

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Heidelberg - Kammer für Handelssachen - vom 31.01.2006 (11 O 157/04 KfH) im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

1. Unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Landgerichts Heidelberg - Kammer für Handelssachen - vom 18.10.2005 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 10.551,09 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2003 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des ersten Rechtszugs mit Ausnahme der Kosten, die durch die Säumnis der Klägerin entstanden sind, tragen die Klägerin 85 % und die Beklagte 15 %. Die Kosten ihrer Säumnis trägt die Klägerin.

Von den Kosten des zweiten Rechtszug tragen die Klägerin 30 % und die Beklagte 70 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Zwangsvollstreckung kann von beiden Parteien durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abgewendet werden, sofern nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

I.

Die Klägerin warb für die Beklagte für Telefondienstleistungen. Die Beklagte leitete über einen Server Anrufe für Nummern der Klägerin, die ihr selbst von der Fa. T. zugeleitet wurden, an sog. Berater der Klägerin weiter. Im Vertrag der Parteien vom 13.03.2002 (vgl. AM I K 1) heißt es insoweit, die Klägerin betreibe als Dienstleistung eine „Erotik-Line“, ihr Leistungsumfang ist in Ziff. 5 u.a. als Betreuung der Dienstleistungsgeber / Berater beschrieben (sog. 11884-Nr.). Aufgrund mündlicher Vereinbarungen bestand jedenfalls ein weiteres gleichartiges Vertragsverhältnis und eines bezüglich einer 0190-Nummer. Die von den Anrufern geschuldeten Gebühren wurden nach den in den insgesamt drei Vertragsverhältnissen festgelegten Maßstäben zwischen den Parteien und einem dritten Unternehmen aufgeteilt und zwischen den Parteien laufend verrechnet. Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen des Sach- und Streitstands und der getroffenen Feststellungen im ersten Rechtszug Bezug genommen wird, hat der Klage auf Zahlung von ursprünglich angeblich noch ausstehenden Entgelten in Höhe von 62.079,00 EUR und 3.198,26 EUR in Höhe von nur 15.164,99 EUR stattgegeben und die Anträge auf Auskunft über die von der Beklagten im Jahr 2002 (Kurzwahl 11884) und im Jahr 2004 (0190er Rufnummer) generierten Minuten der Telefonate abgewiesen.

Mit ihrer Berufung begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage und behauptet unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags im ersten Rechtszug, nach den vertraglich festgelegten Verrechnungsmodi bestünden keine Forderungen der Klägerin mehr. Außerdem sei eine weitere Zahlung in Höhe von 4.613,90 EUR zu berücksichtigen. Die Klägerin verteidigt das landgerichtliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung. Sie gesteht zwar die weitere Zahlung zu, meint aber, selbst nach Rechtsauffassung des Landgerichts stünde ihr ein höherer Anspruch zu, da das Landgericht zu ihren Ungunsten einen im Urteil zunächst aufgeführten Rechnungsposten nicht in seine Berechnung eingestellt habe. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat nur teilweise Erfolg.

1. Die Berufung der Beklagten hat Erfolg, soweit sie sich auf eine weitere Zahlung in Höhe von 4.613,90 EUR und damit auf die Erfüllung der Forderung gem. § 362 BGB beruft. Insoweit war das landgerichtliche Urteil abzuändern. Gleichzeitig war der Tenor des Urteils insoweit abzuändern als das klagabweisende Versäumnisurteil vom 18.10.2005 nicht aufgehoben war. Eines gesonderten Antrags bedurfte es insoweit nicht, da nach der von Amts wegen vorzunehmenden Auslegung der Prozesshandlung ein solcher Aufhebungsantrag in dem Antrag auf Verurteilung enthalten ist.

a) Die im ersten Rechtszug noch streitige und nicht bewiesene Zahlung von 4.613,90 EUR ist im zweiten

Rechtszug unstreitig geworden. Sie ist daher gem. §§ 529, 531 ZPO zu berücksichtigen und führt zu einer Verminderung der Klagforderung auf 10.551,09 EUR.

b) Gegenüber dieser Abänderung kann sich die Klägerin, die selbst keine Berufung eingelegt hat, nicht darauf berufen, das Landgericht habe ihr aufgrund von Fehlern bei der Forderungsberechnung und der Bestimmung der Gegenforderungen insgesamt 12.699,87 EUR zuwenig zugesprochen, so dass die Berufung der Beklagten trotz der zusätzlichen Zahlung unbegründet sei.

Das Landgericht hat zur Bestimmung der klägerischen Forderungen rechtsfehlerfrei und auch für den Senat überzeugend mangels weiteren nachvollziehbaren Vortrags der Klägerin die von der Beklagten zugestandenen Salden und Verrechnungsbeträge zugrunde gelegt (Urteil S. 5 oben, 6, 7 f.). Wenn die Klägerin den zusätzlichen Betrag von 3.198,27 EUR aus dem Vertragsverhältnis über die 190er-Nummer geltend machen und sich gegen den Abzug der Kosten für sog. Outbounds oder Fremdminuten, die anfielen, wenn die Anrufer nicht an die Berater(innen) der Klägerin vermittelt werden konnten, wenden wollte, so hätte sie zumindest Anschlussberufung einlegen müssen. Denn gem. § 528 S. 2 ZPO darf eine Abänderung des Urteils nur insoweit erfolgen, als sie beantragt ist. Dies bedeutet, dass dem Berufungsführer nicht Urteilswirkungen entzogen werden dürfen, die ihm ohne sein Rechtsmittel in einem neuen Verfahren oder Verfahrensabschnitt zugute kämen (vgl. Rimmelspacher in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. ZPO-Reform, § 528 Rn. 28). Dies wäre hier der Fall. Zwar ist es nach ständiger Rechtsprechung zulässig, innerhalb eines Anspruchs einzelne Rechnungsposten auch zu Gunsten des Berufungsbeklagten zu ändern, so lange der Gesamtbetrag gleichbleibt, z. B. bei Schadensersatz- oder Schmerzensgeldforderungen oder Renten nach § 843 BGB (vgl. nur die Nachweise bei Rimmelspacher a. a. O., § 528 Rn. 24). Darum geht es hier aber nicht.

Der Betrag von 3.198,27 EUR, den die Klägerin aus dem Vertragsverhältnis über die 190er-Nummer zusätzlich zugesprochen haben will, stellt einen gesonderten Streitgegenstand dar, der durch das Urteil, das ihn nicht berücksichtigt, wirksam aberkannt ist. Auch die angeblich zu Unrecht zu Gunsten der Beklagten angenommenen Beträge für Outbounds / Fremdminuten sind keine bloßen Rechnungsposten, sondern deren Feststellung durch das Landgericht im Urteil entfaltet Bindungswirkung. Denn es wird für spätere Verfahren bindend festgestellt, dass die Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum nur Anspruch auf Zahlung von 91.284,28 EUR hatte, der zum Teil durch die festgestellten Zahlungen gem. § 362 BGB durch Erfüllung untergegangen und zum Teil infolge der unstreitig getroffenen Verrechnungsabrede durch die festgestellten Gegenforderungen der Beklagten (auch für Outbounds / Fremdminuten) erloschen ist. Eine Abänderung kann daher nicht ohne Rechtsmittel des durch sie Beschwerten erfolgen, ohne gegen das Verbot der reformatio in peius zu Gunsten des Berufungsklägers zu verstoßen.

Darüber hinaus übersieht die Klägerin, dass die Outbounds / Fremdminuten Kosten verursachen, die von den realisierten Gebühren durch die T. unabhängig sind, so dass auch aus diesem Grunde ihr Einwand keinen Erfolg hat. Die Auslegung des Nr. 6 des Vertrages vom 13.03.2002 ergibt, unter Berücksichtigung des Wortlauts und seiner Systematik, dass lediglich die Sharingbeträge von der Zahlung durch T. abhängig sein sollten, Nr. 6.2. Die Kosten, die bei der Beklagten im übrigen anfielen, sind dagegen erst in den Nr. 6.4 und 6.5 als einmalige und laufende Kosten erwähnt und zwar unabhängig von einer Weiterleitung von Gebührenanteilen durch die T.. Insoweit ist die Kostentragung durch Vertrag dem Risikobereich der Klägerin zugewiesen.

2. Im übrigen hat die Berufung der Beklagten dagegen keinen Erfolg.

a) Der Anspruch der Klägerin aus den Verträgen über die Bewerbung/Vermittlung von Telefonsexgesprächen ist nicht wegen Sittenwidrigkeit der Verträge nach § 138 BGB ausgeschlossen.

Der Bundesgerichtshof und der Senat haben den Vertrag zwischen dem Anbieter von Telefonsex und einem Unternehmen über den Vertrieb von Telefonsex-Karten für sittenwidrig erachtet (BGH, 11. Senat, NJW 1998, 2895; Senat NJW 1997, 2605). Dagegen hat der 3. Senat des Bundesgerichtshofs die Verträge zwischen dem Anrufer und dem Netzbetreiber als wertneutral und daher nicht sittenwidrig angesehen, auch wenn Telefonate mit sittenwidrigem Inhalt geführt werden (vgl. nur BGH NJW 2002, 361; Urteil vom 16.05.2002 - III ZR 253/01 -). Es kann dahinstehen, ob die hier zu beurteilenden Verträge wertneutral sind oder aber dem Vertrieb der Telefonsex-Karten ähneln. Denn wie der 3. Senat des Bundesgerichtshofs bereits in seiner Entscheidung vom 22.11.2002 (NJW 2002, 361 TZ 8) festgestellt hat, stellt sich die Frage der rechtlichen Beurteilung der Vermittlungsverträge für Telefonsex durch das Gesetz zur Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation der Prostituierten vom 20.12.2001 (ProstG) völlig neu.

Die Einführung des § 1 Abs. 1 ProstG, demzufolge die Prostituierte die Vergütung für erbrachte Leistungen verlangen kann, muss auch auf die hier zu beurteilenden Verträge Auswirkung haben. Zwar wird vertreten, dass die zugrunde liegenden Verträge nach wie vor als sittenwidrig zu beurteilen sind, weil der Erlass eines Gesetzes nicht das Unsittliche in das Sittliche erheben könne (so LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 14.10.2002 - 4 Sa 31/02 -; offengelassen vom OLG Celle OLGR 2002, 105). Allerdings kann die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, dass die Erbringung der Leistung - unabhängig von ihrer Beurteilung nach

dem Anstandsgefühl - eine rechtswirksame Forderung begründet, nicht außer Acht gelassen werden. Auch wenn das Gesetz die Rechte der Prostituierten selbst stärken will, so kann diese Regelung nicht ohne Auswirkungen auf diejenigen Verträge bleiben, die wegen der Förderung des sittenwidrigen Zwecks bisher selbst als sittenwidrig angesehen wurden, wobei bereits bisher die Abgrenzung dieser Verträge von den als wertneutral angesehenen Verträgen nicht immer überzeugend gelungen ist. Das würde zur künstlichen Aufspaltung eines Lebensvorgangs führen, die gerade im Hinblick auf die Wandlung gesellschaftlicher Anschauungen kaum noch nachzuvollziehen wäre. Dementsprechend ist jedenfalls ein Anspruch des Vertragspartners, der die Unterstützungsleistung - hier Werbung und Vermittlung der Gespräche - für die Prostitution (in Form des Telefonssex) erbracht hat, zu bejahen.

b) Die Beklagte wendet sich ohne Erfolg dagegen, das Landgericht habe zu Unrecht nur Zahlungen in Höhe 66.588,64 EUR berücksichtigt, während in Wirklichkeit 71.177,65 EUR gezahlt worden seien, wenn wie geboten der Zeitraum von Oktober 2001 bis Ende 2001 in die Berechnung miteinbezogen worden wäre.

Das Landgericht hat im unstreitigen Tatbestand (Seite 2 des Urteils) die Salden aus der laufenden Geschäftsverbindung der Parteien per 31.12.2001 mit insgesamt 19.510,40 EUR zugunsten der Klägerin (15.190,56 EUR, 362,84 EUR und 3.957,00 EUR) festgestellt. Einen Tatbestandsberichtigungsantrag hat die Beklagte nicht gestellt. Darüber hinaus begegnet die Feststellung auch keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Richtigkeit, § 529 Abs. 1 ZPO. Sie beruht nämlich auf den eigenen Abrechnungen der Beklagten, so - in der Berufungsbegründung in Bezug genommene - Seite 7a des Schriftsatzes vom 01.03.2005, I 53 Spalte G und S. 8, I 61).

Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass die Zahlungen der Beklagten im Jahre 2001 durchaus Berücksichtigung gefunden haben, nämlich indem der entsprechende Gesamtsaldo zum 31.12.2001 zugunsten der Beklagten um diese Summen verringert war. Anderes lässt sich jedenfalls dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen.

c) Auch die Rüge der Beklagten, das Landgericht habe zu Unrecht die Nachberechnung der Fremdberechnungskosten (Applikation VF6) für unsubstantiiert gehalten, kann der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Das Landgericht hat diesen Vortrag zu Recht nicht für ausreichend erachtet. Aus den Berechnungen vom 17.03.2003 (Anlage K7) ergibt sich lediglich, dass „Fremdminuten VF6“ nachberechnet wurden. Im Schriftsatz vom 01.03.2005 (dort Seite 8f., I 61 f.) wird behauptet, es sei durch einen Fehler einer Mitarbeiterin zu wenig Minuten für die von Fremdenberaterinnen durchgeführten Telefonate „auf den Applikationen der Klägerin“ berechnet worden. Es folgt dann die Aufstellung, dass nach der Statistik VF6 dort von September 2001 bis Januar 2003 angeblich 25.232,78 Minuten abzurechnen und mit der Nachberechnung 25.227,25 geltend gemacht worden seien.

Es kann als wahr unterstellt werden, dass diese Daten der Monatsabrechnungen der EDV der Beklagten entnommen sind. Angesichts des bereits in der Klageschrift erfolgten Bestreitens der Klägerin hinsichtlich der Nachberechnung ersetzt dies aber nicht die nachvollziehbare Berechnung der Forderung. Weder die Aufstellung noch die Anlage B4 vermögen einen konkreten Vortrag dazu zu ersetzen, welche Leistungen von der Beklagten erbracht wurden und von der Klägerin zu vergüten sind. Die Darlegung in der eigenen Aufstellung der Beklagten (Seite 9 des Schriftsatzes vom 01.03.2005, I 63) weist in erheblichem Maße Ungereimtheiten zwischen den angeblich erbrachten und den abgerechneten Fremdleistungen auf, so dass eine schlüssige Darlegung der in Rechnung gestellten Leistungen nicht gegeben ist. Nach der Aufstellung ist teilweise mehr abgerechnet worden als sich aus der „Statistik VF6“ ergibt, so im Januar 2002, im Mai 2002, im September 2002 und im November 2002, teilweise aber auch weniger. Hinzu kommt, dass keinerlei Vortrag dazu gehalten wird, ob die abgerechneten Fremdgespräche auch allesamt von den Telefonkunden bezahlt wurden, denn ansonsten dürften weder für die bei der Beklagten tätigen Berater Kosten noch Fremdberatungskosten in Rechnung gestellt werden, da solche Kosten nach den unstreitig mit den anderen Diensteanbietern verwendeten Verträgen nicht angefallen wären.

Soweit die Beklagte im Berufungsrechtszug darauf abstellt, es handele sich um Outbounds/Maschinennutzung, so dass es auf die Realisierung der Telefongebühren bei den Kunden nicht ankomme, ist dies dem Senat nicht nachvollziehbar, da ein Satz von 0,36 EUR abgerechnet wird (für Fremdberechnungskosten vereinbart), nicht aber 0,10 EUR, wie vertraglich für die Maschinennutzung vorgesehen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97, 91a, 344 ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat lässt die Revision gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu, da die Sache im Hinblick auf die Auswirkungen des ProstG auf andere Verträge, die der Unterstützung eventuell sittenwidrigen Handelns dienen sollen, über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung hat.