Abschrift

I-12 U 38/15
I-8 O 133/14
Landgericht Arnsberg

Verkündet am 07.10.2016

Voß
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der Frau

Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

Frau

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Thome, den Richter am Oberlandesgericht Klett und den Richter am Landgericht Dr. Neuwinger
auf die mündliche Verhandlung vom 26.08.2016

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 22.01.2015 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert und neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 761,60 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.05.2014 sowie weiteren Kosten von 5,00 € zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, es zu unterlassen, die Beklagte ohne ihre Einwilligung direkt oder über Mitarbeiter der Klägerin zum Zwecke der Werbung und unter Zuhilfenahme von Telefon oder Mobiltelefon anzusprechen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 80 % und die Beklagte 20 %.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 3.813,96 € festgesetzt.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

A.

Die Klägerin betreibt unter der Domain „ ein Internetverzeichnis für Firmeneinträge und erbringt weitere Dienstleistung zur „Steigerung der Webpräsenz" in Suchmaschinen.

Am 09.04.2014 fand ein Telefonat zwischen der Beklagten und der Vertriebsmitarbeiterin der Klägerin B statt. Eine Geschäftsverbindung bestand zu diesem Zeitpunkt zwischen den Parteien nicht. Das Telefonat wurde im Einverständnis der Beklagten von der Vertriebsmitarbeiterin der Klägerin teilweise aufgezeichnet. In diesem kam es unstreitig zum Abschluss eines mündlichen Vertrages über die entgeltliche Eintragung des von der Beklagten betriebenen Hotels in das elektronisch geführte Branchenverzeichnis der Beklagten für einen Zeitraum von drei Jahren. Der Inhalt des vor Beginn der Aufzeichnung geführten Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig.

Mit Schreiben vom 28.04.2014 erklärte die Beklagte die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung und Inhaltsirrtums sowie den Widerruf und die Kündigung des Vertrages.

Mit der Klage hat die Klägerin die Bezahlung der aufgrund des Vertrags erbrachten Leistungen begehrt. Mit der Widerklage hat die Beklagte das Unterlassen weiterer Werbeanrufe durch die Klägerin verlangt.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Zahlungsanspruch stehe der Klägerin im Hinblick auf das Schreiben vom 28.04.2014 nicht zu. Jedenfalls ständen ihr Ansprüche auf Rückabwicklung des Vertrages zu.

Die Klägerin hat dagegen die Ansicht vertreten, gegen ihre Werbeanrufe beständen aus rechtlicher Sicht keine Bedenken.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Klägerin auf die Widerklage aufgegeben, es zu unterlassen, die Beklagte direkt oder über ihre Mitarbeiter ohne deren Einwilligung zum Zwecke der Werbung unter Zuhilfenahme von Telefon oder Mobiltelefon anzusprechen.

Zwar sei ein Zahlungsanspruch der Klägerin in geltend gemachter Höhe zunächst entstanden. Nach dem unstreitig gebliebenen Inhalt des Telefonats sei zwischen den Parteien ein Vertrag zustande gekommen, der sich rechtlich als Geschäftsbesorgungsvertrag in Form eines Dienstvertrages darstellen dürfte. Die Klägerin habe die auf Grund des Vertrages zu erbringenden Leistungen in der Folgezeit unstreitig erbracht. Die Höhe des Anspruchs sei ebenfalls nicht bestritten.

Der Anspruch der Klägerin sei indes aufgrund der Widerrufserklärung im Schreiben vom 28.04.2014 erloschen. Hiermit habe die Beklagte deutlich gemacht, dass sie auch eine Rückabwicklung begehre. Ein Rückabwicklungsanspruch der Beklagten folge aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, schon im Vorfeld des von ihr intendierten Schuldverhältnisses auf die

Rechte und Rechtsgüter der Beklagten Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht habe sie verletzt, indem sie die Beklagte telefonisch zum Zwecke eines Vertragsschlusses kontaktiert habe, ohne dass zuvor eine Geschäftsverbindung bestanden habe. Die Rechtsgutverletzung der Klägerin gegenüber der Beklagten liege darin, dass die entgegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG die Beklagte als sonstige Marktteilnehmerin ohne deren Einwilligung zum Zwecke des Vertragsschlusses angerufen habe. Die Klägerin habe nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung der Beklagten ausgehen können; hierzu fehle auch Vorbringen der Klägerin. Dass aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse der Beklagten an dem Anruf bestanden habe, sei nicht ersichtlich. Die Darlegungs- und Beweislast treffe die Klägerin. Die Klägerin habe sich nach § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig gemacht, mit der sich aus § 249 Abs. 1 BGB ergebenden Rechtsfolge. Vor diesem Hintergrund könne dahinstehen, ob sich die Rechtsfolge auch aus § 823 Abs. 2 BGB, § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG ergebe.

Der Anspruch der Klägerin folge auch nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB. Eine Bereicherung sei nicht feststellbar. Die Beklagte habe substantiiert dargelegt, dass sich unter den 100 ersten Google-Einträgen zu ihren Gunsten keine Eintragung finde. Substantiierte Darlegungen der Klägerin, auch zum Wert der Bereicherung fehlten.

Die Widerklage sei zulässig und begründet. Der Unterlassungsanspruch folge aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog. Dieser Anspruch erfasse den vorliegenden Fall, da anerkanntermaßen unerwünschte Werbeanrufe ohne vorherige Einwilligung in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Person eingriffen. Eine Duldungspflicht der Beklagten bestehe vor dem Hintergrund, dass die Klägerin durch (weitere) Werbeanrufe gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG verstoße, nicht.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Das Landgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass der entstandene Anspruch wieder erloschen sei. Der Beklagten stehe kein Anspruch auf Vertragsaufhebung zu. Die Normen des UWG stellten nach der herrschenden Meinung keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 BGB dar. Dies ergebe sich aus der Gesetzesbegründung. Ein Schadensersatzanspruch stehe gemäß § 9 Abs. 1 UWG lediglich dem Mitbewerber zu. Ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB scheide nach der Rechtsprechung des BGH aus. Es führe zudem zu Wertungswidersprüchen, wenn die fristgerechten Anfechtungstatbestände durch Schadensersatzkonstruktionen unterlaufen würden, die über die UWG-Normen in das BGB einflössen. § 7 UWG habe nichts mit einer „Überrumpelung" zu tun, sondern stelle eine reine wettbewerbsrechtliche Ordnungsvorschrift ohne Sanktionsanordnung dar. Im vorliegenden Fall könne nach gewolltem Vertragsschluss von einer Belästigung keine Rede sein. Die

Argumentation des Landgerichts, den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zu verneinen und § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB anzuwenden, sei eine Umgehung der herrschenden Meinung und des gesetzgeberischen Willens. Wenn die UWG-Normen weder Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB noch Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB seien, seien sie auch keine Schutzgesetze im Sinne des § 311 BGB.

Im Rahmen des Schadensersatzanspruchs sei zudem ein Mitverschulden der Beklagten zu berücksichtigen. Zwischen einem Werbeanruf, einer einvernehmlichen Verhandlung und der Verabredung einer Vertragsaufzeichnung lägen zeitliche Zäsuren, die im Rahmen der Verschuldensbewertung zu würdigen seien. Dies habe das Landgericht nicht berücksichtigt.

Die Widerklage stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar. Das Recht, wegen der telefonisch erfolgten Vertragserklärung abzumahnen, sei verwirkt. Das Verhalten der Beklagte sei widersprüchlich und arglistig. Die Beklagte habe sich in einem Vertragsverhältnis mit der Klägerin befunden. Aus diesem Vertrag ergäben sich gegenseitige Treuepflichten, gegen die die Beklagte verstoße. Wie der Vertragsschluss zeige, habe ein Interesse der Beklagten bestanden. Die Beklagte sei nicht belästigt worden und habe sich nur später anders entschieden. Es stehe der Beklagten frei, der Klägerin zukünftig den weiteren Kontakt zu untersagen. Dies ändere nichts daran, dass sie den Kontakt zunächst zugelassen und einen Vertrag geschlossen habe. Ein Anlass zu einer Abmahnung habe während des Vertragsverhältnisses nicht bestanden.

Die Klägerin beantragt,

> das Urteil des Landgerichts Arnsberg vom 22.01.2015 dahingehend abzuändern, dass
>
> 1. die Beklagte verurteilt wird, an die Kläger 813,96 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.05.2014 sowie weitere 5,00 € zu zahlen;
>
> 2. die Widerklage abgewiesen wird.

Die Beklagte beantragt,

> die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie habe bereits erstinstanzlich unter Beweisantritt zu der in vielen Parallelangelegenheiten von der Klägerin verwendeten Methode vorgetragen. Das Landgericht habe offen gelassen, ob den §§ 3 und 7 UWG ein Schutzgesetzcharakter zukomme, sodass die diesbezügliche Rüge der Klägerin ins Leere laufe. Es sei auch nicht zu erkennen, dass das Landgericht die herrschende Meinung und den Willen des Gesetzgebers umgangen habe. Es komme nicht auf das Einverständnis der Beklagten zum zweiten Anruf an, sondern ob die mutmaßliche Einwilligung im Vorhinein gegeben sei. Die Überrumpelung habe sich in dem Vertragsschluss manifestiert. Eine zeitliche Zäsur habe es nicht gegeben, da sich das Geschehen in einem einzigen Anruf zugetragen habe.

Die Widerklage stelle keine unzulässige Rechtsausübung dar. Bereits der erste Anruf der Klägerin sei erfolgt, ohne dass eine vorherige Geschäftsbeziehung bestanden habe. Es habe kein Interesse der Beklagten gegeben. Vielmehr sei ihr suggeriert worden, als Rechtsnachfolgerin in einen nicht rechtzeitig gekündigten Vertrag eingetreten zu sein.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nur teilweise begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 716,60 € nebst Zinsen und der Erstattung vorgerichtlicher Kosten zu.

I.

Der Anspruch auf Zahlung von 716,60 € folgt aus §§ 675, 611 Abs. 1 BGB oder § 631 Abs. 1 BGB.

1.

Die Parteien haben unstreitig einen Vertrag dahingehend geschlossen, dass die Firmendaten des von der Beklagten betriebenen Hotels für die Laufzeit von drei Jahren entgeltlich in das von der Klägerin elektronisch geführte Branchenverzeichnis eingetragen werden. Die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts greifen die Parteien im Berufungsverfahren nicht an. Nach § 6 Abs. 3 der wirksam in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin war die Beklagte zur Vorleistung verpflichtet. Die Frage, ob der Vertrag als Werkvertrag im

Sinne des § 631 BGB oder als Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstrechtlichem Schwerpunkt gemäß §§ 675, 611 BGB zu werten ist, kann dahinstehen bleiben.

2.

Eine Nichtigkeit des Vertrages folgt nicht aus § 134 BGB, § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG. Zwar hat die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiterin gegen § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßen, da sie gegenüber einem Marktteilnehmer ohne dessen vorherige mindestens mutmaßliche Einwilligung per Telefon geworben hat.

Werbung ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung; BGH, NJW 2009, S. 2958 f. Rn. 13, zitiert nach juris.de). Der Anruf der Klägerin bei der Beklagten diente unstreitig dem Abschluss eines Vertrages und damit der Absatzförderung auf Seiten der Klägerin. Ob es sich hier – im Sinne des nationalen Rechts – eher um eine Werk- als eine Dienstleistung handelt, ist unerheblich, weil der Dienstleistungsbegriff des europäischen Rechts weiter reicht als der des nationalen Rechts und auch Leistungen im Sinne des deutschen Werkrechts erfasst (Thorn in: Palandt, BGB, 73. Auflage, Rom I 4 (IPR) Rn. 8).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine sonstige Marktteilnehmerin im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, da sie selbst Dienstleistungen am Markt anbietet, § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Ihre Einwilligung in den Anruf lag unstreitig nicht vor. Auch eine mutmaßliche Einwilligung kommt nicht in Betracht. Von einer solchen kann der Werbende nur dann ausgehen, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an Inhalt und Art der Werbung besteht. Dabei muss sich das Interesse gerade auch auf die Telefonwerbung beziehen (vgl. BGH, GRUR 2008, S. 189 ff. Rn. 15). Wie schon das Landgericht ausgeführt hat, hat die Klägerin nicht dargelegt, woraus ein sachliches Interesse der Beklagten an einem Anruf wie dem vorliegenden habe herrühren sollen.

Dieser der Klägerin anzulastende Verstoß gegen § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG verstößt aber nicht zugleich gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des 134 BGB. Verbote im Sinne des § 134 BGB sind Vorschriften, die eine nach der Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhalts oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen (Ellenberger in: Palandt, BGB 73. Auflage, § 134 Rn. 5). Ein solches Verbot enthält § 7 Abs. 1 und 2 UWG nicht. Nach § 7 UWG ist nicht der Inhalt eines Rechtsgeschäfts und die Umstände seines Zustandekommens zu beurteilen, sondern die Art und Weise des

wettbewerblichen Verhaltens. Dies steht der Annahme entgegen, dass in dem Verstoß der Klägerin gegen § 7 UWG zugleich ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB zu erblicken ist (vgl. BGH, NJW 1991, S. 287 ff, Rn. 53, zitiert nach juris.de). Ein Gesetzesverstoß, der unabhängig von der Wettbewerbswidrigkeit der Vorgehensweise die Nichtigkeit nach § 134 BGB nach sich zöge, ist im Streitfall nicht gegeben.

3.

Der Vertrag ist nicht wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig. Es liegt weder der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB noch ein sogenanntes wucherähnliches Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 1 BGB vor. Beide Tatbestände erfordern sowohl ein objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung als auch das Hinzutreten subjektiver Umstände, wie die vorwerfbare Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Benachteiligten im Falle des § 138 Abs. 2 BGB oder das Zutagetreten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten im Falle des § 138 Abs. 1 BGB. Während dabei regelmäßig aus den objektiven Umständen eine Vermutung auch für das Vorliegen des subjektiven Tatbestands besteht, ist dies bei einer Benachteiligung eines Vollkaufmanns in aller Regel anders; zu seinen Lasten besteht die Vermutung, dass der Begünstigte nicht in verwerflicher Weise eine persönliche oder geschäftliche Unterlegenheit des Benachteiligten ausgenutzt hat (vgl. BGH, NJW 2003, S. 2230 f. Rn. 19, zitiert nach juris.de). Jedenfalls das Vorliegen des subjektiven Tatbestands kann vorliegend nicht festgestellt werden. Die Beklagte hat die Vermutung, dass ihre persönliche oder geschäftliche Unterlegenheit nicht ausgenutzt worden ist, nicht widerlegt. Insofern fehlt jegliches Vorbringen der Beklagten.

4.

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist aufgrund des anwaltlichen Schreibens vom 28.04.2014 nicht gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen. Zwar hat die Beklagte hiermit die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums über die abgegebene Willenserklärung, vorrangig aber wegen arglistiger Täuschung erklärt (§ 143 Abs. 1 BGB). Es kann indes weder eine arglistige Täuschung der Beklagten durch die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiterin noch ein Irrtum der Beklagten im Sinne des § 119 BGB festgestellt werden.

Die Klägerin hat den Vortrag der Beklagten, diese vor Zustandekommen des Vertrages über eine bereits bestehende Zahlungsverpflichtung getäuscht zu haben, bestritten und die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat ihren Tatsachenvortrag nicht hinreichend unter Beweis gestellt. Die Voraussetzungen der von ihr angebotenen Parteivernehmung liegen nicht vor. Die Klägerin hat einer Parteivernehmung nicht zugestimmt (§ 447 ZPO) und der nach § 448 ZPO erforderliche Anbeweis ist weder erbracht noch angeboten. Dieser folgt nicht aus dem Vortrag zu angeblich vergleichbaren Fällen und die in diesem Zusammenhang erfolgten Beweisantritte. Selbst wenn die Beklagte beweisen könnte, dass die Klägerin in einigen Fällen ihre Vertragspartner arglistig getäuscht hätte, würde dies nicht den erforderlichen Anbeweis für eine arglistige Täuschung auch im Verhältnis zur Beklagten begründen. Das Erfordernis einer Parteivernehmung ergibt sich zudem nicht aus dem von der Beklagten herangezogenen Gebot der Waffengleichheit. Nach diesem aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichheitssatz folgenden Grundsatz kann ein Gericht verpflichtet sein, eine Partei zu vernehmen oder anzuhören (§ 141 ZPO), auch wenn das nationale Prozessrecht dies nicht vorsieht. Allerdings geht es nicht darum, der beweislosen Partei die Möglichkeit der Beweisführung durch Parteivernehmung zu eröffnen. Die Beweislosigkeit ist ein allgemeines Risiko des Zivilprozesses. Es geht vielmehr darum, einem in der Beweisaufnahme unterlegenen Prozessbeteiligten die Möglichkeit zu geben, mit der Gegenpartei gleich zu ziehen.

Im Hinblick auf die wegen Irrtums erklärte Anfechtung lässt sich weder dem Schreiben vom 28.04.2014 noch dem Sachvortrag der Beklagten entnehmen, in welchem Irrtum sie sich in Bezug auf die Willenserklärung befunden haben will. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Beklagte eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung nicht oder jedenfalls nicht mit dem Inhalt der tatsächlichen Erklärung abgeben wollte; § 119 Abs. 1 BGB. Vielmehr bestand auch nach ihrem Vortrag bei ihr kein Irrtum über den Vertragstyp, den Geschäftsgegenstand, die Person des Geschäftspartners und die Rechtsfolgen der Erklärung. Auch ein Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB lässt sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen.

5.

Soweit die Beklagte mit dem Schreiben vom 28.04.2014 den Widerruf ihrer Vertragserklärung erklärt hat, führt dies nicht zu einem Wegfall der Vertragswirkungen. Der Beklagten stand ein Widerrufsrecht nicht zu. Insbesondere war sie bei Abschluss des Vertrages nicht Verbraucherin im Sinne des § 13 BGB, da sie das Rechtsgeschäft zu einem Zweck abgeschlossen hat, der ihrer gewerblichen Tätigkeiten zuzurechnen ist.

6.

Aufgrund der mit dem Schreiben vom 28.04.2014 zugleich erklärten Kündigung des Vertrages, ist dieser mit Ablauf des 09.04.2016 aufgelöst worden. Die Beklagte war nach § 9 Abs. 2 der wirksam in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin berechtigt, den abgeschlossenen „Business"-Vertrag mit einer Frist von sechs Wochen zum Ablauf des zweiten Vertragsjahres zu kündigen. Dies hat sie mit Schreiben vom 28.04.2014 getan. Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 AGB bemisst sich die Vergütung in diesem Fall nach dem bei Vertragsschluss gültigen Preis für die 24-monatige Laufzeit. Nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat errechnet sich der Preis, den die Beklagte bei Vertragsschluss für eine 24-monatige Laufzeit hätte zahlen müssen, aus dem anteiligen unrabattierten Preis von 960,00 € netto für die 36-monatige Laufzeit. Damit steht der Klägerin für die Laufzeit von 24 Monaten eine Vergütung von 640,00 € netto = 761,60 € brutto zu.

Dem Schreiben der Klägerin vom 28.04.2014 ist dagegen nicht zu entnehmen, dass diese das Vertragsverhältnis außerordentlich bzw. aus wichtigem Grund hat kündigen wollen. Ein wichtiger Kündigungsgrund, der in einer schweren Vertragspflichtverletzung oder in einer sonstigen Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses bestehen kann, die eine Fortsetzung des Vertrags unzumutbar macht (Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 314 Rn. 7, mit weiteren Nachweisen), ist zudem weder ersichtlich noch vorgetragen.

7.

Dem Anspruch der Klägerin steht ein Rückabwicklungsanspruch der Beklagten aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

Es ist bereits fraglich, ob zwischen den Parteien zum maßgeblichen Zeitpunkt – dem Anruf der Klägerin ohne Einwilligung - ein vorvertragliches Schuldverhältnis im Sinne des § 311 Abs. 2 BGB bestanden hat. Denn erst durch den Anruf der Klägerin bei der Beklagten ist es zu den Vertragsverhandlungen der Parteien (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) bzw. der Anbahnung eines Vertrages (§ 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB) gekommen. Damit entstanden die Pflichten der Klägerin nach § 241 Abs. 2 BGB erst durch den Anruf; dass die Klägerin bzw. ihre Mitarbeiterin nach Entstehen des Schuldverhältnisses Pflichten verletzt hätte, hat die Beklagte nicht bewiesen. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zur arglistigen Täuschung Bezug genommen.

Jedenfalls fehlt es an der Kausalität zwischen einer möglichen Pflichtverletzung durch den Anruf ohne Einwilligung und dem Schaden, da der geltend gemachte Schaden - der nachteilige Vertragsschluss - nach Art und Entstehungsweise nicht unter den Schutzzweck der verletzten Norm (§ 7 UWG) fällt.

Hierzu hat der Bundesgerichtshof unlängst in der „Lebens-Kost"-Entscheidung (vgl. DB 2016, S. 1372 ff. Rn 14. ff. – ohne Zitate) ausgeführt:

> *„Ersatzfähig ist nur der Schaden, der vom Schutzbereich der verletzten Norm erfasst ist. 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.*
>
> *b) 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, 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. 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. Dagegen bezweckt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer. Das Erfordernis einer über die Belästigung hinausgehenden Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit, etwa unter dem Gesichtspunkt der Überrumpelung, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung des § 7 UWG nicht entnehmen. Die Einbeziehung der Entscheidungsfreiheit des Umworbenen 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."*

Dem schließt sich der Senat an. Vor diesem Hintergrund ist ein Schaden, der in den Schutzbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fällt, nicht festzustellen. Schäden, die der Beklagten infolge eines belästigenden Eindringens in ihre geschäftliche Sphäre durch den Einsatz von Ressourcen entstanden sind und die der Klageforderung entgegengehalten werden könnten, macht die Beklagte nicht geltend. Es kann dahinstehen, ob der Vertragsschluss auf einer gezielt geschaffenen und

rechtswidrigen Überrumpelungssituation beruht, da eine solche Überrumpelungssituation und die damit einhergehende Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit nicht zum Bereich der Gefahren gehört, die § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verhindern will. Dass der Vertragsschluss als eine Folge der Störung der Betriebsabläufe der Beklagten durch den Telefonanruf anzusehen ist, kann nicht festgestellt werden.

Aus den gleichen Erwägungen besteht kein Anspruch der Beklagten auf Rückabwicklung des Vertrages aus § 823 Abs. 1 BGB. Auch ein Gegenanspruch der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB, § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG scheidet aus. Im Hinblick auf die Begründung des Gesetzgebers im Gesetzgebungsverfahren ist bereits fraglich, ob es sich bei § 7 UWG überhaupt um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt. Jedenfalls wäre der geltend gemachte Schaden vom Schutzzweck des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht erfasst.

II.

Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 3 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin. Für die kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB genügt ein einseitiges Bestimmungsrecht des Gläubigers nach § 316 Abs. 1, § 315 BGB (vgl. BGH, NJW 2006, S. 3271 Rn. 8). Ein solches stand der Klägerin nach § 6 Abs. 3 Satz 1 ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. Durch die Angabe der Fälligkeit (24.04.2014) in der Rechnung vom 10.04.2014 hat die Klägerin damit zugleich die Leistungszeit bestimmt. Gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass diese unbillig und damit unwirksam wäre (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Die Zinshöhe folgt aus § 288 Abs. 2 BGB. Die Klägerin macht eine Entgeltforderung im Sinne dieser Norm geltend.

III.

Darüber hinaus hat die Klägerin gegen die Beklagte aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 3 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung vorprozessualer Kosten von 5,00 € für das Mahnschreiben vom 28.04.2014. Die Beklagte befand sich am 28.04.2014 mit der Zahlung der Rechnung in Verzug gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dass Kosten von 5,00 € angefallen sind, hat die Beklagte nicht bestritten.

C.

Im Hinblick auf die Widerklage ist die Berufung unbegründet. Ein entsprechender Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Unterlassung weiterer telefonischer Werbeanrufe ohne Einwilligung folgt, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 analog BGB.

I.

Ein Anruf zu Werbezwecken stellt grundsätzlich einen Eingriff in das sonstige Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. das Unternehmerpersönlichkeitsrecht dar. Es kann zu belästigenden und unerwünschten Störungen in der beruflichen Tätigkeit des Gewerbetreibenden und zu einer den Geschäftsgang störenden Belegung des Telefonanschlusses für die Dauer des Anrufs kommen. Dabei ist die Wertung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG heranzuziehen, wonach jede Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung eine unzumutbare Belästigung darstellt.

Dass der Anruf vom 09.04.2014, der unstreitig ohne Zustimmung der Beklagten erfolgte, im Interessenbereich der Beklagten liegen würde, konnte die Klägerin nicht ohne weiteres annehmen. Bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung im gewerblichen Bereich von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden kann, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen. Maßgebend ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände davon ausgehen kann, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen. Dabei muss sich die mutmaßliche Einwilligung des anzurufenden Gewerbetreibenden nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung erstrecken. Der anzurufende Gewerbetreibende muss dementsprechend mutmaßlich (gerade) mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein. Eine mutmaßliche Einwilligung kann auch dann anzunehmen sein, wenn die Werbung durch Telefonanruf gegenüber einer schriftlichen Werbung zwar keine oder sogar weniger Vorzüge aufweist, den Interessen des Anzurufenden aber gleichwohl noch in einem Maß entspricht, dass die mit dem Anruf verbundenen Belästigungen hinnehmbar erscheinen. (vgl. BGH, GRUR 2008, S. 189 ff, Rn. 15, zitiert nach juris.de) Die Beweislast und das Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Werbende.

Hier ging es um einen Anruf, mit welchem der Zweck verfolgt wurde, einen entgeltlichen Eintrag von Firmendaten der Beklagten in das Firmenverzeichnis der Klägerin vorzunehmen. Von einem mutmaßlichen Einverständnis der Beklagten mit

einem einen solchen Zweck verfolgenden Anruf konnte die Klägerin nicht ausgehen. Konkrete Umstände, die ein mutmaßliches Interesse der Beklagten rechtfertigen könnten, hat die hierfür darlegungs- und beweisverpflichtete Klägerin nicht substantiiert dargelegt. Insbesondere hat die Klägerin nicht vorgetragen, dass die Beklagte ein besonderes Interesse an der Eintragung in das Branchenverzeichnis der Klägerin hatte. Ein allgemeines Interesse von Gewerbetreibenden, in einem Firmenverzeichnis eingetragen zu werden, reicht nicht aus, um im konkreten Einzelfall ein mutmaßliches Interesse zu begründen. Entscheidend ist vielmehr eine Einzelfallbetrachtung und ein konkreter, aus dem Interessenkreis des Anzurufenden herzuleitender Grund (vgl. BGH, GRUR 2011, S. 1181 ff. Rn. 18, zitiert nach juris.de). Auch bei einer öffentlichen Angabe der Telefonnummer ist noch nicht zwingend auf eine mutmaßliche Einwilligung zu schließen, sondern eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Dies gilt gerade im Hinblick auf kaufmännische Hilfsgeschäfte wie elektronische Verzeichniseinträge, die nichts mit dem eigentlichen Geschäftsfeld eines Betriebes zu tun haben. Die Klägerin bot hier jedoch gerade eine solche Leistung an, die nichts mit dem Kerngeschäft der Beklagten zu tun hatte. Bei der Eintragung im Internet in ein Firmenverzeichnis – wie es die Klägerin betreibt – besteht zudem die erhebliche Gefahr, dass zahllose weitere Betreiber von Firmenverzeichnisportalen dasselbe Recht wie die Klägerin für sich in Anspruch nehmen. Es ist auch unstreitig, dass sie in keiner vorherigen Geschäftsbeziehung zur Beklagten stand. Von einem sachlichen Interesse des Gewerbetreibenden ist dann aber regelmäßig nicht auszugehen.

Der Eingriff erfolgte in rechtswidriger Art und Weise. Die insoweit erforderliche Interessen- und Güterabwägung (Sprau in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 823 Rn. 95, 126) zwischen dem von der Beklagten beanspruchten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und der Berufsausübungs- und allgemeinen Handlungsfreiheit der Klägerin fällt zugunsten der Beklagten aus. Das Interesse an ungestörter Berufsausübung und der allgemeinen Persönlichkeitsentfaltung ist höher zu bewerten als das Interesse des Werbenden an einer für ihn bequemen und kostengünstigen Übermittlung von Werbung, welche er grundsätzlich auch mit normaler Briefpost der Beklagten übermitteln kann. Aus dem Umstand, dass sich die Beklagte zu einem Vertragsschluss hat bewegen lassen, kann - entgegen der in der von der Klägerin zitierten Rechtsprechung teilweise vertretenen Auffassung - nicht der Schluss gezogen werden, dass der Anruf in ihrem mutmaßlichen Einverständnis erfolgt ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Frage einer mutmaßlichen Einwilligung ist der Zeitpunkt vor dem Anruf (vgl. OLG Bamberg, Endurteil vom 20.07.2016, 3 U 223/15).

Die Klägerin ist (mittelbare) Störerin im Sinne der § 823 Abs.1, § 1004 BGB analog. Sie hat als Unternehmensinhaberin bzw. Auftraggeberin des Anrufs vom 09.04.2014 für die Rechtmäßigkeit der von ihren Angestellten betriebenen Telefonwerbung

Sorge zu tragen. Da sie gegen die Störung offenbar nicht eingeschritten ist, hat sie die Rechtsverletzung in adäquater Art und Weise (mit-)verursacht.

II.

Die Wiederholungsgefahr wird durch den rechtswidrigen Anruf indiziert und ist auch nicht weggefallen. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin im Rechtsstreit bis zuletzt die Auffassung vertritt, nicht zu einem Unterlassen weiterer Werbeanrufe verpflichtet zu sein. Dass sich die Beklagte mit weiteren Werbeanrufen einverstanden erklärt hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr wehrt sie sich hiergegen ausdrücklich mit der Widerklage. Die entstandene geschäftliche Beziehung begründet kein Einverständnis zu weiteren Werbeanrufen. Dies gilt umso mehr, als das Vertragsverhältnis inzwischen aufgrund der Kündigung beendet worden ist.

III.

Dem Unterlassungsanspruch steht der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht entgegen. Dass die Beklagte den Vertragsschluss gebilligt, sie die Klägerin nunmehr aber auf Unterlassung in Anspruch nimmt, begründet kein widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass widersprüchliches Verhalten nicht automatisch zu einem Rechtsverlust führt. Die Rechtsordnung lässt widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zu. Missbräuchlich ist widersprüchliches Verhalten nur dann, wenn ein Vertrauenstatbestand entstanden ist oder besondere Umstände gegeben sind, die die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. (Grüneberg in: Palandt, BGB, 73. Auflage, § 242 Rn. 55)

Solche Umstände sind vorliegend nicht erkennbar. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Unternehmer allein aufgrund eines im Rahmen eines Werbeanrufs ohne Einwilligung erfolgten Vertragsschlusses nicht mehr befugt sein sollte, sich gegen künftige Werbeanrufe ohne Einverständnis gegenüber seinem Vertragspartner zu wehren. Selbst wenn ein Angerufener einen Vertragsabschluss billigt, billigt er nicht automatisch auch diese Art der Kontaktaufnahme. Soweit die Klägerin sich auf Treuepflichten der Beklagten unter anderem dahingehend beruft, den Vertragszweck nicht zu gefährden und die Gegenseite nicht zu schädigen, ist nicht ersichtlich, wieso sie hiergegen mit der Ablehnung weiterer Werbeanrufe ohne Einwilligung verstoßen sollte. Es ist der Klägerin aufgrund des begehrten Unterlassungsausspruchs nicht verwehrt, mit der Beklagen telefonisch Kontakt aufzunehmen, wenn und soweit es um die Durchführung oder Abwicklung des inzwischen beendeten Vertrages geht. Die wechselseitigen Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Sinne des § 241 Abs. 2

BGB verpflichten die Beklagte indes nicht, künftige Werbeanrufe der Klägerin ohne zuvor erteiltes Einverständnis zu dulden.

D.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO, die Streitwertfestsetzung aus § 45 Abs. 1 Satz 1, § 47 Abs. 1 GKG. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 709 Satz 2, §§ 711, 713 ZPO.

E.

Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, § 543 Abs. 2 ZPO.

Thome Dr. Neuwinger Klett