

BUNDESGERICHTSHOF

URTEIL VOM 09.06.1998

AZ.: XI ZR 192/97

Ein Vertrag, der darauf gerichtet ist, durch die Vermarktung und den Vertrieb von Telefonkarten Telefonsex kommerziell zu fördern, ist sittenwidrig. Die Nichtigkeit erstreckt sich auch auf ein damit verbundenes Darlehen.

**Tatbestand:**

Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 100.000 DM in Anspruch. Die Beklagten machen im Wege der Aufrechnung und Widerklage Gegenansprüche aus der Lieferung von Telefonsexkarten sowie wegen angeblicher Zeitungsannoncenkosten geltend.

Mit Vertrag vom 15. Oktober 1992 übernahm die Klägerin für die Beklagten die Vermarktung und den Vertrieb von Telefonkarten. Mit diesen von den Beklagten hergestellten Karten sollten die Endabnehmer telefonisch von den Beklagten vermittelte "Dienstleistungen" ohne Zusatzgeräte und ohne Belastung mit weiteren postalischen Telefongebühren abrufen können. Zu den Dienstleistungen gehörten sogenannte Sex-Gespräche mit Mitarbeiterinnen der Beklagten und das Abspielen von entsprechenden, auf Tonträgern gespeicherten Erzählungen.

Für "Maßnahmen der Systemsicherung" gewährte die Klägerin den Beklagten mit dem Vertrag vom 15. Oktober 1992 ein Darlehen über 100.000 DM, das frühestens nach Ablauf eines Jahres zurückgezahlt werden sollte.

In der Folgezeit erhielt die Klägerin "Telefon-Sexkarten" im Gesamtwert von 103.600 DM; von diesem Betrag sind unter Berücksichtigung eines Rabatts von 35 % und zweier Zahlungen in Höhe von 355 DM bzw. 1.200 DM noch 65.785 DM offen, mit denen die Beklagten die Aufrechnung erklärt haben. Ferner forderten die Beklagten von der Klägerin die Erstattung angeblich in der Zeit von September 1992 bis Dezember 1992 verauslagter Inseratskosten in Höhe von 69.214,35 DM, die sie nunmehr mit einem Teilbetrag von 34.215 DM zur Aufrechnung gestellt haben und in Höhe des Restbetrages von 54.999,35 DM im Wege der Widerklage verlangen.

Anfang 1993 kam es zwischen den Parteien über die Vertragsdurchführung zum Streit, in dessen Verlauf die Parteien wechselseitig fristlose Kündigungen aussprachen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren weiter.

**Entscheidungsgründe:**

Die Revision ist nicht begründet.

**I.**

Das Berufungsgericht, dessen Urteil in NJW 1997, 2605 abgedruckt ist, hat den Zahlungsanspruch der Klägerin zugesprochen und die Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des darlehensweise gewährten Betrages von 100.000 DM ergebe sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil der Vertriebsvertrag vom 15. Oktober 1992 nichtig sei. Dies folge zwar nicht – wie das Landgericht gemeint habe – aus § 134 BGB in Verbindung mit § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG, weil das Tatbestandsmerkmal "sexuelle Handlung" bei Telefongesprächen mit sexuellem Inhalt nicht erfüllt sei. Der Vertriebsvertrag sei jedoch wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Denn die mit dem Vertrieb der Telefonkarten verfolgte Art der Kommerzialisierung von Intimverhalten verstoße auch unter Berücksichtigung der heutigen Ansichten gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Das Unwerturteil über die entgeltlichen Leistungen der Mitarbeiterinnen der Beklagten unterscheide sich nicht wesentlich von dem über die entgeltlichen Leistungen Prostituerter, auch wenn bei

Telefonsex kein unmittelbarer körperlicher Kontakt hergestellt werde. Dem Rückzahlungsanspruch der Klägerin stehe auch nicht § 817 Satz 2 BGB entgegen, weil den Beklagten mit der Darlehensgewährung nur die zeitweilige Kapitalnutzung überlassen worden sei. Wegen der Nichtigkeit des Vertriebsvertrages entbehrten auch die Gegenansprüche der Beklagten einer Grundlage.

## II.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Der Zahlungsanspruch der Klägerin in Höhe der Klageforderung ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zu Recht den Vertrag vom 15. Oktober 1992 einschließlich der Darlehensvereinbarung als nichtig angesehen, weil dieser Vertrag sittenwidrig ist und dem Rückzahlungsanspruch die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegensteht.

a) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Vereinbarung vom 15. Oktober 1992 nicht bereits wegen Verstoßes gegen § 120 Abs. 1 Nr. 2 OWiG (bzw. § 119 Abs. 1 Nr. 2 OWiG) nach § 134 BGB als nichtig eingestuft. Nach dieser Vorschrift, der Verbotsgesetzcharakter zukommt (vgl. BGHZ 118, 182, 188 ff.), handelt ordnungswidrig, wer unter anderem durch Verbreiten von Tonträgern oder Datenspeichern Gelegenheit zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet. Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann die lediglich akustische Vermittlung sexueller Reize nicht unter den Begriff der sexuellen Handlung im Sinne der §§ 119, 120 OWiG eingeordnet werden, weil hierunter nur solche Handlungen zu verstehen sind, bei denen der eigene oder ein fremder Körper eingesetzt wird (vgl. OLG Hamm NJW 1995, 2797; OLG Stuttgart NJW 1989, 2899; Behm NJW 1990, 1822, 1823; Göhler, OWiG 11. Aufl. § 119 Rdn. 5, 7 a; Kurz in Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 119 Rdn. 6 und § 120 Rdn. 13; Rebmann/Roth/Herrmann, OWiG Stand: April 1997, § 119 Rdn. 5 und § 120 Rdn. 10; Tröndle, StGB 48. Aufl. § 184 c Rdn. 2; a.A. LG Bonn NJW 1989, 2544).

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Vereinbarung vom 15. Oktober 1992 jedoch als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB anzusehen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision ausdrücklich hingenommen werden, sollten die zum Weiterverkauf vorgesehenen Telefonkarten größtenteils dazu dienen, dem Endabnehmer gegen Entgelt mit hierfür bezahlten Mitarbeiterinnen der Beklagten Telefongespräche sexuellen Inhalts zu ermöglichen.

aa) Die Sittenwidrigkeit von Telefonsex-Verträgen wird 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; LG Mannheim NJW 1995, 3398 f.; AG Essen NJW 1989, 3162 f.; AG Garmisch-Partenkirchen NJW 1990, 1856 f.; AG Halle NJW-RR 1993, 1016; Erman/Brox, BGB 9. Aufl., § 138 Rdn. 85; MünchKomm/Mayer-Maly, BGB 3. Aufl. § 138 Rdn. 52; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB 7. Aufl., Rdn. 701; Staudinger/Sack (1996) § 138 Rdn. 454). Die Gegenansicht weist darauf hin, daß – anders als bei der Prostitution oder bei einer Peep-Show – beim Telefonsex die Anbieterin dem Anrufer nicht ausgeliefert sei, sondern ihr noch ausreichend Fluchräume verblieben; die Anbieterin werde durch das Fehlen eines unmittelbaren persönlichen Kontakts nicht zur bloßen Ware (vgl. OLG Hamm NJW 1995, 2797; OLG Stuttgart NJW 1989, 2899; LG Hamburg NJW-RR 1997, 178 f.; AG Aue NJW 1997, 2604 f.; AG Düsseldorf NJW 1990, 1856; AG Offenbach NJW 1988, 1097; Behm NJW 1990, 1822, 1824; Jauernig/Jauernig, BGB 8. Aufl. § 138 Rdn. 17; Palandt/Heinrichs, BGB 57. Aufl. § 138 Rdn. 52).

bb) Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung vom 15. Oktober 1992 ist sittenwidrig. Das ergibt sich daraus, daß die Parteien mit dieser Vereinbarung ein bestimmtes Sexualverhalten ihrer potentiellen Kunden in verwerflicher Weise kommerziell ausnutzen wollten. Der vertragsmäßig verfolgte Geschäftszweck war damit selbst sittenwidrig (ebenso für den Kaufvertrag über ein Telefonsexvermittlungsunternehmen: OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 246). Es kann auch davon ausgegangen werden, daß bei diesen Gesprächen der Anrufer die Möglichkeit zur Selbstbefriedigung oder zu anderen sexuellen Praktiken erhalten bzw. auf Wunsch hierzu animiert werden soll. Hierdurch wird der Intimbereich – wie bei der Prostitution oder bei einer Peep-Show – zur Ware gemacht. Daß es zwischen Anrufer und "Service-Mädchen" zu keinem unmittelbaren körperlichen Kontakt kommt, ist ohne Bedeutung. Denn bei dem Gespräch wird von der Anbieterin auch vorgegeben, sexuelle Handlungen an sich oder dem Anrufer vorzunehmen, um ihn so zur sexuellen Erregung oder Befriedigung zu bringen (vgl. LG Mannheim NJW 1995, 3398: "Wortbordelle"; AG Essen NJW 1989, 3162, 3163). Diesem Zweck des Gesprächs bzw. Wunsch des Kunden muß sich die Gesprächspartnerin unterordnen, so daß der Gesprächsinhalt nicht ihrer freien Willensbestimmung unterliegt und damit ihre "aktive" Rolle nur scheinbar ist. Dadurch wird die

Anbieterin zum Objekt gerade auch deshalb herabgewürdigt, weil es an einer unmittelbaren menschlichen Begegnung fehlt und sie auf ihre Stimme und den Inhalt ihrer Äußerungen, die üblicherweise nur in Momenten intimen Zusammenseins abgegeben werden, reduziert wird (vgl. AG Halle NJK-RR 1993, 1016). Wegen der fehlenden Zugangskontrolle sprechen schließlich auch Gründe des im Interesse der Allgemeinheit liegenden Jugendschutzes für die Sittenwidrigkeit des mit der Vertriebsvereinbarung bezweckten Leistungserfolgs (vgl. BVerwGE 64, 274, 276; 71, 29, 31; OLG Karlsruhe NJW 1978, 61).

Mit dem Kauf eines Pornoheftes oder dem Besuch der Vorführung eines Pornofilms kann der mit der Vereinbarung verfolgte Geschäftszweck nicht verglichen werden (vgl. aber AG Offenbach NJW 1988, 1097; Behm NJW 1990, 1822, 1824 f.). Denn bei den von den Parteien beabsichtigten Telefongesprächen sollte der Kunde immerhin in unmittelbaren akustischen Kontakt zu seiner Gesprächspartnerin treten, die für den Kunden nur eine "Gesprächsnummer" darstellt. Dadurch wird diese zur Ware, so daß ihre Anonymität gerade kein Argument gegen die Sittenwidrigkeit des Geschäfts darstellt (so aber OLG Hamm NJW 1995, 2797; LG Hamburg NJW-RR 1997, 178, 179; Behm aaO). Ebensovienig überzeugt der Hinweis, der Gesprächspartnerin verblieben ausreichend Fluchräume, die sie dem Anrufer nicht ausgeliefert sein ließen (vgl. OLG Hamm NJW 1995, 2797). In der Praxis werden die Mitarbeiterinnen des Telefonsex-Anbieters das Telefonat "bei Nichtgefallen" nicht einfach abbrechen können.

Entgegen der Ansicht der Revision kann der umstrittene Vertrag auch nicht mit einem (rechtlich wirksamen) Bierlieferungsvertrag an ein Bordell (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. Januar 1987 – III ZR 1/86 = WM 1987, 1106, 1107) gleichgesetzt werden, weil es sich bei jenem nur um ein bloßes Hilfsgeschäft handelt, welches selbst wertneutral ist, während die Vereinbarung vom 15. Oktober 1992 unmittelbar von dem beschriebenen Unwerturteil erfaßt wird (vgl. für einen Anzeigenvertrag BGHZ 118, 182, 187 ff.).

c) Die Nichtigkeit erstreckt sich nach § 139 BGB auch auf das mit dem Vertriebsvertrag untrennbar verbundene Darlehen, da dieses zur Finanzierung von "Maßnahmen der Systemsicherung" dienen sollte. Das Darlehen war für eine "Betriebsinvestition" zweckgebunden und sollte das Telefonsexkartengeschäft objektiv fördern und ermöglichen. Als bloß untergeordnetes Hilfsgeschäft im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung läßt es sich daher gerade nicht einordnen (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1990 – III ZR 248/88 – WM 1990, 799, 801).

d) Entgegen der Ansicht der Revision steht dem Klageanspruch nicht § 817 Satz 2 BGB entgegen. Nach der Rechtsprechung des Senats scheidet eine Rückforderung des Darlehenskapitals grundsätzlich nicht an dieser Vorschrift, weil sonst der von der Rechtsordnung mißbilligte Zweck gleichsam legalisiert würde; vielmehr ist ein solcher Ausschluß – wie z.B. bei einem zu Spielzwecken hingegebenen und verlorenen Darlehen – nur dann gerechtfertigt, wenn die Durchführung des zu mißbilligenden Zwecks von vornherein mit einem dem Darlehensgeber bekannten Risiko verbunden war, dieses Risiko sich verwirklicht und für den Darlehensnehmer zu einem Verlust des Kapitals geführt hat (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1995 – XI ZR 225/93 = WM 1995, 566, 567 f.; BGH, Urteil vom 15. März 1990 – III ZR 248/88 = WM 1990, 799, 802; OLG München MDR 1977, 228; Erman/Westermann § 817 Rdn. 22; MünchKomm/Lieb § 817 Rdn. 21; Becker-Eberhard WuB IV A. § 817 BGB 1.95; Kohler EWiR 1995, 443, 444). Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor.

2. Da die Vereinbarung vom 15. Oktober 1992 wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig ist, stehen den Beklagten auch die zur Aufrechnung gestellten bzw. mit der Widerklage geltend gemachten Gegenansprüche nicht zu.

### III.

Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen.