Abschrift

1 S 146/14
42 C 60/14 AG Norderstedt

Verkündet am
15.07.2016
Lorenz
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Eingegangen
am 20. Juli 2016
Dr. H. Schneider
Rechtsanwalt

Landgericht Kiel

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt

gegen

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Kanzlei Norderstedt**, Südportal 3, 22848 Norderstedt, Gz.: 234/13

wegen Forderung

hat die 1. Zivilkammer des Landgerichts Kiel durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Heineke, die Richterin am Landgericht Dr. Jensen-Wicklein und die Richterin Schwede am 15.07.2016 auf Grund des Sachstands vom 11.07.2016 ohne mündliche Verhandlung mit Zustimmung der Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Norderstedt vom 05.06.2014, Az. 42 C 60/14, abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Uelzen vom 23.01.2014 (AZ.: 13-8607511-0-8) wird mit der Maßgabe aufrecht erhalten, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 708,05 € sowie am 09.08.2016 weitere 20, 23 € sowie Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 40, 46 € seit dem 12.10.2013 sowie weitere Zinsen in Höhe

von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 20, 23 € seit dem 10.11.2013, sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 20, 23 € seit dem 10.12.2013, sowie weitere Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 20, 23 € seit dem 10.01.2014 zu zahlen. Im Übrigen wird der Vollstreckungsbescheid aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gem. § 540 Abs. 2, 313 a ZPO abgesehen. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt worden.

In der Sache hat die Berufung zum weit überwiegenden Teil Erfolg. Entgegen der Gründe des Amtsgerichts hat die Klägerin einen Anspruch auf Zahlung gegen die Beklagte in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. Dieser Anspruch ergibt sich als Vergütungsanspruch für die vereinbarte Leistung aus § 611 Abs. 1 BGB. Bei dem vorliegenden Vertrag handelt es sich um einen typengemischten Vertrag, der vorrangig dienstvertragliche, aber auch werkvertragliche Elemente enthält. Im Vordergrund steht die versprochene Leistung des Einstellens und der Pflege der Daten der Beklagten in das von der Klägerin geführte Verzeichnis, sowie das Treffen von Maßnahmen zur Suchmaschinenoptimierung. Die Beklagte hat sich in dem geschlossenen Vertrag zur Zahlung eines Gesamtbetrags in Höhe von 600 € netto, 728 € brutto, verpflichtet. Bei Vertragschluss war vereinbart worden, dass der Monatsbetrag 17 € netto betragen sollte und der Vertrag 36 Monate laufen sollte. Der Vertrag ist zwischen der Beklagten und dem Mitarbeiter der Klägerin, Herrn K am Telefon am 09.09.2013 geschlossen worden. Die Klägerin ist als Inhaberin des „Verlags ." auch berechtigt, die Forderung einzuklagen. Dem Vertragsschluss standen auch keine rechtshindernden Einwendungen entgegen. So überzeugt die Auffassung, bei § 7 UWG würde es sich um ein Schutzgesetz i.S. des § 134 BGB handeln und der Vertrag sei wegen Verstoßes gegen § 7 UWG gem. § 134 BGB nichtig, nicht. Denn § 7 Abs. 2 UWG regelt die Art und Weise des Zustandekommens eines Vertrags, nicht jedoch den Inhalt eines Vertrags. § 134 BGB betrifft jedoch gerade Vertragsinhalte. Das UWG dient in erster Linie dem Schutz des fairen Wettbewerbs und insbesondere den Interes-

sen der gesetzeskonform agierenden Mitbewerber. Deshalb wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass ein Verstoß gegen § 3 ff. UWG nicht die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages zur Folge hat, da die Ordnungsvorschriften des UWG lediglich die Art und Weise des Zustandekommens des Vertragsschlusses bzw. dessen Vornahme betreffen, nicht aber auf das hieraus folgende inhaltliche Geschäft abstellen (Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 134 Rn. 8, 24; Nassall in jurisPK-BGB, 6. Aufl., § 134 Rn. 207 m.w.N.; Erman/Palm, BGB, 14. Aufl., § 134 Rn. 99; MüKo/Armbrüster, BGB, 6. Aufl., § 134 Rn. 67 m.w.N.). Durch § 7 UWG soll jedoch nicht der wirtschaftliche Erfolg als solches verboten werden, es wird bloß sanktioniert, wenn der Anruf ohne mutmaßliche vorherige Einwilligung des sonstigen Marktteilnehmers erfolgte, und damit die Art und Weise der Vertragsanbahnung missbilligt. Bezweckt das Verbot nicht, das Geschäft als solches zu untersagen, sondern wendet es sich lediglich gegen die Umstände seines Zustandekommens, so handelt es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift und nicht um ein Verbotsgesetz (LG Bonn BeckRS 2015, 06600 mit weiteren Verweisen; MüKo/Armbrüster, a. a. O., § 134 Rn.) Bei Formulierungen wie „unzulässig", liegt in der Regel kein Verbotsgesetz vor (Palandt/Ellenberger, 71, Aufl., § 134 Rn. 6a). Auch ergibt sich aus dem UWG in § 8 und § 9, welche die Rechtsfolgen für Verstöße gegen die vorangehenden Normen regeln, gerade nicht, dass ein infolge der Belästigung geschlossener Vertrag nichtig sein soll.

Das vorliegende Rechtsgeschäft ist auch nicht sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB. Ein wucherähnliches Rechtsgeschäft setzt neben einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung weitere sittenwidrige Umstände, etwa eine verwerfliche Gesinnung, voraus (Palandt/Ellenberger, 71.Aufl., § 138 Rn. 34). Beides ist vorliegend nicht erkennbar.

Die von der Beklagtenseite mit Schreiben vom 02.12.2013 erklärte Anfechtung bleibt ohne Wirkung. Aus dem Schreiben ist bereits ein Anfechtungsgrund nicht erkennbar. Für eine Anfechtungserklärung gem. § 143 BGB ist aber erforderlich, dass für den Anfechtungsgegner erkennbar ist, auf welche tatsächlichen Grundlagen die Anfechtung gestützt wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist dürfen neue Anfechtungsgründe nicht nachgeschoben werden (Ellenberger in Palandt, 71 Aufl., § 143 Rn. 3).

Auch ist der Vergütungsanspruch nicht untergegangen. Als Unternehmerin stand der Beklagten ein gesetzliches Widerrufsrecht bei einem sog. Fernabsatzvertrag nicht zu. Für ihre Behauptung eines vereinbarten Kündigungsrechts ist die Beklagte beweisfällig geblieben. Soweit die Beklagte behauptet hat, ihr sei ein zweiwöchiges Kündigungsrecht eingeräumt worden, dürfte hiermit gemeint gewesen sein, dass vereinbart worden sein soll, dass sich die Beklagte innerhalb

von zwei Wochen ohne Angabe von Gründen von dem Vertragsschluss lösen können sollte. Dem Beweisangebot der Vernehmung der Zeugin von , die das Telefongespräch am 09.09.2013 in den Räumen der Beklagten mitgehört haben soll, war jedoch nicht nachzugehen, da der Beweisverwertung das Grundrecht des Gesprächspartners, hier das des Herrn K , in Form des allg. Persönlichkeitsrechts entgegen steht (so BVerfGE 106, 28). Denn in der Verwertung einer Aussage eines Zeugen, der ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat, liegt ein Eingriff in das durch das allg. Persönlichkeitsrecht geschützte gesprochene Wort, wofür es einer tragenden Rechtfertigung bedarf. Als Rechtfertigung reicht das Beweiserfordernis der Beklagtenseite nicht aus. Soweit vertreten wird, dass, wenn der Zeuge zufällig mitgehört hat, ein Beweisverwertungsverbot nicht bestehe, da dann keine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliege (BAG, NJW 2010, 104), überzeugt diese Auffassung nicht gänzlich. Denn auch wenn bei einem zufälligen Mithören derjenige, auf dessen Seite der Zeuge mithört, den Zeugen nicht absichtlich hat mithören lassen, ändert dies bei einer Beweisverwertung durch das Gericht nichts an dem den Gesprächspartner treffenden Eingriff in dessen Persönlichkeitsrecht. Der relevante Grundrechtseingriff erfolgt nicht durch denjenigen, in dessen Nähe ein anderer mithört, sondern durch die Beweiserhebung und -verwertung durch das Gericht über das gesprochene Wort in Kenntnis dessen, dass das Wort nicht gegenüber dem Zeugen geäußert worden ist, sondern dieser nur mitgehört hat. Bei der Frage, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist, kann es nicht darauf ankommen, ob der Zeuge absichtlich oder zufällig mitgehört hat. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Sprechende zu dem Mithören seine Einwilligung erteilt hat. Dies muss er zwar nicht ausdrücklich tun, aber zumindest konkludent. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 09.10.2002 (BVerfGE 106, 28) deutlich gemacht, dass ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dann nicht vorliegt, wenn zumindest eine konkludente Einwilligung darin, dass auch andere unmittelbar von dem Gesprächsinhalt Kenntnis erlangen können, vorliegt. Dabei kommt es nach dem BVerfG entscheidend darauf an, ob der Sprecher auf Grund der Rahmenbedingungen begründetermaßen erwarten darf, nicht von Dritten gehört zu werden. Dazu stellt das Gericht auch klar, dass der Grundrechtsschutz generell auch trotz Möglichkeiten zum Lautschalten oder der Verbreitung von Mobilfunkanlagen oder öffentlichen Telefonzellen grundsätzlich besteht. Wenn für den Sprecher aber anhand objektiver Kriterien erkennbar ist, dass er ebenfalls von anderen gehört werden kann (z.B. anhand der Geräuschkulisse), vermag er selbst zu entscheiden, ob er das Gespräch beendet. Setzt er das Gespräch trotzdem fort, hat er seine Einwilligung von einem Dritten gehört zu werden, konkludent erteilt. Es kommt also im Einzelfall darauf an, ob der Gesprächspartner mit einem Mithören anderer Personen einverstanden gewesen ist und dieses Einverständnis möglicherweise konkludent, ermittelbar anhand objektiver Umstände, erteilt hat. Die Darlegungslast hinsichtlich der Umstände, die für eine konklu-

dente Einwilligung des Sprechers sprechen, liegt bei dem Gesprächspartner, der die Beweiserhebung begehrt, also regelmäßig bei demjenigen, bei dem der Zeuge mitgehört hat. Hierzu hat die Beklagte aber nur vorgetragen, dass der Zeuge K bereits aus dem Umstand, dass er die Beklagte auf der Arbeit angerufen habe, hätte erkennen können, dass anwesende Kunden mithören konnten. Dieser pauschale Vortrag ist jedoch nicht geeignet, objektive Anhaltspunkte dafür zu bieten, dass der Zeuge K einem Mithören durch weitere Personen konkludent zugestimmt hätte.

Der Vergütungsanspruch ist auch nicht durch Aufrechnung seitens der Beklagten mit einem Schadenersatzanspruch gem. §§ 823 Abs. 2, 7 UWG in gleicher Höhe erloschen. Denn § 7 UGW ist ebenfalls kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Da der Gesetzgeber in den §§ 8 und 9 UWG die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 7 UWG geregelt hat, überzeugt es nicht, dass weitere Rechtsfolgen aus dem BGB in Form von weiteren Schadenersatzansprüchen gewollt gewesen sind. Auch ergibt sich schließlich der Schaden nicht unmittelbar aus dem Verstoß gegen § 7 UWG, sondern allenfalls mittelbar durch den infolge des Anrufs zustande kommenden Vertragsschluss. § 7 UWG soll verhindern, dass einem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer Werbemaßnahmen gegen seinen erkennbaren oder mutmaßlichen Willen aufgedrängt werden. Verhindert werden soll auch, dass die belästigende Werbung zu einer Bindung von Ressourcen des Empfängers führt. Dagegen bezweckt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer (BGH 21.04.2016, I ZR 276/14).

Es ergibt sich auch kein Anspruch aus §§ 280, 311, 241 Abs. 2 BGB. Zwar dürfte es sich bei einem Verstoß gegen § 7 UWG um eine Pflichtverletzung auch gegenüber dem Empfänger des Anrufs handeln. Denn der Anruf ohne Einwilligung des Empfängers stellt durchaus für diesen eine unzumutbare Belästigung dar. Die Frage, ob hier durch eine etwaige vorherige unentgeltliche Vertragsbeziehung eine solche unangemessene Belästigung vorgelegen hat, kann letztlich dahinstehen, da jedenfalls kein ausreichend kausaler Schaden entstanden ist. Denn die Beklagte musste auf den Anruf der Klägerin keinen Vertrag mit dieser abschließen. Es stand ihr frei, dies zu tun. Als Unternehmerin ist sie gehalten, ihre vertragsbindenden Erklärungen vor Abgabe zu überprüfen.

Die Höhe des tenorierten Vergütungsanspruchs ergibt sich aus monatlich 20, 23 € (brutto) für die Monate September 2013 bis Juli 2016 (35 Monate). Es ergibt sich so die tenorierte Summe von 708, 05 €. Maßgeblich für die vereinbarte Fälligkeit der Leistungen war allein das Telefonat.

Dadurch, dass die AGB nicht vorgelegt worden sind, können diese vorliegend auch nicht zur Bestimmung des Vertragsgegenstands herangezogen werden. In dem Telefonat hieß es nach dem unstreitigen Vortrag, dass eine Gebühr von 17 Euro monatlich netto, Gesamtpreis komplett 612 € netto, für die Eintragung des elektronische Branchenverzeichnis der Klägerin geschuldet werde. Diese Formulierung ist so zu verstehen, dass eine monatliche Zahlweise vereinbart worden ist. Da nähere Vereinbarungen in dem maßgeblichen Telefonat nicht getroffen worden sind, greifen die gesetzlichen Bestimmungen. Gem. § 271 BGB ist eine versprochene Leistung im Zweifel sofort fällig, denn der jeweilige Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen, wenn keine Leistungszeit bestimmt ist. Dies bedeutet für den Vergütungsanspruch der Klägerin, dass der Vergütungsanspruch in Höhe von 20, 23 € für den ersten Monat, also den Zeitraum vom 09.09.2013 bis zum 08.10.2013, sofort am 09.09.2013 fällig geworden ist, da der Vertrag am 09.09.2013 geschlossen worden ist. Im Folgenden sind dann jeweils zum 09. eines jeden Monats die weiteren monatlichen Beiträge in Höhe von jeweils 20, 23 € brutto fällig geworden. Soweit die Klägerin zum Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht, im schriftlichen Verfahren beantragt hat, 101, 15 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.10.2013 und im Zeitraum vom 10.02.2014 bis zum 08.09.2016 monatlich 20, 23 € sowie weitere 10 € zu zahlen, handelte es sich teilweise um eine Klage auf künftige Leistung, die vorliegend zulässig war. Gem. § 259 ZPO kann eine Klage auf künftige Leistung, außer in den Fällen § 257, 258 ZPO, erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Diese Besorgnis ist i.d.R. begründet, wenn der Schuldner den Anspruch ernsthaft bestreitet (BGH NJW-RR 2005, 1518, NJW 2001, 2178). Die Beklagte hat bereits mit der Kündigung vom 19.09.2013 deutlich gemacht, dass sie die Vergütung nicht bezahlen werde. Aus diesem Grund war die Erhebung der Klage gem. § 259 ZPO vorliegend zulässig. Tritt Fälligkeit während des Verfahrens ein, kann ohne Antragsänderung ein unbedingtes Urteil ergehen (Greger in Zöller, ZPO, 31 Auflage § 257, Rn. 7, bereits RG vom 24.03.1916 VII 441/15, BGH NJW-RR 2005, 1169; BAG NJW 2015, 1773, 1774). Vorliegend waren unter Berücksichtigung des Schlusses der mündlichen Verhandlung am 12.07.2016 alle Monatsbeiträge einschließlich des Betrags für den Leistungszeitraum vom 09.07.2016 bis zum 08.08.2016 fällig geworden. Mithin sind alle Monatsbeiträge für 35 Monatszeiträume seit dem 09.09.2013 fällig geworden. So ergibt sich die genannte Summe von 708, 05 € (35 x 20, 23 €). Der Geltendmachung dieses Vergütungsanspruchs stand auch keine berechtigte Einrede des nichterfüllten Vertrags entgegen, da nach dem Eingang des Schriftsatzes der Klägerin vom 06.06.2016 zuletzt unbestritten geblieben ist, dass die Leistung vollständig erbracht worden ist. So hat die Klägerin unstreitig nicht nur den Eintrag in das Branchenverzeichnis erbracht, sondern auch die versprochenen Maßnahmen zur Suchma-

schinenoptimierung. Ein Zurückbehaltungsrecht an einzelnen Leistungen ist seitens der Klägerin unstreitig nicht ausgeübt worden, so dass die Klägerin insoweit die gesamte vereinbarte Vergütung schuldet.

Die weitere Verurteilung zur Zahlung von 20, 23 € am 09.08.2016 beruht ebenfalls auf den vertraglichen Vergütungsanspruch gem. § 611 BGB. Die insoweit weiterhin auf künftige, weil nach Schluss der mündlichen Verhandlung fällig werdende, Leistung gerichtete Klage ist weiterhin zulässig, da die Besorgnis der Nichtzahlung des Betrags als Voraussetzung für § 259 ZPO wegen Weigerung der Beklagten weiterhin besteht.

Der ausgeurteilte Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 Abs. 1, Abs. 2, Nr. 3, 288 Abs. 2 BGB, beschränkt durch die Anträge der Klägerin (§ 308 ZPO). Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte auch zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf eine Summe von 101, 15 € seit dem 12.10.2013 zu verurteilen. Die Klägerin ist gem. §§ 280 Abs.1, Abs. 286 BGB berechtigt, als Verzugsschaden Zinsen zu verlangen, soweit Verzug eingetreten ist. Durch die am 10.09.2013 ausgesprochene Kündigung der Beklagten hat diese die Leistung ernsthaft und endgültig im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB verweigert. Zu diesem Zeitpunkt ist in Bezug auf den bereits zum 09.09.2013 fällig gewordenen Vergütungsanspruch in Höhe von 20, 23 € Verzug eingetreten. Zinsen können regelmäßig gem. § 187 BGB ab dem Tag, der auf das Ereignis (hier die Erfüllungsverweigerung der Beklagten) folgt, hier also ab dem 11.09.2013 verlangt werden. Da die Klägerin aber Zinsen aber erst ab dem 12.10.2013 beantragt hat, war der zu tenorierende Zinsanspruch durch den Antrag beschränkt (§ 308 ZPO). Zum 12.10.2013 war bereits ein weiterer Monatsbeitrag für den Zeitraum 09.10.2013 bis 08.11.2013, zum 09.10.2013, fällig geworden. Wegen der dauernden endgültigen Erfüllungsverweigerung ist auch insoweit Verzug mit Fälligkeit eingetreten. Zinsen werden deshalb auf einen Betrag von 40, 46 € (zwei Monatsbeiträge) in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.10.2013 (weil dies so beantragt worden ist) geschuldet. Weitere Zinsen auf einen weiteren Monatsbetrag von 20, 23 € können aus den vorgenannten Gründen zum Verzug infolge der jeweils eintretenden Fälligkeit seit dem 10.11.2013 auf einen Betrag von 20,23 €, sowie zum 10.12.2013 auf einen Betrag von 20, 23 € und seit dem 10.01.2014 auf einen Betrag von ebenfalls 20, 23 € verlangt werden.

Im Übrigen war der Vollstreckungsbescheid wegen der weiteren beantragten Zinsen aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Berufung zurückzuweisen. Zinsen auf eine höhere Summe als 101, 15 € sind nicht mehr beantragt worden (§ 308 ZPO). Soweit die Klägerin den Ersatz

von Mahnkosten verlangt, war die Klage ebenfalls abzuweisen, da es insoweit an ersatzfähigen Aufwendungen für Mahnschreiben fehlte, da die Mahnungen jeweils auf eine Summe von 738, 28 € lauteten, jedoch eine monatliche Zahlungsweise vereinbart worden war und somit überwiegend Beträge eingefordert worden sind, die zum Zeitpunkt der Mahnung noch nicht fällig waren.

Da das Unterliegen der Klägerin wegen anteiliger Zinsen und Mahnkosten in Höhe von 10 € als geringfügig im Sinne des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO anzusehen ist, hat die Beklagten die Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz zu tragen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 ZPO.

Heineke Dr. Jensen-Wicklein Schwede