

Aktenzeichen:

1 U 103/15

10 O 110/15 (1) LG Rostock



Oberlandesgericht Rostock

Im Namen des Volkes

Urteil

im schriftlichen Verfahren

In dem Rechtsstreit

- Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

gegen

- Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat das Oberlandesgericht Rostock - 1. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. ter Veen, die Richterin am Oberlandesgericht Evermann und die Richterin am Oberlandesgericht Feger auf die bis zum 14.06.2017 eingegangenen Schriftsätze am 13.07.2017 für Recht erkannt:

I.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 29.07.2015 verkündete Urteil des Landgerichts Rostock - 10 O 110/15 (1) - abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 711,62 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.04.2013 sowie weitere 10,00 € zu zahlen.



, Gz.:

2. Die Klägerin wird verurteilt, es bei Meldung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, die Beklagte zu Werbezwecken anzurufen, ohne dass der Klägerin eine vorherige ausdrückliche Einwilligung der Beklagten in den Erhalt derartiger Anrufe vorliegt oder eine zumindest mutmaßliche Einwilligung angenommen werden kann.
3. Die Klägerin wird weiter verurteilt, an die Beklagte 215,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 25.07.2014 zu zahlen.
4. Die Klägerin wird zudem verurteilt, der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, woher die personenbezogenen Daten über die Beklagte stammen.
5. Es wird festgestellt, dass sich die Widerklage im Übrigen in der Hauptsache erledigt hat.

II.

Von den Kosten des Rechtsstreits in der ersten Instanz trägt die Klägerin 6/7 und die Beklagte 1/7, die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

V.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 711,62 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt Vergütung wegen der Eintragung von Firmendaten der Beklagten in einem von ihr geführten elektronischen Branchenverzeichnis; im Wege der Widerklage hat die Beklagte Ansprüche auf Unterlassung von Anrufen zu Werbezwecken, zum Ausgleich ihr entstandener An-

waltskosten wegen der Abwehr von Eingriffen in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht sowie auf Auskunft betreffend die Herkunft der von ihr bei der Klägerin gespeicherten personenbezogenen Daten geltend gemacht.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in I. Instanz und der gestellten Parteianträge wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil Bezug genommen (540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die Klägerin zur Widerklage der Beklagten - soweit sich diese in der Hauptsache nicht teilweise erledigt hatte - antragsgemäß verurteilt. Letzteres ist unangefochten geblieben.

Mit ihrer Berufung (zur Begründung siehe Schriftsatz vom 31.08.2015, GA 1ff./III) verfolgt die Klägerin - unter Vertiefung ihres Vortrags aus der I. Instanz - ihre Klageforderung weiter. Sie rügt eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 21.05.2015 verkündeten Urteil des Landgerichts Rostock - 10 O 110/15 (1) - die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 711,62 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.04.2013 sowie weitere 10,00 € zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurück zu weisen.

Sie hält das angefochtene Urteil im Ergebnis für richtig (vgl. näher Schriftsatz vom 26.10.2015, GA 77ff./III).

Der Senat hat mit Verfügung vom 18.04.2017 (GA 91ff./III) zu der im Rechtsstreit beabsichtigten Entscheidung ausgeführt und den Parteien anempfohlen, ihre Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren - unter Verzicht auf die Einreichung weiterer Schriftsätze und die gesonderte Mitteilung des Verkündungstermins - zu erteilen. Damit haben sich sowohl die Klägerin (Schriftsatz vom 01.06.2017, GA 113/III) wie die Beklagte (Schriftsatz vom 14.06.2017, GA 123/III) einverstanden erklärt.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Parteischriftsätze nebst Anlagen sowie den Akteninhalt im Übrigen ausdrücklich Bezug genommen (§§ 525 Satz 1, 313

Abs. 2 Satz 2 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung ist begründet. An der Zulässigkeit bestehen ob des in Anbetracht der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 21.05.2015 offenkundigen Schreibversehens in der Antragstellung keine Zweifel.

Denn die Entscheidung des Erstgerichts, das der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 711,62 € (sowie die daneben geltend gemachten Mahnkosten über pauschal 10,00 €) aus § 611 BGB i.V.m. § 612 BGB versagt hat, weil der geschlossene Telekommunikationsdienstleistungsvertrag nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG nichtig sei (vgl. LGU 6-7), ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Beklagte vermag dem Anspruch der Klägerin auch nicht mit den sonstigen von ihr erhobenen Einwendungen mit Erfolg entgegen zu treten bzw. diesen - durch Aufrechnung, Anfechtung oder Ausübung eines Kündigungsrechts - zum Erlöschen zu bringen.

Der Senat orientiert sich bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage weitgehend an einer Entscheidung des Landgerichts Kleve (Urteil vom 08. Juli 2016 - 5 S 97/15 -, veröffentlicht in juris) - die einen vergleichbaren Sachverhalt zum Streitgegenstand hatte und in der sich das Gericht mit den nämlichen Rechtsfragen wie vorliegend auseinandersetzen musste - und nimmt daher auf dieses Judikat zur näheren Begründung Bezug.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von 711,62 € aus § 611 Abs. 1 bzw. § 631 Abs. 1 BGB zu.

Die Parteien sind durch einen gemischttypischen Vertrag (Dienst- und Werkvertrag) gemäß §§ 611, 631 BGB verbunden (vgl. insoweit Palandt/Waldenkauff, BGB, 76. Aufl., Einf v § 611 Rn. 22 m.w.N.). Die Klägerin hat den Inhalt des Telefongesprächs vom 04.03.2014, in dem es zum Vertragsschluss gekommen ist, substantiiert bereits mit der Klageschrift dargestellt (vgl. Schriftsatz vom 17.05.2014, Seite 3-4 = GA 10-11/I). In diesem Telefonat wurden, entgegen der Ansicht der Beklagten (Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 12 = GA 88/III), die essentialia negotii hinreichend bezeichnet, nämlich die Vertragsparteien, der Gegenstand des Vertrages, die Laufzeit sowie die Vergütung. Aus den öffentlich zugänglichen Quellen ließ sich für die Beklagte unschwer ermitteln, dass hinter der Firmenangabe „Verlag für . . .“ als Inhaberin die Klägerin steht. Ebenso war die von der Klägerin zu erbringende Leistung hinreichend klar miteinander vereinbart: sie sollte für die Laufzeit von drei Jahren die Firmendaten „for.I . . .“ in ihr

elektronisches Branchenverzeichnis, www. .de aufnehmen. Betreffend der aufzunehmenden Daten hat die Beklagte im Anschluss an das Gespräch das Datenblatt gemäß Anlage K 2 (GA 14/l) erhalten. Sie hat nicht vorgebracht, dass diese Daten unzutreffend gewesen wären.

Dem Vertragsschluss steht auch nicht entgegen, dass dieser über das Telefon fernmündlich erfolgte, da das Gesetz (vgl. § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB) grundsätzlich den fernmündlichen Vertragsschluss kennt und besondere Formvorschriften angesichts des spezifischen Inhalts der Vereinbarung nicht vorliegen.

In der Sache handelt es sich bei dem Vertrag um einen gemischttypischen Vertrag, mit einerseits dienstvertraglichen (Einstellen, Aufrechterhalten und Pflegen des Eintrags des Beklagten im Branchenverzeichnis der Klägerin) und andererseits mit werkvertraglichen Elementen (der einmaligen Einstellung in dem Branchenverzeichnis), so dass die Vergütung in Höhe von insgesamt 711,62 € netto (598,00 € netto) nach § 611 Abs. 1 BGB bzw. § 631 Abs. 1 BGB durch die Beklagte geschuldet ist.

a. Wirksamkeitshindernisse für den geschlossenen Vertrag bestehen nicht. Insoweit wird auf die Erwägungen des Landgerichts Kleve in dem genannten Urteil Bezug genommen, zu denen es heißt:

„(1) § 134 BGB

Der Vertrag erweist sich nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot als nichtig. Verbotsgesetze sind solche Rechtsnormen, die sich gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes richten (MüKo, 6. Aufl. 2012, § 134 Rdnr. 41). Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz macht das Rechtsgeschäft nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Erforderlich ist daher eine Auslegung des Verbotsgesetzes. Sie ist dann entbehrlich, wenn das Gesetz die Folgen eines Verstoßes ausdrücklich bestimmt und das Rechtsgeschäft als nichtig, unwirksam oder anfechtbar bezeichnet (Palandt, 75. Aufl. 2016, § 134 Rdnr. 6). Insoweit kann an dieser Stelle dahinstehen, ob ein im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss in Rede stehender Verstoß gegen eine Vorschrift des UWG als einzig in Betracht kommendes Verbotsgesetz vorliegt, da aus einem etwaigen Gesetzesverstoß jedenfalls nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages folgt. Verträge, die durch unlauteren Wettbewerb zustande gekommen sind, sind als solche in der Regel nicht nach § 134 BGB nichtig (BGH NJW 1991, 287, 291 f.; Münchener Kommentar-Armbrüster, BGB, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 67 m.w.N.). Denn der Inhalt des hier zu beurteilenden Vertrages, die Erbringung einer Dienstleistung in Form der Eintragung in ein Branchenverzeichnis gegen Entgelt, verstößt gegen kein gesetzliches Verbot. Allenfalls die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages könnte gegen eine Vorschrift des UWG verstoßen. Dies führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Vertrags selbst nach § 134 BGB (BGH, a.a.O.). Auch das UWG selbst ordnet eine entsprechende Rechtsfolge - Nichtigkeit der unter

Verstoß hiergegen zustande gekommen Verträge - nicht an.

(2) § 138 BGB

Der Vertrag ist auch nicht aufgrund von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Vertrag gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen würde (Palandt, 75. Aufl. 2016, § 138 Rdnr. 2 mwN). Der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung - die Eintragung in ein Branchenverzeichnis gegen Entgelt - verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Soweit im Rahmen des § 138 BGB darüber hinaus sich die Sittenwidrigkeit des Geschäfts auch aus dem Gesamtcharakter desselben und einer Gesamtwürdigung des Inhalts, des Zweckes, der Beweggründe und der Umstände des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts ergeben kann (vgl. BGHZ 86, 88; BGH NJW 1990, 590), führt auch dies nicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit. Selbst wenn der Vertrag unter wettbewerbsrechtlich unzulässiger Anbahnung mittels eines so genannten "Cold Call" zustande gekommen sein sollte, verstößt ein derartiges Verhalten jedenfalls nicht in einer derartigen Art und Weise gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, dass die Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung als Folge geboten wäre. Eine Unvereinbarkeit mit grundlegenden Wertungen der Sitten- und Rechtsordnung ist hierin nicht zu erkennen, mag sich ein solcher "Cold Call" auch als lästig und gegebenenfalls wettbewerbsrechtlich unzulässig erweisen.

Für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB wegen eines eklatanten Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (Wucher) ist durch den insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht hinreichend vorgetragen worden. Allein der Umstand, dass auch andere Anbieter Branchenverzeichnisse mit Suchfunktionen bereithalten und deren Reichweite ggfs. über derjenigen der Klägerin liegt und zugleich ggfs. günstiger zu erhalten sind, begründet nicht ein zur Annahme von Wucher berechtigendes eklatantes Missverhältnis. Dies gilt umso mehr, als die vereinbarte Vergütung in der absoluten Summe auch nicht als außerordentlich hoch beurteilt werden kann." (LG Kleve, Urteil vom 08. Juli 2016 - 5 S 97/15 -, Rn. 17-21, juris)

b. Der Anspruch der Klägerin ist weder durch die von der Beklagten erklärte Anfechtung (vgl. Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 11 = GA 87/III m.w.N.) noch durch die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG (Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 4ff. = GA 80ff./III) erloschen. Auch insoweit folgt der Senat den Ausführungen des Landgerichts Kleve, die wie folgt wiederzugeben sind:

„aa) Anfechtung

Der Vertrag ist auch nicht durch eine etwaige Anfechtung mit ex-tunc Wirkung als von Anfang an nichtig zu betrachten (§ 142 BGB). Auf die in einem vorprozessualen Schriftsatz erklärte Anfechtung (Bl. 22, 94 GA) ist im Klageverfahren kein Bezug mehr genommen worden. Es bestehen aber auch bereits im Hinblick auf einen möglichen Erklärungs- oder Inhaltsirrtum (§ 119 BGB) durchgreifende Zweifel am

Vorliegen einer gemäß § 121 BGB rechtzeitigen und fristgerechten Anfechtungserklärung. Gemäß § 121 BGB muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen (unverzüglich), nachdem der Anfechtungsberechtigte Kenntnis von dem Anfechtungsgrund erlangt hat, wobei die Obergrenze in der Regel eine Frist von zwei Wochen ist (OLG Hamm NJW-RR 1990, 523; OLG Jena OLG-NL 2000, 37). Hier versandte die Klägerin dem Beklagten unter dem 14.01.2015 die Rechnung, womit spätestens nunmehr dem Beklagten klar geworden sein muss, dass er in dem (zweiten) Telefongespräch vom 12.01.2015 einen verbindlichen Vertrag über die entgeltliche Eintragung in ein Branchenverzeichnis zu einem Preis vom 329,00 Euro netto geschlossen hat. Der Beklagte dürfte die Rechnung - mangels anderer Anhaltspunkte - innerhalb der üblichen Postlaufzeit, mithin spätestens am 19.01.2015, erlangt haben. Die Anfechtungserklärung hat er sodann erst mit Schreiben vom 18.02.2015 (Bl. 94 GA) - das erstmalig in der Berufungsinstanz vorgelegt wurde - an die Beklagte versandt, und zwar nach Erhalt der ersten Mahnung. Zu diesem Zeitpunkt wäre die Frist von 14 Tagen jedoch bereits verstrichen.

Ungeachtet dessen hat sich der Beklagte jedoch auch weder in einem Erklärungs- noch in einem Inhaltsirrtum befunden. Insoweit fehlt es bereits an einem hinreichenden Vortrag des insoweit beweisbelasteten Beklagten zum Vorliegen eines Irrtums über den Inhalt der Erklärung (Inhaltsirrtum) bzw. über die Abgabe einer Erklärung solchen Inhalts (Erklärungsirrtum). Dass der Beklagte gegebenenfalls über die Person der Klägerin bzw. der Anruferin im Unklaren war, begründet einen solchen Irrtum jedenfalls nicht. Für den zweiten, hier aufgezeichneten Anruf mit einer Mitarbeiterin der Klägerin wird auch nicht konkret und fallbezogen vorgetragen, inwieweit sich der Beklagte über die Abgabe einer Erklärung oder den Inhalt derselben in einem Irrtum befunden haben will. Darüber hinaus hat der Beklagte für das Vorliegen eines solchen Irrtums in seiner Person keinen Beweis angetreten.

Auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) kam nicht in Betracht, denn der Beklagte hat es insoweit bereits nicht vermocht, die Voraussetzungen eines derartigen Anfechtungsgrundes hinreichend substantiiert darzulegen.

bb) Aufrechnung, § 389 BGB

(1) Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) bzw. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Nr. 2 UWG

Der Anspruch ist auch nicht infolge der hilfsweise erklärten Aufrechnung mit einem eigenen Schadensersatzanspruch aus 823 Abs. 1 BGB (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erloschen (§§ 387, 389 BGB) (vgl. BGH, Urteil v. 21.04.2016, Az. I ZR 276/14).

Denn es fehlt insoweit an der erforderlichen Aufrechnungslage.

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG liegt eine unzumutbare Belästigung vor, wenn gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung mit einem Telefonanruf geworben wird.

Ein auf eine Verletzung dieser Bestimmung in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB (vgl. zur unverlangten Zusendung von E-Mails BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 Rn. 10 ff. = WRP 2009, 1246 - E-Mail-Werbung II; Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 Rn. 15 ff. = WRP 2013, 1579 - Empfehlungs-E-Mail zu Werbeanrufen Köhler in Köhler/Bornkamm UWG, 34. Aufl., § 7 Rn. 14, 119; Koch in Ullmann, JurisPK-UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 263; Leible in MünchKomm.UWG, 2. Aufl., § 7 UWG Rn. 40) oder § 823 Abs. 2 BGB (vgl. dazu Köhler in Köhler/ Bornkamm aaO Einl. Rn. 7.5 mwN) gestützter Schadensersatzanspruch des Beklagten scheidet im Streitfall bereits deshalb aus, weil es an einem vom Schutzbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfassten Schaden fehlt.

Ersatzfähig ist nur der Schaden, der vom Schutzbereich der verletzten Norm erfasst ist (BGH, Urteil vom 22. September 1999 - I ZR 48/97, GRUR 2000, 226, 227 = WRP 2000, 101 - Planungsmappe; Urteil vom 4. Juli 2014 - V ZR 229/13, NJW 2014, 3727 Rn. 15; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 9 Rn. 1.13; Oetker in MünchKomm.BGB, 7. Aufl., § 249 Rn. 122 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., Vor § 249 Rn. 29). Eine Haftung besteht nur für diejenigen äquivalent und adäquat verursachten Schadensfolgen, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen oder die verletzte Vertragspflicht übernommen wurde (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - VI ZR 116/12, NJW 2013, 1679 Rn. 12 mwN).

Die Bestimmung des § 7 UWG, dessen Maßstäbe zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch im Rahmen der Prüfung eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommen (BGH, GRUR 2009, 980 Rn. 14 ff. - E-Mail-Werbung II; GRUR 2013, 1259 Rn. 20 - Empfehlungs-E-Mail; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 14; Koch in Ullmann, JurisPK-UWG aaO § 7 Rn. 153), soll Marktteilnehmer vor einer unzumutbaren Belästigung bewahren (§ 7 Abs. 1 Satz 1 UWG). Gegenstand des Schutzes ist die Verhinderung des Eindringens des Werbenden in die Privatsphäre des Verbrauchers und die geschäftliche Sphäre, insbesondere die Ungestörtheit der Betriebsabläufe des sonstigen Marktteilnehmers; es soll verhindert werden, dass dem Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer Werbemaßnahmen gegen seinen erkennbaren oder mutmaßlichen Willen aufgedrängt werden (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, Seite 20 f.; BGH, Urteil vom 1. April 2004 - I ZR 227/01, GRUR 2004, 699, 701 = WRP 2004, 1160 - Ansprechen in der Öffentlichkeit I; Urteil vom 9. September 2004 - I ZR 93/02, GRUR 2005, 443, 444 = WRP 2005, 485 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II; Urteil vom 1. Juni 2006 - I ZR 167/03, GRUR 2007, 164 Rn. 8 f. = WRP 2007, 67 - Telefax-Werbung II; Urteil vom 11. März 2010 - I ZR 27/08, GRUR 2010, 939 Rn. 20 = WRP 2010, 1249 - Telefonwerbung nach Unternehmerwechsel; Urteil vom 3. März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 Rn. 18 = WRP 2011, 1054 - Kreditkartenübersendung; Leible in MünchKomm.UWG aaO § 7 Rn. 1; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 2; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 1; Koch in Ullmann, JurisPK-UWG aaO § 7 Rn. 3 f.; Pahlow in Großkomm.UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 1; Mehler in Böscher/Dittmer/Schwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 7 UWG Rn. 3). Verhindert werden soll darüber hinaus, dass die belästigende Werbung zu einer Bindung von Ressourcen des Empfängers (z.B. Zeitaufwand, Kosten für Faxpapier, Vorhaltekosten von Empfangseinrichtungen, Entsorgungskosten) führt

(vgl. BGH, GRUR 2007, 164 Rn. 9 - Telefax-Werbung II; Leible in Münch-Komm.UWG aaO § 7 Rn. 1; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 2; Pahlow in Großkomm.UWG aaO § 7 Rn. 1; Schöler in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 36). Dagegen bezweckt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer (Leible in Münch-Komm.UWG aaO § 7 UWG Rn. 1; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 3; Ohly in Ohly/Sosnitzka aaO § 7 Rn. 1; Pahlow in Großkomm.UWG aaO § 7 Rn. 20; aA Fezer/Mankowski, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 43; Mehler in Böscher/ Dittmer/Schiwy aaO § 7 Rn. 5; Schöler in Harte/Henning aaO § 7 Rn. 36). Das Erfordernis einer über die Belästigung hinausgehenden Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, etwa (unter dem Gesichtspunkt der Überraschung, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung des § 7 UWG nicht entnehmen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 3). Die Einbeziehung der Entscheidungsfreiheit des Umworbeneden in den Schutzbereich von § 7 UWG würde zudem die auch durch das Unionsrecht nahegelegten systematischen Grenzen zu § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG verwischen (vgl. zu § 4 Nr. 1 UWG aF Leible in MünchKomm.UWG aaO § 7 Rn. 1; Ohly in Ohly/Sosnitzka aaO § 7 Rn. 16; ders., GRUR 2016, 3, 5; Beater, WRP 2012, 6, 10 f.).

Vorliegend hat der Beklagte keinen Schaden geltend gemacht, der in den Schutzbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fällt.

Insbesondere kann ein ersatzfähiger Schaden nicht in der Belastung mit dem Vergütungsanspruch, den die Klägerin dadurch erlangt hat, dass es zwischen den Parteien jedenfalls beim zweiten Telefonanruf zu einem wirksamen Vertragsschluss über den vergütungspflichtigen Eintrag in das von der Klägerin betriebene elektronische Branchenverzeichnis gekommen ist, gesehen werden. Ob der zweite Anruf durch eine von dem Beklagten erklärte Einwilligung gedeckt gewesen ist, kann offen bleiben. Selbst wenn dieser Anruf nicht durch eine ausdrücklich erklärte oder mutmaßliche Einwilligung des Beklagten gedeckt war, würde dies zu keiner abweichenden Beurteilung führen. Eine etwaige Überraschungssituation und eine etwaig damit einhergehende Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gehört nicht zum Bereich der Gefahren, die § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verhindern will. Es kann auch nicht festgestellt werden, noch ist sonst ersichtlich, dass der Vertragsschluss als eine Folge der Störung der Betriebsabläufe des Beklagten anzusehen ist.

Darüber hinaus sind keine Schäden, die dem Beklagten infolge eines belästigenden Eindringens in seine geschäftliche Sphäre durch den Einsatz von Ressourcen entstanden sind und die der Klageforderung entgegengehalten werden könnten (z.B. Zeitaufwand, Kosten für Faxpapier, Vorhaltekosten von Empfangseinrichtungen, Entsorgungskosten), vorgetragen worden und auch nicht feststellbar.

(2) Anspruch aus §§ 3, 9 UWG in Verbindung mit § 4 Nr. 1 UWG aF

Im Streitfall kommt auch kein Schadensersatzanspruch des Beklagten gemäß §§ 3, 9 UWG in Verbindung mit § 4 Nr. 1 UWG aF in Betracht. Bei der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung dieser Bestimmung liegt eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG aF nur dann vor, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung im Sinne des Art. 2

Buchst. j der Richtlinie 2005/29/EG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 Rn. 26 = WRP 2011, 1321 - Kreditkartenübersendung; Urteil vom 3. April 2014 - I ZR 96/13, GRUR 2014, 1117 Rn. 26 = WRP 2014, 1301 - Zeugnisaktion; Urteil vom 19. März 2015 - I ZR 157/13, GRUR 2015, 1134 Rn. 31 = WRP 2015, 1341 - Schufa-Hinweis). Dafür ist Voraussetzung, dass die im Streitfall allein in Betracht kommende Belästigung die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte (Art. 8 der Richtlinie 2005/29/EG). Für eine solche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit fehlen im Streitfall hinreichende Anhaltspunkte. Denn der Beklagte hat sich in Kenntnis der Bedingungen mit dem kostenpflichtigen Angebot der Klägerin ausdrücklich in dem zweiten Telefonanruf einverstanden erklärt. Darüber hinaus bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte - nicht zuletzt vor dem Hintergrund der wiederholten Nachfragen von Seiten der Klägerin - nicht gewusst hat, was er gesagt und erklärt hat." (LG Kleve, Urteil vom 08. Juli 2016 - 5 S 97/15 -, Rn. 23-39, juris)

c. Die Beklagte hat im Weiteren gegen die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB mit der Folge, dass der Vertrag nach §§ 311, 241 Abs. 2 BGB rück abzuwickeln wäre. Die von der Beklagten (Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 10-11 = GA 86-87/III) insofern angeführte Entscheidung des Landgerichts Arnsberg (vgl. näher LG Arnsberg, Urteil vom 22. Januar 2015 - 8 O 133/14 -, Rn. 23, juris) erachtet der Senat für rechtlich verfehlt, da die Klägerin - wie ausgeführt - bei Abschluss des Vertrages in ihrer Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt war.

d. Die Beklagte vermochte den Vertrag - entgegen ihrem Dafürhalten (vgl. Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 12 = GA 88/III) - nicht außerordentlich zu kündigen. Denn für eine Täuschung und Irreführung ist nichts ersichtlich. Insofern wird auf die bereits angestellten Erwägungen verwiesen.

Soweit sich die Beklagte auf die ohnehin gegebene Möglichkeit der sofortigen Kündigung beruft, weil die in § 9 der AGB der Klägerin bestimmte Kündigung erstmalig nach Ablauf von 36 Monaten aufgrund der im Zeitpunkt des Telefonats unbekanntes Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden sei (Schriftsatz vom 26.10.2015, Seite 13 = GA 89/III), geht auch diese Verteidigung ins Leere. Werden gegenüber einem Unternehmer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, genügt für deren Einbeziehung in den Vertrag jede auch stillschweigende Willensübereinstimmung der Vertragsparteien. Ausreichend ist insoweit, dass der Verwender erkennbar auf seine AGB verweist und der unternehmerische Vertragspartner deren Geltung nicht widerspricht. Eine ausdrückliche Einbeziehung der AGB ist auch dann wirksam,

wenn eine Vertragspartei auf die Geltung ihrer im Internet unter einer bestimmten Adresse abrufbaren AGB hinweist und der andere (Unternehmer-)Vertragspartner sich weder an der angegebenen Internetadresse über den Inhalt der AGB informiert noch die Übersendung der AGB in Schriftform anfordert (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 11. Februar 2004 - 1 U 68/03 -, OLG Bremen 2004, 299-300, Leitsätze 1. und 2., juris). Wie sich aus dem protokollierten Inhalt des geführten Telefonats (vgl. Schriftsatz vom 17.05.2014, Seite 4 = GA 11/I) ergibt, liegt es eben so hier.

2. Der geltend gemachte Zinsanspruch der Klägerin folgt aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 2 BGB.

3. Der Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Mahnkosten ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 611 BGB.

III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO

2. Die Nebenentscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.

3. Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

4. Die Festsetzung des Streitwertes für das Berufungsverfahren gründet sich auf §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO.

Dr. ter Veen
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

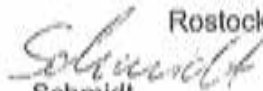
Evermann
Richterin
am Oberlandesgericht

Feger
Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 13.07.2017

Schmidt, JAng
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Beglaubigt

Rostock, 14.07.2017

Schmidt
Justizangestellter