

**Amtsgericht Nördlingen**

Az.: 3 C 286/17



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt

Gz.:

gegen

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

wegen Forderung

erlässt das Amtsgericht Nördlingen durch die Richterin am Amtsgericht Reitenauer am 26.09.2017 ohne mündliche Verhandlung gemäß § 495a ZPO folgendes

**Endurteil**

(abgekürzt nach § 313a Abs. 1 ZPO)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert wird auf 355,81 € festgesetzt.

### Entscheidungsgründe

Gemäß § 495a ZPO bestimmt das Gericht das Verfahren nach billigem Ermessen. Innerhalb dieses Entscheidungsrahmens berücksichtigt das Gericht grundsätzlich den gesamten Akteninhalt.

I. Die zulässige Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Werbevertrag keinen Vergütungsanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 355,81 € aus § 611 Abs. 1 BGB; gegen den Anspruch kann der Beklagte zwar weder Widerruf, Kündigung noch Anfechtung erfolgreich einwenden. Der Anspruch ist aber gemäß § 389 BGB durch Aufrechnung mit einem Ersatzanspruch des Beklagten hinsichtlich der Abmahnkosten erloschen.

1. Ein Widerrufsrecht steht dem Beklagten als Unternehmer unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Der Vertrag selbst sieht keine Widerrufsmöglichkeit vor und die §§ 312 ff BGB finden gegenüber einem Unternehmer keine Anwendung.

2. Auch handelt es sich vorliegend nicht um einen jederzeit kündbaren Werkvertrag, vielmehr handelt es sich um einen Dienstvertrag mit werkvertraglichen Elementen (vgl. OLG Bamberg 3 U 223/15). Zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB ist der Beklagte nicht berechtigt; ein solches Kündigungsrecht erfordert, dass dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (LG Flensburg, Urt. v. 21.04.2016, 4 O 26/16).

Diese Voraussetzungen sind seitens des Beklagten nicht schlüssig dargelegt. Der vorliegende Werbevertrag begründet weder hinsichtlich der Laufzeit noch seiner Vergütung derart schwerwiegende Belastungen für den Beklagten, dass seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit aufgezehrt würde und ihm eine Bindung an den Vertrag unzumutbar wäre (vgl. aaO). Selbst bei unterstellter Unzulässigkeit des Telefonanrufs erscheint nur die Art und Weise der Aufnahme des geschäftli-

chen Kontakts und nicht der Inhalt des Werbevertrags bedenklich, aber jedenfalls nicht so schwerwiegend, dass dies ein außerordentliches Kündigungsrecht begründen könnte.

3. Der Vertrag ist auch nicht infolge Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 BGB. Der Beklagte hat kein Anfechtungsrecht. Soweit er vorträgt, er sei unter falschen Voraussetzungen und unter Hinzuziehung von falschen Antworten „dazu genötigt“ worden, das Einverständnis zu geben, ist damit weder der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung noch der des Irrtums erfüllt.

a) Zu dieser Überzeugung gelangt das Gericht aufgrund des Telefonmitschnitts, den sich das Gericht angehört hat. Diesen Mitschnitt durfte das Gericht trotz des Bestreitens der Richtigkeit desselben durch den Beklagten auch seiner Entscheidung zugrunde legen. Lediglich pauschal hat der Beklagte bestritten, „dass das Telefonat so, wie es dem Gericht vorgelegt wird, zustande gekommen ist“. Der Beklagte hat nicht dargelegt, ob etwa Passagen fehlen, ob es sich etwa um andere Beteiligte, also nicht den Beklagten selbst handelt, oder ob sonstige Manipulationen an dem Mitschnitt vorgenommen wurden. Das Bestreiten war damit unbeachtlich.

b) Ein Anfechtungsrecht ist nicht gegeben. Der Beklagte behauptet zwar, dass er auf keinen Fall sein Einverständnis gegeben hätte, wenn er genau gewusst hätte, worum es in dem Telefonat gehe. Insoweit ist die Argumentation der Beklagtenseite für das Gericht angesichts des vorliegenden Telefonmitschnitts nicht überzeugend. In keinsten Weise gehen aus dem Telefonat irgendwelche Unklarheiten, Missverständnisse oder gar Unwahrheiten hervor, welche eine arglistige Täuschung oder einen für den Vertragsschluss kausalen Irrtum belegen könnten. Selbst wenn der Beklagte angerufen wurde, während er sich im Wald aufgehalten habe, so ist damit entgegen der Auffassung der Beklagtenseite keine Überrumpelung oder Ausnutzung einer ungünstigen Situation verbunden. Der Beklagte selbst lässt vortragen, dass er auf sein Telefon im Wald angewiesen sei, da er hier auch Kundenaufträge erhalte. Zugleich führt er aus, dass er das streitgegenständliche Telefonat niemals geführt hätte, sondern aufgelegt hätte, wenn er sich zum Zeitpunkt des Anrufes im Büro befunden hätte.

Nach Auffassung des Gerichts hätte der Beklagte, nachdem er festgestellt hatte, dass es sich hier nicht um einen Kundenanruf handelte, auch im Wald unmittelbar das Telefonat beenden können. Der Beklagte kann insoweit auch nicht einwenden, dass er den Anrufer der Klägerin nur schlecht verstanden habe. Dieser Einwand überzeugt das Gericht nicht, zumal der Telefonmitschnitt selbst gut verständlich ist und es dann umso weniger überzeugend erscheint, dass der

Beklagte über einen Zeitraum von 1,5 Minuten mit den Anrufer telefoniert hat. Es wären vielmehr Verständnisfragen von Seiten des Beklagten zu erwarten gewesen, wenn denn tatsächlich das Verständnis für ihn so schwer gewesen ist; eine solche Nachfrage findet sich jedoch über das gesamte Telefonat nicht. Das Gericht muss deshalb davon ausgehen, dass der Beklagte den Anrufer durchaus verstanden hat.

aa) Der Beklagte kann nicht mit Erfolg den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten. Selbst wenn - wie der Beklagte behauptet - zu Anfang des Telefonats der Anrufer arglistig behauptet hat, dass bereits ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bestünde und es lediglich um einen Datenabgleich gehen würde, so kann diese Täuschung keinen Anfechtungsgrund im Sinne von § 123 BGB für das Vertragsverhältnis darstellen. Eine Kausalität zwischen der - angeblichen - anfänglichen Täuschung und dem Vertragsschluss besteht nicht.

bb) Auch der Einwand des Irrtums ist nicht nachvollziehbar, zumal aus dem Telefonmitschnitt hervorgeht, dass sämtliche wesentliche Vertragsbestandteile, insbesondere die Auftragserteilung, vom Anrufer angesprochen und so auch vom Beklagten bestätigt wurden. Ein täuschungsbedingter Irrtum des Beklagten bei Abgabe seiner Willenserklärung zum Vertragsschluss im Sinne von § 119 BGB ist vorliegend nicht ersichtlich. Ein Anfechtungsrecht scheidet insoweit aus. Das Gericht kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Beklagte schlicht unaufmerksam war und sich erst im Nachhinein der Folgen des Vertragsschlusses, nämlich der Kosten, bewusst wurde. Insofern handelt es sich allenfalls um einen unbeachtlichen Motivirrtum.

c) Der Vertrag ist auch nicht nach § 138 BGB nichtig. Weder verstößt die entgeltliche Einstellung in ein elektronisches Branchenverzeichnis dem Grunde nach gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Noch kann der Beklagte substantiiert darlegen, dass sich aus der Gesamtschau des Rechtsgeschäfts und des klägerischen Verhaltens eine Sittenwidrigkeit ergäbe. Insofern ist er darlegungs- und beweisbelastet (AG Remscheid Ur. v. 26.11.2015 – 7 C 73/15). Selbst wenn der Vertrag in wettbewerbsrechtlich unzulässiger Weise mittels eines „cold calls“ zustande gekommen ist, ist der Vertrag nicht gemäß §§ 134, 138 BGB unwirksam; einerseits ordnet das UWG eine solche Rechtsfolge - Nichtigkeit der unter Verstoß hiergegen zustande gekommenen Verträge - nicht an und andererseits verstößt dieses Verhalten, zumindest im kaufmännischen Verkehr, nicht in einer derartigen Art und Weise gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, dass die Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung geboten wäre (AG Aachen, Ur. v. 26.07.2016, Az.: 113 C 8/16).

Die pauschale Behauptung, die Klägerin betreibe ein auf Täuschung und Abzocke angelegtes Vertragsmodell, wurde nicht ausreichend dargelegt.

4. Der Anspruch der Klägerin ist aber durch Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen, denn der Beklagte hat einen Anspruch auf Ersatz seiner außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten für die ausgesprochene Abmahnung, mithin auf Schadensersatz gegen die Klägerin.

a) Es handelt sich nämlich bei unaufgeforderten Werbeanrufen wie dem vorliegenden, bei denen nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung des Angerufenen auszugehen ist, um einen Eingriff in das Recht am Unternehmen. Dieser Eingriff führt daher zu einem deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch. Die Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungserklärung stellt auch eine adäquate Folge des Eingriffs in das Unternehmen des Beklagten dar, so dass die dadurch entstandenen Rechtsanwaltskosten einen aufrechenbaren Gegenanspruch des Beklagten darstellen (so auch LG Heidelberg Ur. v. 10.07.2008 – 3 O 142/08, OLG Bamberg, Ur. v. 20.07.2016 - 3 U 223/15).

aa) Unstreitig erfolgte der Vertragsschluss vorliegend im Rahmen eines sogenannten „cold call“. Nach ständiger Rechtsprechung stellt die Werbung mittels E-Mail, Telefax oder Werbeanrufes eine unzulässige Belästigung im Sinne von §§ 823, 1004 BGB dar, da sie die Aufmerksamkeit des Betroffenen über Gebühr hinaus in Anspruch nimmt und zu einer unzumutbaren Belastung des privaten oder beruflichen Bereichs führt, wobei auch die einmalige Zusendung einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. in das Persönlichkeitsrecht darstellt (AG Düsseldorf, Ur. v. 09.04.2014 – 23 C 3876/13). Unverlangt erfolgende Werbeanrufe beeinträchtigen regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Entgegennehmen und Auseinandersetzen unerbetener Anrufe ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Insbesondere im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung sowie Call-Center-Betriebe arbeitssparende Akquisemöglichkeit ist ohne Einschränkung des „Cold Callings“ mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbepart zu rechnen (vgl. BGH zur unerbetenen E-Mail-Werbung, Ur. v. 11.03.2004 - I ZR 81/01 - und Beschluss v. 20.05.2009 - I ZR 218/07). Der BGH führte hierzu insbesondere aus, dass „für einen Gewerbetreibenden die Gefahr besteht, in seinem Geschäftsbetrieb durch eine Vielzahl ähnlicher Telefonanrufe empfindlich gestört zu werden.“ (vgl. BGH, 20.09.2007 I ZR 88/05).

bb) Zulässig sind derartige Anrufe bei Vorliegen einer tatsächlichen oder mutmaßlichen Einwilligung des Angerufenen. Letztere liegt dann vor, wenn aufgrund konkreter Umstände ein sachli-



ches Interesse des Anzurufenden am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann (LG Heidelberg, Ur. v. 10.07.2008 – 3 O 142/08 mwN). Hierbei kommt es nicht auf die subjektive Wertung des Anrufers an, sondern darauf, ob er bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Umstände davon ausgehen darf, dass der Anzurufende einen solchen Anruf erwartet oder ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenübersteht. Es genügt hierbei nicht, dass der Anrufer von einem aktuellen oder konkreten Bedarf für die angebotenen Waren oder Dienstleistungen ausgehen darf; vielmehr muss hinzukommen, dass der Angerufene mutmaßlich gerade auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein wird (aaO mwN.).

Nach obergerichtlicher Rechtsprechung trägt der werbende Anrufer die Beweislast dafür, dass zuvor ein Einverständnis des Empfängers erfolgt ist. Dabei ist anerkannt, dass das Einverständnis nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erfolgen kann (LG Hamburg, Ur. v. 14.06.2005 – 312 S 1/05; AG Düsseldorf, Ur. v. 09.04.2014 – 23 C 3876/13). Kein konkludentes Einverständnis für die Vornahme von Anrufen liegt nach Auffassung des Gerichts darin, dass der Beworbene bereits in anderen Verzeichnissen und auf Webseiten im Internet Werbung betreibt. Insbesondere kann darin - entgegen der Auffassung der Klägerin - keine mutmaßliche Einwilligung zur Kontaktierung wegen weiterer Verzeichniseinträge gesehen werden. Denn grundsätzlich gilt, dass sich der Unternehmer selbst aussuchen möchte, mit wem, wie und in welchen Formen er Werbung betreibt. Dass gerade der Beklagte ein besonderes Interesse an der Eintragung in das Branchenverzeichnis der Klägerin hatte, hat diese nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Ein allgemeines Interesse von Gewerbetreibenden, in einem Firmenverzeichnis eingetragen zu werden, reicht auf keinen Fall aus, um im konkreten Einzelfall ein mutmaßliches Interesse zu begründen (LG Hamburg, Ur. v. 17.12.2014 - 416 HKO 158/14, LG München I, Ur. v. 30.12.2010 - 1 HKO 7394/10).

cc) Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Beklagten ist auch rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit wird zwar vorliegend nicht indiziert, jedoch führt die erforderliche Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass der Werbeanruf rechtswidrig war.

Auch der einmalige Telefonanruf stellt einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar und nicht lediglich eine hinnehmbare Belästigung oder sozial übliche Behinderung; der Beklagte muss auch bei Werbeanrufen kostbare Arbeitszeit aufwenden. Hinzu kommt, dass seine Telefonleitung für die Dauer des Telefonats blockiert ist und für etwaige Belange von Kunden nicht zur Verfügung steht. Das Interesse des Beklagten an einer ungestörten Ausübung sei-

nes Forstbetriebes ist höher zu bewerten als das Interesse der Klägerin an der telefonischen Werbung für ihre Dienste (vgl. LG München, I Hinweisbeschluss v. 26.06.2008 – 6 S 4677/08).

Die Rechtswidrigkeit entfällt - wie dargelegt - auch nicht aufgrund einer Einwilligung des Beklagten. Eine ausdrückliche Zustimmung zum Werbeanruf erfolgte nicht; auch eine vermutete Zustimmung liegt hier nicht vor. Das Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung ist anhand der Umstände vor dem Anruf sowie anhand der Art und des Inhalts der Werbung festzustellen. Die mutmaßliche Einwilligung muss sich auch auf die Art der Werbung, nämlich mittels Telefonanruf, beziehen (LG Bonn Urt. v. 05.08.2014 – 8 S 46/14 mwN). Maßgeblich ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen durfte, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenüberstehen (aaO mwN). Ist dies zu verneinen, so kommt es grundsätzlich nicht mehr darauf an, ob der Anruf zu einer sonstigen Belästigung oder zu einem Vertragsschluss geführt hat (BGH, Urt. v. 16.11.2006 - I ZR 191/03). Denn für die lauterkeitsrechtliche Bewertung ist auf die Umstände vor dem Anruf abzustellen. Erforderlich ist, dass „aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden“ am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann ((LG Bonn Urt. v. 05.08.2014 – 8 S 46/14 mwN). Es kann also auch nicht der letztlich erfolgte Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit des Werbeanrufs, welcher einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, heilen.

dd) Die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe zur Abwehr künftiger, vergleichbarer Anrufe der Klägerin, also zur Abwehr weiterer rechtswidrige Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, stellt eine adäquate Folge des unerbetenen Anrufs der Klägerin dar. Die hierfür angefallenen, der Höhe nach unbestrittenen Kosten bilden die aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten.

b) Dieser Beurteilung steht auch nicht die von der Beklagten bemühte Lebens-Kost-Entscheidung vom 21.04.2016, Az.: I ZR 276/14, entgegen. Im Unterschied zum vorliegenden Fall, in welchem als Aufrechnungsforderung die Abmahnkosten geltend gemacht werden, wurde in der Lebens-Kost-Entscheidung des BGH die Belastung mit der durch den Werbevertrag begründeten Verbindlichkeit als Schaden geltend gemacht. Die Entscheidung ist also nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar.

c) Mit der Aufrechnung bzw. der vorhergehenden Abmahnung verstößt der Beklagte entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht gegen vertragliche Treuepflichten, § 242 BGB. Die Abmahnung war - wie dargelegt - begründet und berechtigt, weil der Werbeanruf der Klägerin einen

rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Beklagten darstellte. Die Abmahnung erfolgte zum Zwecke der Abwehr weiterer derartiger Werbeanrufe.

d) Der wirksam entstandene Vergütungsanspruch der Klägerin ist nach alledem durch Aufrechnung erloschen. Die Klage war demnach mitsamt allen Nebenforderungen abzuweisen.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 11, 713 ZPO.

### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Amtsgericht Nördlingen  
Tändelmarkt 5  
86720 Nördlingen

einulegen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

gez.

Reitenauer  
Richterin am Amtsgericht





Für die Richtigkeit der Abschrift  
Nördlingen, 28.09.2017

Rappenegger, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig