

Oberlandesgericht Stuttgart

Urteil vom 25.07.2013, 2 U 9/13

Gründe

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, sie hat der Sache nach auch Erfolg.

A. Zum einen wird auf die Feststellungen im angegriffenen Urteil (veröffentlicht in WRP 2013, 676) verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Kurz zusammenfassend:

Die klägerische Wettbewerbszentrale klagt gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG gegen die Beklagte, eine Kreditschutzorganisation und Wirtschaftsdatei, auf Unterlassung und Zahlung von Abmahnkosten, da diese am 15.10.2012 einer Gärtnerei, mit der sie nicht in Geschäftsbeziehung oder auch nur Kontakt gestanden hatte und von der auch keine sonst erlangte Einwilligung zu einem Faxverkehr vorlag, per Fax ein Formular mit Kopfbogen übersandte mit der Bitte, durch die Angaben zu gewissen Unternehmensdaten (etwa Jahresumsatz 2011, Umsatzerwartung 2012, Mitarbeiterzahl, Steuernummer, Ansprechpartner) den bei der Beklagten über sie geführten Datenbestand zu aktualisieren (K 1 und 2 = Bl. 5 und 6). Dies lehnte das solchermaßen angeschriebene Unternehmen ab.

Die Abmahnung der Klägerin wegen eines Verstoßes gemäß § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG (K 4 = Bl. 8) wies die Beklagte zurück.

Das Landgericht sprach neben der Ordnungsmittellandrohung (Tenor Ziff. 2) und der Verurteilung zur Zahlung von Abmahnkosten (Tenor Ziff. 3) antragsgemäß aus:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Abfragen zu Unternehmensdaten per Telefax an Gewerbetreibende/Unternehmer zu versenden, die ihre Telefaxnummer in öffentlich zugänglichen Verzeichnissen eingetragen und veröffentlicht haben, soweit mit dieser Art der Werbung kein Einverständnis vorliegt.

Es bejahte sowohl den Charakter der Werbung wie den der geschäftlichen Handlung des Anschreibens und gelangte, da unstreitig nie eine Einverständniserklärung vorgelegen hatte, zu einer Verurteilung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG; wäre das Merkmal der Werbung zu verneinen, wäre jedenfalls § 7 Abs. 1 S. 1 UWG erfüllt, da sowohl Belästigung wie deren Unzumutbarkeit für den Adressaten zu bejahen seien. Unionsrechtliche Bedenken gegen die Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs ergäben sich nicht.

Mit ihrer Berufung bringt die Beklagte neben der Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag hauptsächlich vor, dass eine Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht vorliege, da es ihr nur um einen Datenabgleich und die Aktualisierung ihres Datenbestandes, der, wie § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG vorschreibe, unmittelbar beim Betroffenen selbst erhoben werden müsse, gegangen sei, um eine Richtigkeitsgewähr zu schaffen; nicht sei das Anschreiben geleitet gewesen von einer Absicht zur Förderung eigener Produkte oder Dienstleistungen. Die Anfrage komme in ihrer Bedeutung einer Dateiergänzung durch die Einsichtnahme in amtliche Register gleich. Dass die Anfrage mit eigenem Briefkopf geschehen sei, stelle nicht Werbung dar, sondern sei der Identifizierung geschuldet. Andernfalls wäre ein auf einem Briefkopf verfasstes Schreiben jedweden Inhalts an wen auch immer stets Werbung. Nachdem keine Werbung vorliege, sei § 7 Abs. 1 S. 1 UWG zu prüfen, der ebenso wenig erfüllt sei. Denn er setze eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG voraus, also ein Handeln im Zusammenhang mit einem (erstrebten) Geschäftsabschluss. Das Faxschreiben habe aber nicht einem Geschäftsabschluss mit der angeschriebenen Gärtnerei gedient. Auch eine beachtliche Belästigung sei zu verneinen. Die bei der Subsumtion der Unzumutbarkeit anzustellende Interessenabwägung schlaege zugunsten der Beklagten aus, da der Datenabgleich an der Quelle der gesetzlichen Vorgabe des § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG und der Informationspflicht dieser Person gemäß § 4 Abs. 3 BDSG entspreche und die Beklagte eine für die Wirtschaft wichtige und auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Leistung erbringe, die durch die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit gedeckt sei, falls die Verlautbarungsgrundlage zutreffend sei. Um diese wirtschaftlich wichtige Funktion richtig erfüllen zu können, bedürfe es dieser Kontrollanfrage beim Betroffenen. Ein Brief hätte den gleichen, vernachlässigbaren Lästigkeitscharakter besessen. Und nicht zuletzt stellt die Beklagte unter Verweis auf Köhler, GRUR 2012, 1077 f die Klagebefugnis der Zentrale zur Geltendmachung eines auf § 7 UWG gestützten Anspruchs in Abrede.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 11.01.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Ulm - Az.: 10 O 102/12 KfH - die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung als richtig und bejaht jedes im Streit stehende Merkmal. So sei Werbung die durch die Handlung beabsichtigte Positionierung als kompetente Wirtschaftsdatei am Markt. Geschäftliche Handlung sei auch eine bloße Vorbereitungsmaßnahme. Sie erfordere einen, auch nur mittelbaren Zusammenhang mit beabsichtigten Geschäftsabschlüssen, damit nicht eine Zielsetzung gerade in Bezug auf den Adressaten des Faxes. Kla-

gebefugnis bestehe, denn Köhler sei von seiner Meinung abgerückt; im Übrigen habe er auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine Gefolgschaft gefunden.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze sowie die Verhandlungsniederschriften verwiesen (§ 313 Abs. 2 S. 2 ZPO).

B 1.a) Die Systematik des § 7 UWG besteht in einer kleinen Generalklausel in § 7 Abs. 1 S. 1 (Pahlow in GK-UWG, 2. Aufl. (2013), § 7, 30; Schöler in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl. (2013), § 7, 52). Im Rahmen dieser Generalklausel ist unter Berücksichtigung des Abs. 1 S. 2 eine umfassende Wertung des Einzelfalls über das Unzumutbarkeitskriterium vorzunehmen. § 7 Abs. 1 S. 1 erfasst, anders als § 7 Abs. 1 S. 2, nicht nur die Werbung, sondern alle geschäftlichen Handlungen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. (2013), §7, 16; Schöler a. a. O. § 7, 32; Menebröcker in Nordemann, UWG, 2. Aufl. (2013), § 7, 26). § 7 Abs. 1 S. 1 regelt nur den Fall, dass die Belästigung eines Marktteilnehmers durch eine geschäftliche Handlung im Sinn des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG erfolgt (Köhler a. a. O. 17; vgl. auch Pahlow a. a. O. 31).

b) Nach § 7 Abs. 1 S. 2 UWG ist eine unzumutbare Belästigung jedenfalls anzunehmen, wenn es sich um eine Werbung handelt, die der Empfänger erkennbar nicht wünscht (Pahlow a. a. O. 31). S. 2 ist auf Werbung beschränkt (Schöler a. a. O. § 7, 52; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. (2010), § 7, 28 und 31). Es ist ein Beispielstatbestand der unzumutbaren Belästigung (Köhler a. a. O. § 7, 31).

c) § 7 Abs. 2 UWG normiert demgegenüber vier Anwendungsfälle unzumutbarer Belästigung, die als per-se-Verbote konzipiert sind. Liegen die Tatbestände des § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 UWG vor, ist die entsprechende Handlung ohne jede Wertungsmöglichkeit verboten (Pahlow a. a. O. 30; Schöler a. a. O. § 7, 135 und 136; Ohly a. a. O. § 7, 28; vgl. zum Verhältnis von § 7 Abs. 2 S. 2 zu § 7 Abs. 2 UWG auch Köhler a. a. O. § 7, 32).

2. § 7 Abs. 1 S. 2 als abstrakt gefasster Beispielstatbestand der unzumutbaren Belästigung ist nicht erfüllt.

a) Unter Werbung ist nur die Individualwerbung, also die gezielt einer Person gegenüber vorgenommene Werbung zu verstehen (Köhler a. a. O. § 7, 33; Ohly a. a. O. § 7, 31; Menebröcker a. a. O. § 7, 37; Hasselblatt in Gloy/Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. (2010), § 61, 31). Sie umfasst sowohl die Absatzwerbung wie die Nachfragewerbung, also das Bemühen um den Bezug von Waren oder Dienstleistungen (BGH GRUR 2008, 925 (Tz. 16) - FC Troschenreuth (dort Werbebannerplatzierungsangebot auf Homepage des Clubs bei Zahlung von Entgelt je Klick); 2008, 923 (Tz. 12) - Faxanfrage im Autohandel (Fahrzeugankaufwerbung); Köln OLG-Report

2009, 595 (juris Tz. 13) - Revision I ZR 13/09 durch Rücknahme erledigt; Köhler a. a. O. § 7, 33; Hasselblatt a. a. O. § 61, 30; Keller in Harte/Henning a. a. O. § 2, 13; Menebröcker a. a. O. § 7, 34).

b) Die Regelung bezieht sich nur auf die Form der Werbung, d. h. die Art und Weise, wie die Werbung dem Empfänger nahegebracht wird, nicht auch auf den Inhalt der Werbung. Es geht nur darum, ob und inwieweit eine Werbung jemandem gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann, so dass er gezwungen ist, sich damit auseinanderzusetzen (Köhler a. a. O. § 7, 34; Hasselblatt a. a. O. § 61, 32; Mehler in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz/Urheberrecht/Medienrecht, 2. Aufl. (2011), § 7 UWG, 31).

c) aa) 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 (Art. 2 a RL 2006/114/EG; BGH GRUR 2009, 980 (Tz. 13) - E-Mail-Werbung; OLG Köln NJOZ 2013, 692, 694; OLG München WRP 2013, 111, 112; Köhler a. a. O. § 7, 33 i. V. m. § 2, 15; Hasselblatt a. a. O. § 61, 29; Ohly a. a. O. § 7, 35; Mehler a. a. O. § 7 UWG, 33; Koch in Ulimann, jurisPK-UWG, 3. Aufl. (2013), § 7, 18). Es reicht, dass die Handlung mittelbar auf Absatzwerbung gerichtet ist (Keller a. a. O. § 2, 13). Die Einbeziehung von Nachfragehandlungen steht im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung. Die Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dienen nicht nur Angebotshandlungen, sondern mittelbar auch Nachfragemaßnahmen, die sich auf den Bezug der Waren oder Dienstleistungen richten, die ein Unternehmen für seine eigene Geschäftstätigkeit auf dem Markt benötigt. So ist für einen Wiederverkäufer der Bezug der Handelsware notwendige Voraussetzung ihres Absatzes und damit eine mittelbar auf Absatzförderung gerichtete Handlung, die grundsätzlich eine Werbung im Sinn des § 7 Abs. 2 UWG darstellt (BGH a. a. O. (Tz. 16) - FC Troschenreuth; Mehler a. a. O. § 7 UWG, 31; Menebröcker a. a. O. § 7, 35; jetzt zust. Ohly a. a. O. § 7, 35).

bb) So ist keine Werbung in diesem Sinne die Werbung politischer Parteien, da es an einer Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen fehlt (Koch a. a. O. § 7, 21; Mehler a. a. O. § 7, 24; BT-Drs. 16/10145 S. 21). Insbesondere bei Meinungsumfragen kann fraglich sein, ob die Voraussetzungen der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen erfüllt ist und ob es sich danach um eine geschäftliche Handlung oder eine Werbung handelt. Da Meinungsumfragen regelmäßig in der Öffentlichkeit oder mit dem Telefon, aber auch per Telefax oder E-Mail durchgeführt werden, können sich bei den entsprechenden Fallgruppen der unzumutbaren Belästigung Abgrenzungsfragen stellen. Sie sind nach einheitlichen Grundsätzen zu beantworten. Entscheidend ist, ob die Meinungsumfrage - wenn auch mittelbar

- der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dient oder doch zumindest in einem objektiven Zusammenhang mit dem Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen steht. Das ist etwa dann der Fall, wenn sich ein Meinungsforschungsinstitut im Auftrag eines Unternehmens telefonisch an Kunden des Unternehmens wendet, um deren Zufriedenheit mit den Leistungen des Unternehmens zu erfragen, wenn diese Umfrage dem Zweck dient, die Leistung des Unternehmens unter Berücksichtigung der Wünsche des Kunden zu verbessern und damit die Absatzchancen des Unternehmens zu erhöhen. Es reicht aus, dass die Meinungsumfrage die Aufmerksamkeit des Verkehrs auf ein bestimmtes Produkt lenken soll. Dies gilt auch und erst recht, wenn dieser Zweck verschleiert wird. Dagegen liegt keine Werbung oder geschäftliche Handlung vor, wenn die Umfrage von einem neutralen Institut zu wissenschaftlichen Zwecken durchgeführt wird und nicht unmittelbar der Absatzförderung eines bestimmten Auftraggebers dient (Koch a. a. O. § 7, 20; Köln OLG-Report 2009, 595 (juris Tz. 13); Ohly a. a. O. § 7, 44; Mehler a. a. O. § 7, 24; BT-Drs. 16/10145 S. 21). So hat auch das OLG Köln einen Anruf eines Meinungsforschungsinstituts im Auftrag eines Autoscheibenreparateurs, um die Akzeptanz und Bewertung der zurückliegenden Dienstleistung, also die Zufriedenheit mit der Geschäftsabwicklung, zu erfragen, als Werbung eingestuft, da dadurch das Unternehmen den Eindruck erwecke, es bemühe sich weiterhin um den Kunden (OLG Köln NJOZ 2013, 692, 694). Dient der Anruf dazu, unabhängig von beabsichtigten Geschäften mit dem Angerufenen Daten für die Erstellung von Verbraucherprofilen oder anderen künftigen Absatzstrategien zu erheben, so soll es sich nicht um (dort Telefon-)Werbung handeln (Ohly a. a. O. § 7, 44). Eine geschäftliche Handlung eines Rechtsanwalts wurde verneint von OLG Karlsruhe WRP 2013, 656 bei systematischem Falschvortrag für wegen Urheberrechtsverletzung im Internet abgemahnten Mandanten.

d) Wer im Auftrag des Vermieters Arbeiten in Mieträumen durchführen soll und deshalb über Fax mit dem Mieter Kontakt aufnimmt und sich dabei namhaft macht, wirbt nicht. Wer als Nachrichtenmagazin bei einem Waffenhersteller sich über Auslieferungen erkundigt, wirbt nicht, was nicht am möglicherweise für den Adressaten unangenehmen Inhalt des Kontaktzweckes liegt. Denn das Presseorgan wirbt auch nicht, wenn es bei einem Automobilhersteller über Fax recherchiert über dessen Entwicklung eines angeblich emissionsfreien Motors. Jeder Rechtsanwalt „wirbt“ automatisch in Bezug auch auf die Gegenpartei, wie mancher Anwaltswechsel dieser Gegenpartei zu ihm bei einem späteren Streitfall zeigt. So wie es im sozialen Raum keine Nicht-Kommunikation gibt, so gibt es beim geschäftlichen Interagieren unter eigener Namhaftmachung keine Nicht-Werbung. Gleichwohl kann nicht jegliche unternehmerische Tätigkeitsausübung gegenüber einem anderen unter eigener Identifizierbarkeit Werbung sein. Sähe man dies anders, wäre Werbung der am

weitesten gehende Begriff geschäftlichen Handelns. Ist die positive Selbstdarstellung, die Selbstvermarktung bloßer Reflex des Handelns, liegt keine Werbung vor. Werbung erfordert zumindest einen gewollten und nach dem Empfängerhorizont wahrnehmbaren Mitzweck der Tätigkeitsentfaltung auch als erkennbare, weil damit erst einwilligungsfähige oder zurückweisbare Manifestation eigener Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit als Kommunikationsbestandteil.

e) Gemessen an diesen Grundsätzen kann danach in der vorliegenden Faxanfrage keine Werbung im Sinn des § 7 Abs. 1 S. 2 UWG gesehen werden.

Die Beklagte hat zwar, was nach den Umständen geboten war und was im Falle des Unterlassens erst Aufmerksamkeit erregen würde, mit Briefkopf Fragen nach Wirtschaftsdaten an die Gärtnerei herangetragen. Damit hat sie objektiv die Grundlage ihres Unternehmensgegenstandes gestärkt (aktuelle Daten), hat damit auch eine Unternehmensaufgabe wahrgenommen, welche für das Funktionieren der Wirtschaft von erheblicher Bedeutung ist (vgl. BGH NJW2011, 2204 (Tz. 21)) und trug mit der unmittelbaren Anfrage beim (späteren) Mitteilungsgegenstand, der Gärtnerei, wohl auch den Anforderungen des § 4 Abs. 2 BDSG Rechnung (vgl. hierzu siehe unten). Danach konnte aus der maßgeblichen Sicht des angesprochenen Verkehrs nur der berechtigte Eindruck entstehen, die Beklagte ergänze gleichsam die Betriebsmittel (der Speditions-Lkw, der tankt, wirbt nicht), nicht aber, sie wolle die Gärtnerei als Kunden gewinnen, auch nicht, sich dieser in künftigen Fällen als Dienstleister anbieten, oder auch nur sich als kompetentes, leistungsfähiges Unternehmen zu präsentieren. Solches wäre allenfalls ein rechtlich unbeachtlicher Reflex des unternehmerischen Auftretens gewesen. So wie ein Rechtsanwalt nicht wirbt, der an jene Gärtnerei im Rahmen eines Auskunftersuchens die gleichen Fragen wie hier streitbetroffen zur Vorbereitung eines behaupteten Schadensersatzanspruches aus Schutzrecht gerichtet hätte, so hat auch die Beklagte durch diesen Versuch ihrer Dateibestandsergänzung keine Werbung vorgenommen. Damit ist § 7 Abs. 1 S. 2 UWG nicht erfüllt.

3. Auf § 7 Abs. 1 S. 1 UWG kann sich vorliegend die Klägerin ebenso wenig stützen.

a) Dafür ist - wie aufgezeigt - nur erforderlich, dass eine geschäftliche Handlung vorgenommen worden ist, die für den Marktteilnehmer eine unzumutbare Belästigung dargestellt hat.

b) aa) Hinsichtlich des Verständnisses des Tatbestandsmerkmals der geschäftlichen Handlung kann sich der Senat nun leiten lassen von dem - soweit ersichtlich - in Fachzeitschriften noch nicht veröffentlichten, am 15.07.2013 in die Aktuelle Rechtsprechungsübersicht des BGH eingestellten Urteil vom 10.01.2013 -

1 ZR 190/11 - Standardisierte Mandatsbearbeitung (nun auch in Juris), das sich mit dieser Anspruchsvoraussetzung grundsätzlich befasst.

bb) Danach gilt: Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine „geschäftliche Handlung“ jedes Verhalten einer Partei zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung dient dazu, den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen. Dabei ist das Merkmal des „objektiven Zusammenhangs“ funktional zu verstehen und setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (BGH a. a. O. (Tz. 17) - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Auch in Art. 2 d der Richtlinie 2005/29/EG, deren Umsetzung § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dient, kommt zum Ausdruck, dass eine geschäftliche Handlung vorrangig dem Ziel dienen muss, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers im unmittelbaren Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung zu beeinflussen (BGH a. a. O. (Tz. 18) - Standardisierte Mandatsbearbeitung). So hat der BGH in jenem Streitfall, in welchem Rechtsanwälte, die Urheberrechtsinhaber zu vertreten pflegen, die beklagten Rechtsanwälte dahin verklagt hatten, es zu unterlassen, auf die Abmahnung ihrer späteren Mandanten wegen angeblicher Urheberrechtsverletzungen im Internet hin bewusst falsch vorzutragen - was Test-Mandate ergeben hätten das Merkmal der geschäftlichen Handlung nur als erfüllt angesehen, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten objektiv geeignet sei, den Absatz ihrer anwaltlichen Dienstleistung positiv zu beeinflussen; maßgeblich sei damit allein der Wettbewerb um Mandate (BGH a. a. O. (Tz. 23) - Standardisierte Mandatsbearbeitung).

cc) Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, so ist zu verneinen, dass eine geschäftliche Handlung im Fax-Anschreiben zu sehen ist. Dieses ist seinem Inhalt nach auch aus dem maßgeblichen Empfängerhorizont nur darauf gerichtet, Datenbestände über die Gärtnerei, an welche das Fax gerichtet war, neu anzulegen oder schon bestehende Dateien zu aktualisieren und so ein Betriebsmittel, das erst späterer Vermarktung dienen soll, zu optimieren, nicht aber zielte das Anschreiben vorrangig darauf ab, die EntschlieÙung des angefaxten Unternehmers in Bezug auf den Absatz der Dienstleistungen der Beklagten, also die Inanspruchnahme einer Kredit- oder allgemein Wirtschaftsauskunft, zu beeinflussen. Zwar können sich gewisse Maßnahmen wie etwa ein Gewährleistungsausschluss in einem bestehenden Vertragsverhältnis deshalb

als geschäftliche Handlung darstellen, weil diese Vereinbarung dem Unternehmen Kosten ersparen kann, indem Verbraucher abgehalten werden, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, weshalb dieses Unternehmen günstiger kalkulieren und so seinen Warenabsatz fördern kann (BGH a. a. O. (Tz. 26) - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Hier wie dort ist aber nicht Gegenstand des Unterlassungsanspruchs ein Verhalten der Beklagten gegenüber ihren Mandanten/Kunden (vgl. BGH a. a. O. (Tz. 27) - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Zwar kann eine Handlung auch geeignet sein, geschäftliche Entscheidungen zukünftiger Mandanten zu beeinflussen, so wie dort ein wahrheitswidrig und bewusst leugnender Anwalt sich dem Mandanten für künftige Fälle als diesem geeignet erscheinender Interessenvertreter anbieten kann, so könnte hier die Gärtnerei veranlasst sein, angesichts der erkennbar gewordenen Aktualität und Aussagetiefe der Datei der Beklagten diese im eigenen Bedarfsfalle einmal zu beauftragen. Diese möglichen Folgen sind aber bloße Reflexwirkungen, welche die Anforderungen an eine geschäftliche Handlung im Sinn des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht erfüllen (BGH a. a. O. (Tz. 29) - Standardisierte Mandatsbearbeitung). Danach liegt schon keine geschäftliche Handlung vor.

c) Ungeachtet dessen vermag der Senat, selbst eine solche Handlungsqualität unterstellt, vorliegend dabei keine unzumutbare Belästigung zu erkennen.

aa) Belästigend im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird. Unzumutbar ist die Belästigung, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zugrunde zu legen ist. Dabei kommt es nicht einseitig auf die Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Adressaten, von der Werbung verschont zu bleiben (Art. 2 Abs. 1 GG), und des werbenden Unternehmens, der seine gewerblichen Interessen durch Werbung zur Geltung bringen will (Art. 5 Abs. 1, Art. 12 GG; BGH GRUR 2011, 747 (Tz. 17) - Kreditkartenübersendung; Köhler a. a. O. § 7 UWG, 19 f; Ohly a. a. O. § 7, 25; Menebröcker in Nordemann a. a. O. § 7, 28 f; Mehler a. a. O. § 7, 25 f; Pahlow in GK-UWG a. a. O. § 7, 34 f)- Bei der gebotenen Beurteilung spielt auch eine Rolle, welche Alternativen dem Unternehmen zur Verfügung stehen (Köhler a. a. O. § 7, 25; Mehler a. a. O. § 7, 28; Ohly a. a. O. § 7, 25). Von Bedeutung ist auch, welches Maß an Zeit, Arbeit und Kosten der Adressat aufwenden muss, um der geschäftlichen Handlung des sendenden Unternehmens zu entgehen oder sich ihrer zu entledigen (Köhler a. a. O. § 7, 26).

bb) Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit einer Belästigung ist zunächst zu fragen, ob einer der Spezialtatbestände des § 7 Abs. 2 UWG oder einer der Schwarzen Liste (Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG) verwirklicht ist (Köhler a. a. O. § 7, 23; Mehler a. a. O. § 7, 34; Schöler a. a. O. § 7, 53). In die gebotene umfassende Wertung des Einzelfalls (Pahlow a. a. O. § 7, 30) kann auch die Wertvorgabe des Gesetzgebers in § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 UWG ein gewisses Bewertungsmoment abgeben (vgl. auch Pahlow a. a. O. 66).

cc) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist die - hier nicht bejahte - Werbung mit Telefax gegenüber Unternehmern nur mit deren Einwilligung zulässig (Köhler a. a. O. § 7, 179; Ohly a. a. O. § 7, 64; Pahlow a. a. O. § 7, 195). Zwar ist die Störung durch ein Fax geringer als eine Telefonwerbung, andererseits geschieht die Werbung auf Kosten des Empfängers, weil seine Ressourcen (Toner, Papier, Strom und Wartungskosten) verbraucht werden (Köhler a. a. O. § 7, 192; Ohly a. a. O. § 7, 64; Menebröcker a. a. O. § 7, 97; Schöler a. a. O. § 7, 289; Pahlow a. a. O. 204) und das Gerät in dieser Zeit blockiert ist (Köhler a. a. O. § 7, 192; Menebröcker a. a. O. 97; Schöler a. a. O. 289). Hinzu kommt die Belästigung des Empfängers, der die eingehenden Mitteilungen sortieren und sich inhaltlich damit auseinandersetzen muss, zumal dann, wenn der werbliche Charakter nicht sofort und ohne weiteres erkennbar ist (Köhler a. a. O. § 7, 192; Menebröcker a. a. O. § 7, 97). Der Gesetzgeber hat in solcher werblichen Kontaktnahme auch im geschäftlichen Bereich einen stark belästigenden Charakter gesehen (BT-Drs. 15/1487 S. 21 (dort zu Nummer 3); Menebröcker a. a. O.).

d) aa) in die Gesamtbewertung kann vorliegend allerdings - wie von der Beklagten geltend gemacht - nicht unmittelbar eingestellt werden, dass sie gemäß § 4 Abs. 2 BDSG verpflichtet gewesen sei, personenbezogene Daten bei dem Betroffenen direkt zu erheben (vgl. hierzu Franzen in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. (2013), § 4 BDSG, 5; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. (2012), § 4, 21) und ihn gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG hiervon in Kenntnis zu setzen (Franzen a. a. O. § 4 BDSG, 5). Denn dass der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eröffnet wäre, ist nicht hinreichend dargetan. Personenbezogene Daten sind solche von natürlichen Personen (§ 3 Abs. 1 BDSG). Anders als nach den Datenschutzgesetzen anderer Länder sind juristische Personen oder Handelsgesellschaften vom Gesetz nicht geschützt (Gola/Schomerus a. a. O. § 3 BDSG, 11; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 2. Aufl. (2007), § 3, 12). Ob die angeschriebene Gärtnerei in den Schutzbereich fällt, kann nach dem Sachverhalt nicht sicher festgestellt werden. Andererseits drückt sich in dieser Vorschrift eine allgemeine Empfehlung aus, dass im Interesse des Schutzes des Persönlichkeits- und auch Unternehmensrechts das Objekt von seiner Erfassung informiert wird, um so eine Richtigkeitsgewähr zu schaffen und dem Objekt der Datenerfassung auch die Möglichkeit der Gegenwehr zu geben. Danach spiegelt sich in der Anfrage ein allgemeines Gerechtigkeitsgebot wider.

bb) Zudem ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber nicht jede geschäftliche Kontaktnahme über Fax einem per-se-Verbot unterstellt hat. Das Faxgerät bleibt danach ein grundsätzlich zulässiges Kommunikationsinstrument im Wirtschaftsleben, das nur verboten ist, wenn mit ihm im Einzelfall eine unzumutbare Belästigung einhergeht, welche im Falle einer Werbesendung ohne Einwilligung angenommen wird. Die vorliegende als geschäftliche Handlung gedachte Anfrage war vereinzelt geblieben, also nicht, wie bei Faxwerbung häufig zu gewärtigen und festzustellen, ein massenhaftes Phänomen. Mit ihr sollte nur einmal im Jahr ein Status erhoben werden. Ungeachtet der Frage, ob die Gärtnerei unter den Schutz von § 4 Abs. 2 BDSG fiel, war eine direkte Kontaktaufnahme auch in deren Interesse, da ihr so die Erfassung vor Augen geführt worden ist und sie Einfluss nehmen konnte auf die über sie geführte Wirtschaftsdatei. Diese Anfrage hätte die Beklagte fraglos auch über den Postweg an jenen Betrieb richten können. Allerdings wäre mit dieser Art der Kontaktaufnahme in gleichem Maße einhergegangen, dass eine Person den Brief öffnet, ihn zuordnet, weiterleitet und dass er dann von jemandem gelesen wird. Insofern wäre in gleichem Maße eine Arbeitskraft und Arbeitszeit in jenem Unternehmen gebunden worden wie bei der Wahrnehmung, Zuordnung, Weiterleitung und letztlich Lektüre des Faxes. Beide Papiere müssen in gleicher Weise auch entsorgt werden. Der einzige Unterschied besteht in der Inanspruchnahme des vom Angeschriebenen vorgehaltenen Faxgerätes und dessen Papiervorrates. Bedenkt man jedoch den Umfang des Faxanschreibens (2 Seiten) sowie den Einmalvorgang in einem Jahr, und dass jene Firma ihre Faxnummer öffentlich zugänglich gemacht hatte - worin allerdings kein generelles Einverständnis im Sinn des § 7 UWG zu sehen ist -, so ist zwar eine Belästigung durch die Art und Weise der Kontaktnahme nicht zu leugnen. Dass sie aber nach dem maßgeblichen und nicht (empörten) individuellen Empfängerhorizont unzumutbar und deshalb wettbewerbsrechtlich zu verbieten gewesen wäre, ist nicht zu erkennen. In diese Wertung fügt sich auch ein, dass ein Abwerben eines Mitarbeiters am Arbeitsplatz im Wege eines Telefongesprächs, das ebenfalls die Arbeitskraft dieses Mitarbeiters im Fremdinteresse bindet und die Telefonanlage des Arbeitgebers des angerufenen Mitarbeiters sachwidrig belegt, nach der Rechtsprechung des BGH dann hinzunehmen ist, mithin letztlich als zumutbar gilt, wenn sie sich auf eine erste (einzige) Kontaktaufnahme und zeitlich auf das Notwendigste beschränkt (BGH GRUR 2008, 262 (Tz. 8 f) - Direktansprache am Arbeitsplatz III; vgl. hierzu auch Köhler a. a. O. § 7, 141 und insbes. 175, dort auch zur rechtlichen Erfassung dieser Störung nach § 7 Abs. 1 UWG; zu Letzterem ebenso Lehmler a. a. O. § 3 UWG, 60 und Ohly a. a. O. § 4, 10/31). Auch hier hat sich das Faxanschreiben auf einen einmaligen Vorgang, der auch im Interesse des Angeschriebenen gelegen hat, auf das Notwendigste beschränkt. Insbesondere auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Gärtnerei

ein Unternehmen ist, ist zwar eine Belästigung anzunehmen, die Grenze der Unzumutbarkeit ist aber weder erreicht noch überschritten.

4. Auf andere Anspruchsgrundlagen (vgl. hierzu Köhler a. a. O. § 7, 7 bis 14; Mehler a. a. O. § 7 UWG, 19 bis 21; Pahlow in GK-UWG a. a. O. § 7, 22 f; Ohly a. a. O. § 7, 17 f) hat sich die Klägerin nicht berufen und kann sie sich mangels tatbestandlicher Verwirklichung oder Höchstpersönlichkeit bei der Anspruchsinnehabung nicht berufen.

5. Nach diesem Ergebnis muss auch nicht der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang ein auf § 7 UWG gestützter Unterlassungsanspruch von der Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG gedeckt ist (vgl. hierzu: verneint wegen unionsrechtlicher Vorgaben hinsichtlich der Verfolgung eines Verstoßes nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 UWG: Köhler WRP 2013, 567, 569; bejaht: OLG Köln NJOZ 2013, 692, 695 und wiederum in WRP 2013, 659 (juris Tz. 10); LG Ulm US 12). Ein solches Überspringen einer grundsätzlich vorrangig zu prüfenden (auch) Prozessvoraussetzung ist zulässig, wenn deren Bewertung mit Schwierigkeiten verbunden und - wie hier - die materiell-rechtliche Unbegründetheit jedenfalls gesichert festzustellen ist (vgl. BGH GRUR 2009, 1075 (Tz. 13) - Betriebsbeobachtung) Z 156, 1 (Tz. 44) - Paperboy). Ausnahmen von diesem Grundsatz, dem zufolge die Sachurteilsvoraussetzungen vorrangig zu prüfen sind, sind anerkannt für das Rechtsschutzbedürfnis und das bei Feststellungsklagen erforderliche besondere Feststellungsinteresse sowie gerade die Prozessführungsbefugnis nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 3 UWG; deren Prüfung kann unterbleiben, wenn die Unbegründetheit der Klage bereits feststeht (BGH U. v. 07.03.2013 - I ZR 30/12 (Tz. 10) - Grundpreisangabe im Supermarkt).

II.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 711, 542, 543 i. V. m. § 3 ZPO.

Der in der mündlichen Verhandlung noch erwogenen Zulassung der Revision bedarf es nicht (mehr). Der Urteilsgrund, welcher schon allein die vorliegende Entscheidung zu tragen vermag, betrifft die Frage der geschäftlichen Handlung. Diese ist rechtsgrundsätzlich und höchst aktuell durch die bezeichnete BGH-Entscheidung vom 10.01.2013 - I ZR 190/11 - Standardisierte Mandatsbearbeitung beantwortet. Danach fehlt es auch insgesamt an der Rechtsgrundsätzlichkeit. Denn an der Entscheidungserheblichkeit der zu klärenden Rechtsfrage fehlt es, wenn die angegriffene Entscheidung aus anderen Gründen richtig ist, die ihrerseits keine Zulässigkeit der Revision begründen (BGH WRP 2013, 45 (Tz. 2)), oder - wie hier - dieser andere tragende Grund höchstrichterlicher Klärung bereits zugeführt worden ist. Im Übrigen folgt der Senat auch hinsichtlich dieser weiteren Gesichtspunkte anerkannten, auch überwiegend höchstrichterlich gebilligten Rechtsgrundsätzen; die Sachbehand-

lung erschöpft sich auch insoweit einzig in deren Umsetzung auf den vorliegenden Einzelfall. Der Senat folgt der Wertfestsetzung des Landgerichts, welche auf der eigenen Vorgabe der Klägerin beruht und welche keinen Widerspruch erfahren hat.