
Datum: 30.07.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 186/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0730.I23U186.03.00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13. November 2003 verkündete Urteil der 14d Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelferin der Beklagten trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann eine Vollstreckung der Beklagten und deren Streithelferin durch Sicherstellungsleistung in Höhe von 120 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte bzw. die Streithelferin Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht der T... Vergütungsansprüche für die Lieferung von im Internet generierten Adressen geltend.

1

2

3

4

Die M... AG, ein Unternehmen der Finanzbranche, wandte sich an die P... AG, die sich mit der Produktion von Web-Auftritten befasst, und erteilte ihr den Auftrag zur Beschaffung von Adressen potentieller Kunden aus dem Internet. Die P... AG beauftragte ihrerseits die Beklagte als Nachunternehmerin mit der Generierung der Adressen. Die Beklagte ist ein Internetunternehmen, das sich mit der Erstellung von Websites befasst und als kreativer Berater auftritt. Sie vereinbarte mit der T..., einem sogenannten Internetvermarkter, dass diese ihr die Adressen gegen Zahlung von 13 EUR je Adresse liefert. Auch die T... führte den Auftrag nicht selbst aus, sondern beauftragte die Klägerin, die ein Internetportal im Bereich Spiel und Entertainment betreibt, die Adressen zu liefern. Die Klägerin generierte mehr als 3.000 Adressen und lieferte diese an T..., die diese an die Beklagte weiterleitete. Die Beklagte sandte die Adressen an ihre Auftraggeberin weiter, weigerte sich aber gegenüber T..., die berechnete Vergütung von 38.454 EUR zu zahlen, weil die Adressen nicht vertragsgemäß gewonnen und unseriös seien. Da daraufhin die T... ihrerseits eine Zahlung an die Klägerin verweigerte, ließ sich die Klägerin die Vergütungsansprüche der T... gegen die Beklagte abtreten. Diese abgetretenen Vergütungsansprüche sind Gegenstand der Klageforderung.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 38.454 EUR Werklohn verurteilt und ausgeführt, es ergebe sich nicht, dass die an die Beklagten gelieferten Adressen minderwertig seien und den vertraglichen Anforderungen nicht genügten. Die Adressen seien nach dem eigenen Vortrag der Beklagten absprachegemäß nicht im Zusammenhang mit Gewinnspielen gewonnen worden. Die Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, gewusst zu haben, dass die Adressen über Newsletter Eintragungen und bei Benutzung der Downloadangeboten gewonnen wurden. Beide Arten der Adressengenerierung habe sie akzeptiert. Die unterschiedliche Gewinnung der Adressen wirke sich zudem nicht nachteilig aus, da die jeweilige Ansprache an die Nutzer und deren Information über M... keine wesentlichen Unterschiede aufwiesen. 5

Die Beklagte greift diese Entscheidung mit der Berufung an und trägt zur Begründung vor: 6

Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft übergangen, dass sie mit der T... die Gewinnung der Adressen nur über Newsletter vereinbart habe und andere mit Gewinnspielen oder sonstigen Internetangeboten im Zusammenhang stehende Adressgenerierungen ausgeschlossen gewesen seien. Die vereinbarte Beschaffenheit sei durch die von der Klägerin vorgenommene Adressgewinnung nicht gewahrt, so dass die erbrachte Leistung mangelhaft sei. Zudem habe sie die tatsächliche Nutzung der gewonnenen Daten durch M... bestritten, was das Landgericht ebenfalls nicht berücksichtigt habe. 7

Die Streithelferin der Beklagten trägt vor: 8

Die gelieferten Adressen seien insgesamt unbrauchbar. Diese könnten in der kurzen Zeit nicht über das von der Klägerin angegebene System gewonnen worden sein. Die Vorgehensweise bei der Adressgewinnung entspreche nicht den vertraglichen Vorgaben, was - insoweit abweichend von dem Vortrag der Beklagten - auch bezüglich der Gewinnung über Newsletter gelte. Statt werthaltige Adressen von wirklich Interessierten - nur solche rechtfertigten die hohe Vergütung - habe die Klägerin qualitativ minderwertige Adressen in unzulässiger Verbindung mit Vergünstigungen "incentive" gewonnen. Dabei habe die Klägerin zudem gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen, was die Angaben ebenfalls unbrauchbar mache. 9

Die Beklagte und ihre Streithelferin beantragen, 10

11

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 13.11.2003 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13
14

Die Klägerin trägt vor: 15

Gemäß der Erklärung der Beklagten vom 15.05.2002, mit der sie die von T... per Email 16
vorgestellte Art der Adressgewinnung freigegeben habe, seien die Adressen nicht durch
Gewinnspiel oder im Zusammenhang mit anderen internetspezifischen Vergünstigungen
gewonnen worden. Weitere Vorgaben habe die Beklagte nicht gemacht. Selbst nach dem
Vortrag der Beklagten habe sie erst nach Vertragsschluss weitere Vorgaben gemacht, die,
weil sie nachträglich und einseitig erklärt worden seien, auf den Inhalt des mit T...
geschlossenen Vertrages keinen Einfluss hätten. Der geschuldete Erfolg, d.h. Adressen als
ordnungsgemäßes Endprodukt - sei mit Lieferung der Adressen bei der Beklagten
eingetreten, auf eine Weiterverwendung durch M... - die tatsächlich erfolgt sei - komme es
nicht an.

B. 17

Die zulässige Berufung der Beklagte hat Erfolg. Sie ist zur Zahlung einer Vergütung für die 18
elektronisch gelieferten Adressen nicht verpflichtet, weil ihr wegen der Mängel der Anschriften
ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.

I. 19

Es bedarf keiner Entscheidung, ob als Grundlage des abgetretenen Vergütungsanspruches 20
Kaufrecht (§§ 433 Abs. 2, 651, 398 BGB) oder Werkvertragsrecht (§§ 631, 398 BGB)
anzuwenden ist. Die Anwendung von Werkvertragsrecht liegt allerdings unter
Berücksichtigung der Neufassung des § 651 BGB näher. Die T... schuldete der Beklagte nicht
allein die Lieferung von Adressenlisten, sondern die Generierung der Anschriften, deren
Erfassung in Computerdateien und Übersendung der lesbaren Dateien. Geschuldet war
daher ein komplexes Werk. Auf dieses Vertragsverhältnis findet § 651 BGB keine
Anwendung, weil keine bewegliche Sache im Sinne dieser Vorschrift herzustellen war. Weder
die Adressen selbst noch die Dateien sind bewegliche Sachen. Die Dateien waren nicht auf
einem Datenträger festgehalten und der Beklagten durch Übereignung des Datenträgers zur
Verfügung zu stellen, sondern sie wurden im elektronischen Weg auf das Computersystem
der Beklagten übermittelt. Es fehlt damit an der für die Anwendung des Kaufrechts
notwendigen Verkörperung der Sache. Letztlich kann diese Frage offen bleiben, weil sich
sowohl hinsichtlich des Zahlungsanspruches

der Klägerin als auch bezüglich der von der Beklagten geltend gemachten 21
Gewährleistungsansprüche bei Anwendung des Kauf- oder Werkvertragsrechtes kein
unterschiedliches Ergebnis ergibt. Die Beklagte hat die übertragenen Anschriftendateien
abgenommen (§§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 2 BGB), in dem sie die Daten an ihre Auftraggeberin
als eigene Vertragserfüllung weiterleitete. Darin kommt zum Ausdruck, dass sie die Dateien
als eine im wesentlichen vertragsgemäße Leistung der T..., die sich für die Erfüllung ihrer
eigenen Vertragspflichten eignete, ansah. Damit ist der zur Höhe mit 38.454 EUR unstrittige
Vergütungsanspruch der T... sowohl bei Anwendung von Kauf- als auch bei Anwendung von

Werkvertragsrecht (§ 641 Abs. 1 Satz 1 BGB) fällig geworden.

II.	22
Die Klägerin kann den ihr abgetretenen Anspruch der T... aber nicht durchsetzen, weil die Beklagte sich zu Recht auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängel der Adressdateien beruft, §§ 438 Abs. 4 Satz 2, 634 a Abs. 4 Satz 2, 404 BGB.	23
1.	24
Die Beklagte ist entgegen der Auffassung der Klägerin nicht mit dem Recht zur Ausübung des Rücktritts und der Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechtes gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert. In der ersten Instanz hat sich die Beklagte darauf berufen, die gelieferten Adressdateien seien mangelhaft, ohne zu erklären, welche Gewährleistungsrechte sie deshalb geltend machen will. Erst nach dem Hinweis des Se	25
nats in der Berufungsinstanz hat sie sich auf Rücktritt und ein Leistungsverweigerungsrecht berufen. Da der Rücktritt wie auch die Minderung Gestaltungsrechte sind, die nicht allein dadurch ausgeübt werden, dass der Besteller sich im Vergütungsprozess auf Mängel beruft (BGH NJW 1991, 2630, 2632), macht die Beklagte das Rücktrittsrecht und das darauf beruhende Leistungsverweigerungsrecht in der Berufungsinstanz als neues Verteidigungsmittel geltend. Dies ist gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Die Vorschrift gestattet neues, das heißt in erster Instanz noch nicht geltend gemachtes, Vorbringen zu tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten, die vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus entscheidungserheblich sind, von dem Eingangsgericht jedoch für unerheblich gehalten wurden und aus einem von diesem zu verantwortenden Grund in erster Instanz nicht geltend gemacht wurde (BGH 5. Senat NJW 2004, 2152, 2153; BGH 3. Senat BGH-Report 2004, 906, 907; Münchner/Kommentar, Rimmelpacher, ZPO, § 531 RN.20; Gaier NJW 2004, 2041, 2044; Rimmelpacher NJW 2002, 1897, 1903; Grunsky NJW 2002, 800). Das Landgericht ist, wie noch zu zeigen sein wird, zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Leistung der T... fehlerfrei gewesen sei. Bei richtiger Rechtsauffassung zur Mangelhaftigkeit der Adressdateien wäre das erstinstanzliche Gericht zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen und es kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte daraufhin den Rücktritt als Gewährleistungsrecht ausgeübt hätte. Das neue Vorbringen der Beklagten ist auch nicht nach §§ 530, 520 Abs. 3 Nr. 4, 296 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Die Anwendung der Verspätungsvorschriften scheidet im Hinblick auf die Hinweispflicht nach § 139 ZPO und das Fehlen einer Prozessverzögerung aus.	26
2.	27
Die von der T... gelieferten Adressdaten waren mangelhaft, weil sie nicht die mit der Beklagten vereinbarten Beschaffenheit aufwiesen, § 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 Satz 1 BGB.	28
a)	29
Es war unstrittig zwischen der Beklagten und T... vereinbart, dass die Adressen nicht in Zusammenhang mit internetspezifischen Serviceleistungen generiert werden durften. An diese Vorgabe, die gewährleisten sollte, dass nur Nutzer mit grundsätzlich vorhandenem Interesse für die Leistungen der M... ihre Anschrift bekannt geben und die Adressen daher eine für die Zwecke der M... günstige Werbebeschaffenheit haben, hat sich die T..., für die wiederum die Klägerin tätig wurde, nicht gehalten. Denn es wurden Adressen gewonnen von Nutzern, die sich im Bereich der Serviceleistungen der Klägerin ein Downloadprogramm	30

herunterladen wollten, ohne dass das Interesse der Nutzer an den Finanzdienstangeboten nachgefragt wurde. Die Programme, in deren Zusammenhang nach den Anschriften der Nutzer gefragt wurde, standen in keinem Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen, sondern waren Teil der von der Klägerin angebotenen Spiele. Die Internetnutzer wurden nach Namen und Anschrift gefragt, "um auch weiterhin das schnelle Downloadfeature der g... AG zu nutzen", wie es auf der Anmeldeseite hieß. Das Ankreuzen des Zusatzes "Ja, bitte senden Sie mir kostenlos und unverbindlich das Info-Paket zum M... Spar-Konzept!" erfolgte ohne jeglichen weiteren Hinweis. Gerade eine solche Art der Adressengewinnung sollte aber nach der Vereinbarung nicht erfolgen, da die Nutzer, die in diesem Zusammenhang ihre Anschrift bekannt geben, dies nicht wegen des Interesses an Finanzdienstleistungen tun, sondern allein wegen des Downloadfeatures. Diese Adressen haben daher eine mindere Qualität als die Adressen derjenigen, die durch den Meldevorgang bereits ihr grundsätzliches Interesse an Finanzfragen bekunden, wie es bei der von der Beklagten akzeptierten Anmeldung zu den Newslettern der Fall war. Bei der von der Beklagten genehmigten Art der Anschriftengewinnung wurden die Internetnutzer zunächst auf M... und die Geldsparmöglichkeit angesprochen und wegen weiterer Informationen um die Bekanntgabe ihrer Adressdaten gebeten. Wer hier seine Adresse angab, hatte eine andere Intention als derjenige, der zum Zwecke des Erhalts von Downloadprogrammen seine Anschrift mitteilte. Die vereinbarte Beschaffenheit weisen die über das Downloadfeature gewonnenen Adressen daher nicht auf. Da eine Trennung der gelieferten Adressen nach der Art ihrer Gewinnung nachträglich nicht mehr möglich ist, ist die Leistung der T... insgesamt mangelhaft.

b)

31

Die Mangelhaftigkeit der an die Beklagte gelieferten Anschriften ist zudem zu bejahen, weil die Klägerin im Auftrag der T... Adressen unter Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen gewonnen und übermittelt hat. Die Anschriften von potentiellen Kunden für die M... sind in ihrem Wert beeinträchtigt, weil damit gerechnet musste, dass die möglichen Kunden wegen der Gewinnung der Adressen auf Anschreiben negativ reagieren oder auch (Unterlassungs-) Ansprüche geltend machen. Die Qualität der Adressen, die zu Werbezwecken benötigt werden, ist bei einer nicht gesetzmäßigen Beschaffung beeinträchtigt, zumal derjenige, der derartige Adressen nutzt, Gefahr läuft, sich wettbewerbswidrig zu verhalten, § 1 UWG (vgl. OLG Naumburg in NJW 2003, 356).

32

Die Gewinnung der Adressen, die die Klägerin als Nachunternehmerin der T... ausführte, erfolgte unter Verstoß gegen Bestimmungen des Datenschutzrechtes. Es findet das Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (TDDSG) Anwendung. Dieses Gesetz enthält keine Regelung seines Anwendungsbereichs, sondern bezieht sich auf den Schutz personenbezogener Daten bei Telediensten im Sinne des Teledienstgesetzes (TDG). Das TDDSG regelt den Datenschutz allerdings nicht abschließend. Soweit nicht spezifische Regelungen aufgestellt werden, sind die jeweils geltenden Bestimmungen über den Schutz personengebundener Daten, insbesondere das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), anzuwenden (ebenso Schwarz/Peschel-Mehner/Schneider, Recht im Internet, Loseblattsammlung, Stand März 2004, 15/8 Rn. 1 ff). Die Adressen wurden über die Klägerin, die Teledienste anbietet, gewonnen. Die Klägerin stellt den Nutzern ein Gameportal zur Verfügung, eröffnet die Möglichkeit zu Telespielen und zum Herunterladen von Programmen und Dateien. Daher erfüllt sie die Voraussetzungen des § 2 Nr.2, Nr. 3 und Nr. 4 TDG (zu den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Teledienstgesetzes siehe Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2003, Kap. 20, Rn. 20ff). Die Klägerin hat personenbezogene Daten von Nutzern erhoben und übermittelt. Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse

33

einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person, § 3 Abs. 1 BDSG. Dazu zählen die hier gewonnenen Namen und Adressangaben. Übermitteln ist nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 Nr. 3 a BDSG das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass die Daten an den Dritten weitergegeben werden. Eine solche Nutzung von Daten ist nach § 3 Abs. 2 TDDSG nur zulässig, wenn dies durch Gesetz gestattet ist oder eine Einwilligung des Nutzers vorliegt, § 3 Abs. 2 TDDSG. Daran fehlt es. Eine wirksame Einwilligung, die nach § 4 Abs. 2 TDSG auch elektronisch erfolgen kann, ist nicht erteilt worden. Die Einwilligung setzt voraus, dass der Nutzer über die Weitergabe seiner Daten vorher unterrichtet wird. Dies war hier nicht der Fall. Meldete sich der Nutzer über das Quickloadfeature der Klägerin an, so fehlte jeder Hinweis, dass die aufzunehmenden Daten an Dritte weitergegeben werden. Es wurde vielmehr der Eindruck erweckt, das Informationsmaterial werde ohne Anschriftenweitergabe von der Klägerin versandt. Die Bitte um Zusendung von Informationen wandte sich allein an die Klägerin, ohne dass erkennbar wurde, dass die Anschriften an Dritte weitergegeben wurden. Die Einwilligung der Internetnutzer konnte sich daher nicht auf eine Weitergabe ihrer Daten beziehen. Auch bei einer Anmeldung über

die "g...letter" fehlte die notwendige Unterrichtung des Nutzers. Aus seiner Sicht richteten sich seine Eintragungen auch hier bezüglich der Zusendung von Informationsmaterial an die Klägerin und enthielten keine Zustimmung zur Weitergabe der Adresse an Dritte, wie aus den von den Parteien vorgelegten Kopien der screenshots deutlich wird. Die Zulässigkeit der Weitergabe der Adressen ohne Einwilligung ergibt sich auch nicht aus § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG. Die erhobenen Daten sind keine listenmäßigen Daten über Angehörige einer Personengruppe. Zudem besteht Grund zu der Annahme, dass die Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung haben, weil durch die Weitergabe auch ihre Beteiligung an Spielen bekannt gegeben wird. Letztlich fehlt bei beiden Arten der Adressengewinnung der nach § 28 Abs. 4 BDSG erforderliche Hinweis, dass der Betroffene einer Nutzung zur Werbung widersprechen kann.

34

3.

35

Die Beklagte war zur Ausübung des Rücktrittsrechts und Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrecht berechtigt, auch wenn sie der T... keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Die Fristsetzung war vor Ausübung des Rücktrittsrechts entbehrlich, weil T... sowie die Klägerin sich auf die Mängelfreiheit der gelieferten Adressen berufen und nachhaltig eine Verpflichtung zur Nacherfüllung verneint haben, § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Beklagte hat die Mängelrügen mit Schreiben vom 12.08.2002 an die T... geltend gemacht. Diese hat daraufhin ihre Ansprüche an ihren Lieferanten, die Klägerin, abgetreten, die dann in dem Antwortschreiben vom 3.12.2002 die Mängelinrede als völlig haltlos zurückwies und auf uneingeschränkte Zahlung der abgetretenen Vergütung bestand. Angesichts dieses Verhaltens wäre die Fristsetzung zu Nacherfüllung bloße Förmerei gewesen, wie auch das prozessuale Verhalten der Klägerin zeigt, die uneingeschränkt jegliche Mangelhaftigkeit der Leistungen und eine Verpflichtung zur Mangelbeseitigung verneint (zur Berücksichtigung des prozessualen Verhaltens siehe BGH BauR 2003, 386; BauR 2002, 1847).

36

4.

37

Die Beklagte ist an der Ausübung des Rücktritts nicht infolge Zeitablaufs gehindert. Das Wahlrecht zwischen den Gewährleistungsrechten kann der Besteller bis zum Schluss der mündlichen Tatsachenverhandlung wahrnehmen (so auch Derleder NJW 2003, 998, 1003). Dies beruht auf dem Gedanken, dass der Unternehmer, der dem Mängel-

38

39

einwand entgegentritt, sich nicht darauf berufen kann, er habe darauf vertraut, der Besteller werde nur ein bestimmtes Gewährleistungsrecht geltend machen. Der Unternehmer kann allerdings bei Vorliegen besonderer Umstände die Verwirkungseinrede geltend machen (vgl. BGH NJW 2002, 669). Deren Voraussetzungen sind aber vorliegend nicht gegeben und werden von der Klägerin auch nicht substantiiert behauptet.

5. 40

Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg auf die Verjährung der Mängelansprüche der Beklagten und eine Unwirksamkeit des Rücktritts. 41

Bei Anwendung von Werkvertragsrecht sind die Mängelansprüche der Beklagten nicht verjährt, da sie gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) unterliegen. Einschlägig ist diese Verjährungsregelung und nicht die kurze Frist des § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB da, wie oben gezeigt, die T... nicht die Herstellung einer Sache schuldete (zur dreijährigen Verjährungsfrist für den vergleichbaren Fall der Herstellung von Software siehe Koch CR 2001, 569, 574; Mansel NJW 2002, 89, 96; Bamberger/Roth, BGB, § 634 a Rn. 12 mit weiteren Nachweisen). Gemäß § 199 Abs. 1 BGB begann die Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres 2002, da die Gewährleistungsansprüche nach Abnahme der gelieferten Adressdaten im Mai 2002 entstanden sind. Innerhalb der mit Ablauf des Jahres 2005 endenden Frist hat die Beklagte ihre Mängelansprüche geltend gemacht und das Rücktrittsrecht ausgeübt. 42

Wendet man die Regelung des § 634 a Abs. 1 Nr. 1 BGB oder die kaufrechtliche Regelung des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB an, dann waren die Mängelansprüche der Beklagten mit Ablauf des Monats Mai 2004 verjährt. Die zweijährige Verjährungsfrist beginnt mit der Ablieferung (§ 438 Abs. 2 BGB) bzw. Abnahme (§ 634 a Abs. 2 BGB) der Sache. Diese war Ende Mai 2002 erfolgt, da die Beklagte die Adressdateien am 28. Mai 2002 erhalten und sodann an ihre Auftraggeberin weitergeleitet hatte. Das Rücktritts 43

recht selbst unterliegt als Gestaltungsrecht grundsätzlich keiner Verjährung, gemäß § 438 Abs. 4 BGB bzw. dem gleichlautenden § 634 a Abs. 4 BGB gilt aber § 218 BGB. Danach ist der Rücktritt unwirksam, wenn der Anspruch auf die Leistung oder Nacherfüllungsanspruch verjährt sind und der Schuldner sich darauf beruft. Dies schließt es 44

jedoch nicht aus, dass die Beklagte sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht beruft, §§ 438 Abs. 4 Satz 2, 634 a Abs. 4 Satz 2 BGB. Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts setzt allerdings voraus, dass die Rücktrittsvoraussetzungen erfüllt sind. Dies ist, wie gezeigt, der Fall, da die gelieferten Adressdateien mangelhaft waren und es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedurfte. 45

C. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 101 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 47

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. 48

Streitwert des Berufungsverfahrens: 38.454 EUR 49

D...	D...	B...	50
------	------	------	----

