon bildenden Bevollmächtigung wird sich aber im Allgemeinen nur auf die Inanspruchnahme von Leistungen des Netzbetreibers, die mit den Verbindungsentgelten abgegolten werden, erstrecken. Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann nämlich nicht unterstellt werden, dass ein durchschnittlicher Anschlussinhaber einen Dritten auch dazu bevollmächtigen würde, auf seine Kosten wesentlich teurere Mehrwertdienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Selbst wenn der Mehrwertdienstleister davon Kenntnis haben sollte, dass der Anschlussinhaber seinen Mitbewohnern die allgemeine Erlaubnis zur Telefonbenutzung erteilt hat, dürfte er eine solche Erlaubnis nach Treu und Glauben ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht auch als Bevollmächtigung zur Anwahl seiner Dienste auffassen (Hoffmann aaO 1713). Dass die Inanspruchnahme von Mehrwertdienstleistungen Kosten verursachen kann, die weit über den üblichen und daher zu erwartenden Telefonkosten liegen und gar nicht selten als durchaus existenzbedrohend bezeichnet werden können,

werden können, wird nicht nur durch den Sachverhalt, der dem hier anhängigen Verfahren zugrunde liegt, illustriert, sondern auch durch die bereits zitierten Urteile des Bundesgerichtshofs belegt, deren Streitwerte sich auf DM 16.654,67 (römisch III ZR 253/01), DM 21.944,34 (NJW 2002, 361) und schließlich sogar DM 108.283,87 (römisch III ZR 156/01) beliefen. Für den Abschluss von Verträgen, die derartige Kosten verursachen können, reicht die bloß durch die Überlassung der Wohnung oder das Vorliegen einer Wohngemeinschaft begründete Annahme einer allgemeinen Vollmacht zweifellos nicht aus vergleiche hiezu etwa die sogenannte Schüsselgewalt der Ehefrau gemäß Paragraph 96, ABGB: "... Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, ... die ein den Lebensverhältnissen der Ehegatten entsprechendes Maß nicht übersteigen ..."; Paragraph 1029, ABGB). In diesem Zusammenhang ist auch auf Paragraph 1032, ABGB zu verweisen, wonach "Dienstgeber und Familienhäupter" nicht verbunden sind, "das, was von ihren Dienstpersonen oder anderen Hausgenossen in ihrem Namen auf Borg genommen wird, zu bezahlen. Der Borger muss in solchen Fällen den gemachten Auftrag erweisen." Es hat daher auch in diesem Fall bei dem Rechtssatz zu verbleiben, es bestehe keine rechtliche Vermutung dafür, dass derjenige, der am Fernsprecher oder mittels Fernschreiber namens des Geschäftsherrn eine Erklärung abgibt, innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt. Wer sich des Fernsprechers oder Fernschreibers bedient, ist daher grundsätzlich nicht der Verpflichtung enthoben, sich zu vergewissern, ob der, mit dem er verhandelt, zu den abgegebenen Erklärungen befugt ist (RdW 1991, 174).

Es muss in diesem Zusammenhang nicht weiter geprüft werden, ob der Mehrwertdienstleister, dem an sich der Nachweis obliege, wer sein Vertragspartner ist, insofern entlastet werden könnte, als der Anschlussinhaber den allein in seiner Sphäre liegenden Umstand, nicht er habe die Dienste in Anspruch genommen, sondern ein Dritter, unter Beweis zu stellen habe, wie dies Hoffmann (aaO 1714) anregt, weil im Verfahren ohnedies festgestellt wurde, dass nicht die gar nicht in der Wohnung anwesend gewesene Beklagte, sondern ihr damaliger Freund die Mehrwertdienstnummer angewählt hat.

Da

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)