
Datum: 05.08.2014
Gericht: Landgericht Bonn
Spruchkörper: 8. Zivilkammer des Landgerichts
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 S 46/14
ECLI: ECLI:DE:LGBN:2014:0805.8S46.14.00

Vorinstanz: Amtsgericht Siegburg, 118 C 124/13
Sachgebiet: Recht (allgemein - und (Rechts-) Wissenschaften)

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Siegburg vom 31.01.2014 – 118 C 124/13 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte die Vergütung für eine Eintragung der Beklagten in ein elektronisches Branchenverzeichnis mit dem Namen „F.de“ geltend.

Die Klägerin ist Inhaberin des Verlages für elektronische Medien N. Dieser betreibt im Internet das vorgenannte elektronische Branchenverzeichnis „F.de“. Die Beklagte betreibt in

1

2

3

4

F2 die Firma „M2“, bei der es sich um ein Ladengeschäft für so genannte „Bio-Produkte“ mit angeschlossenem Restaurant handelt. Ihre Firma verfügt über eine Internetpräsenz (Homepage), auf der sowohl die telefonischen als auch die postalischen Kontaktdaten hinterlegt sind.

Am 03.05.2013 rief ein Mitarbeiter der Klägerin, Herr S, von sich aus und ohne vorangegangenen Kontakt bei der Beklagten in deren Ladengeschäft an und bot der Beklagten einen entgeltlichen Eintrag ihres Gewerbes in dem elektronischen Branchenverzeichnis „F.de“ mit einer Laufzeit von 36 Monaten, beginnend am 03.05.2013, Laufzeitende am 02.05.2016, zu einem Gesamtpreis von 728,28 Euro inklusive Mehrwertsteuer an. Die Beklagte signalisierte bereits in diesem Gespräch ihr grundsätzliches Interesse an einem solchen Eintrag zu den vorgenannten Bedingungen. Ungeachtet dessen wurde in jenem Gespräch vereinbart, dass es noch zu einem weiteren Gespräch kommen solle, in welchem die Details besprochen würden. Noch am selben Tag rief eine Mitarbeiterin der Klägerin, Frau Q, die Beklagte erneut an. Dieses zweite Telefonat wurde mit Zustimmung der Beklagten aufgezeichnet. 5

In jenem Telefonat nahm die Mitarbeiterin der Beklagten Bezug auf das vorangegangene Gespräch und die hierbei grundsätzlich bereits erzielte Einigung über eine entgeltliche Eintragung der Beklagten zu den vorgenannten Konditionen. Die Beklagte bejahte dies. Ebenso bestätigte die Beklagte ihre bereits im ersten Gespräch mitgeteilten Firmendaten, die Rubriken, unter denen ihre Firma bei der Klägerin eingetragen werden solle, die Laufzeit der Eintragung und die hierfür zu erbringenden Vergütung in Höhe von 612 Euro netto (728,28 Euro brutto), wobei eine monatliche Zahlungsweise mit Raten á 17 Euro netto (20,23 Euro brutto) vereinbart wurde. Sie bestätigte auf Nachfrage desweiteren, dass es sich bei ihr persönlich um die Inhaberin der Firma „M2“ handle sowie die Richtigkeit der Rechnungsadresse. Schließlich wurde die Beklagte auf den Umstand, dass die Rechnung allein den Gesamtbetrag der Kosten für die Eintragung enthalten werde, hingewiesen, wie auch auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, welche die Beklagte im Internet auf der Homepage der Klägerin abrufen könne. 6

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist in § 6 eine Vorleistungspflicht des Kunden festgelegt. Ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht sehen die Bedingungen nicht vor. 7

Die daraufhin durch die Klägerin erstellte und der Beklagten übersandte Rechnung vom 06.05.2013 über einen Betrag in Höhe von 728,28 Euro brutto hat die Beklagte spätestens am 08.05.2013 erhalten. Zahlungen hierauf erbrachte sie trotz eines Mahnschreibens vom 24.05.2013 mit Fristsetzung zum 03.06.2013 keine. 8

Bis zum heutigen Tage hat die Klägerin eine Eintragung der Beklagten in ihrem elektronischen Branchenverzeichnis „F.de“ nicht veranlasst, so dass die Beklagte dort auch nicht zu finden ist. 9

Mit Schreiben vom 24.05.2013 hat die Beklagte durch ihren Prozessbevollmächtigten die Anfechtung eines mit der Klägerin geschlossenen Vertrages wegen Irrtums und arglistiger Täuschung erklärt. Mit ihrer Klageerwiderung vom 20.12.2013 hat die Beklagte zudem hilfsweise die Aufrechnung gegenüber etwaigen Forderungen der Klägerin mit einem behaupteten Schadensersatzanspruch vor dem Hintergrund eines unerbetenen Werbeanrufs (so genannter „Cold Call“) erklärt. 10

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts zum Sach- und Streitstand in der angefochtenen Entscheidung gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO Bezug 11

genommen.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt,	12
die Beklagte zu verurteilen, an sie 728,28 Euro nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.06.2013 zu zahlen.	13
Hilfsweise hat die Klägerin im ersten Rechtszug beantragt,	14
die Beklagte zu verurteilen, an sie 182,07 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2014 und im Zeitraum von Februar 2014 bis April 2016 monatlich 20,23 Euro zu zahlen.	15
Die Beklagte hat in der ersten Instanz beantragt,	16
die Klage abzuweisen.	17
Mit dem der Beklagten am 10.02.2014 zugestellten Urteil vom 31.01.2014 hat das Amtsgericht Siegburg die Klage vor dem Hintergrund des Einwandes des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) abgewiesen, soweit sie sich auf durch die Klägerin von der Beklagten begehrte Zahlungen aus der Vergangenheit bezogen hat, und im Übrigen die Beklagte verurteilt, an die Klägerin für den Zeitraum Februar 2014 bis April 2016 jeweils am Monatsende 20,23 Euro zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits (erster Instanz) hat es zu 25 % der Klägerin und zu 75 % der Beklagten auferlegt.	18
Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Amtsgericht ausgeführt, die Parteien hätten in dem Telefonat vom 03.05.2013 einen wirksamen Vertrag über die Einbeziehung des „Bioladens“ der Beklagten in das Branchenverzeichnis „F.de“ der Klägerin geschlossen. Dabei handele es sich um einen Dienstvertrag mit werkvertraglichen Elementen in Form des Erstellens und Einstellens der Anzeige in das Verzeichnis. Die Parteien hätten sich auf die Erstellung und Einstellung in das Verzeichnis für eine Laufzeit von drei Jahren zum Preis von 728,23 Euro (brutto), zahlbar in monatlichen Beträgen zu je 20,23 Euro (brutto) geeinigt. Aus dem Mitschnitt des Telefonats ergebe sich, dass das Angebot der Klägerin sämtliche wesentlichen Vertragsbestandteile enthalten habe. Darüber hinausgehende Angaben seien nicht erforderlich gewesen. Die Beklagte habe das Angebot mit den Worten „Ja, das ist richtig“ angenommen, wobei an dem Beweiswert des Telefonmitschnitts keine Zweifel bestünden. Der Vertrag sei auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Weder verstoße eine entgeltliche Eintragung in ein elektronisches Branchenverzeichnis gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, noch ergebe sich aus den Umständen des Vertragsschlusses ein solcher Verstoß. Namentlich sei ein Vertragsschluss über das Internet nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB sei nicht substantiiert genug vorgetragen worden. Insbesondere an einem Vortrag zu einem eklatanten Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung mangle es. Der Anspruch auf Vergütung sei auch nicht infolge einer Anfechtung des Vertrages erloschen, da ein Anfechtungsgrund nicht gegeben sei. Weder ein Inhalts- oder Erklärungsirrtum könne erkannt werden, noch liege eine arglistige Täuschung seitens der Klägerin vor. Kosten seien nicht verschleiert worden, das Leistungsspektrum sei nicht unrichtig dargestellt worden. Der Anspruch sei auch nicht infolge einer Aufrechnung mit eigenen Schadensersatzansprüchen der Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG erloschen, da ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz nicht vorliege. Eine unzumutbare Belästigung der Beklagten, bei der es sich um eine gewerbliche Marktteilnehmerin handele, die ihre Kontaktdaten u.ä. auf einer eigenen Internetpräsenz bereit halte, liege nicht vor. Ein sachliches Interesse der Beklagten	19

als Angerufener an dem Angebot der Klägerin habe jedenfalls vermutet werden können. Hierfür spreche nicht zuletzt der erfolgte Vertragsschluss. Der Vergütungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte für die Vergangenheit sei jedoch durch die von der Beklagten erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB gehemmt. Bei dem Dienstvertrag sei zunächst die geschuldete Leistung zu erbringen und sodann erst die Vergütung zu entrichten. Abweichend von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin hätten die Parteien telefonisch auch eine Vereinbarung getroffen, wonach die Beklagte am Monatsende nach empfangener Leistung zu zahlen habe. Die Klägerin habe ihre Leistung jedoch bislang nicht erbracht, die Beklagte sei in das Branchenverzeichnis nicht aufgenommen worden, wobei der Beklagten ein Berufen auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch nicht wegen eigenen vertragswidrigen Verhaltens verwehrt sei. Die Klägerin könne jedoch von der Beklagten für die Zeit von Februar 2014 bis April 2016 die künftige Zahlung verlangen. Für die Klage auf künftige Zahlung komme es auf die Fälligkeit der Forderung nicht an. § 259 ZPO setze allein voraus, dass die Verpflichtung zur künftigen Leistung in ihrem Bestand gewiss sei, was hier angesichts des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages mit fester Laufzeit der Fall sei. Werde die Klägerin ihrerseits auch künftig ihrer Leistungspflicht nicht nachkommen, so müsse die Beklagte die Vollstreckungsabwehrklage erheben.

Die Beklagte wendet sich mit ihrer am 19.02.2014 eingelegten und am 02.04.2014 begründeten Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Siegburg, soweit sie hierin zur Zahlung für die Zukunft verurteilt worden ist. Sie begehrt die vollumfängliche Abweisung der Klage und trägt zur Begründung vor, dass das erstinstanzliche Gericht verkannt habe, dass in dem aufgezeichneten Anruf gerade nicht die essentialia negotii des Vertrages besprochen worden seien. Insbesondere sei nicht mitgeteilt worden, welche Daten wo genau und wann eingetragen würden. Es sei in dem Mitschnitt lediglich von einer „Eintragung“ die Rede. Die Beklagte habe sich zudem über die Identität des Anrufers aufgrund der Begleitumstände geirrt. Die Irrtümer der Beklagten seien durch die Klägerin im Prozess nicht einmal bestritten worden. So sei der Irrtum über die Identität der Klägerin durch diese überhaupt nicht bestritten worden, ein Irrtum über den Kostenhinweis lediglich als „unerfindlich“ abgetan worden, worin kein Bestreiten des Irrtums liege, der naturgemäß nur mit Nichtwissen bestritten werden könne. Die pauschalen Ausführungen der Klägerin in ihrer Klageschrift zu einem etwaigen Irrtum der Beklagten reichten für ein Bestreiten nicht aus. Jedenfalls aber habe sich das Gericht mit der Frage einer Parteivernehmung der Beklagten auseinandersetzen müssen (§ 448 ZPO). Ergänzend trägt die Beklagte zum allgemeinen Geschäftsgebaren der Klägerin unter Einreichung eines Konvoluts von Fragebögen vor, welche der Prozessbevollmächtigte der Beklagten durch weitere Mandanten, die gleichfalls durch die Klägerin in Anspruch genommen werden, hat ausfüllen lassen. Den durch unerwünschte Anrufe der Klägerin betroffenen Geschäftsleuten werde regelmäßig vorgespiegelt, es gehe bei dem Anruf um Arbeiten an ihrer Homepage. Die Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts zur Frage des unerbetenen Werbeanrufs und eines hieraus resultierenden und zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs gingen zudem komplett an der Sache vorbei. Eine Einwilligung von anderen Marktteilnehmern müsse sich nicht auf die Nützlichkeit des Produkts beziehen, sondern auf die Form der Werbung. Weder ein ausdrückliches noch ein konkludentes Einverständnis der Beklagten zur telefonischen Kontaktaufnahme der Klägerin habe vorgelegen. Von einem mutmaßlichen Einverständnis könne man nicht ausgehen, denn aus Sicht der Klägerin hätten keine Umstände die Annahme begründet, die Beklagte erwarte einen solchen Anruf oder stehe diesem positiv gegenüber. Auch die Erwartung, der Eintrag müsse so schnell erworben werden, dass ein Beschreiten des Briefweges nicht möglich gewesen wäre, ist weder vorgetragen noch im Übrigen anzunehmen. Folge des unzulässigen „Cold Calls“ sei ein Schadensersatzanspruch

aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 UWG, der in seiner Höhe der durch die Klägerin geltend gemachten Forderung entspreche. Schließlich liege auch ein Verstoß gegen das Verschleierungsverbot (§ 4 Nr. 3 UWG) sowie gegen das Irreführungsverbot (§ 5 Abs. 1 UWG) vor.

Die Beklagte beantragt, 21

das Urteil des Amtsgerichts Siegburg zum Aktenzeichen 118 C 124/13 vom 31.01.2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen 22

Die Klägerin beantragt, 23

die Berufung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen. 24

Die Klägerin verteidigt das amtsgerichtliche Urteil, soweit die Beklagte für die Zukunft verurteilt wurde. Sie führt ergänzend aus, dass in der Aufzeichnung des zulässig telefonisch geschlossenen Vertrages alle notwendigen Details hinreichend bezeichnet worden seien, so dass ein Fehlen der essentialia negotii nicht zu erkennen, der Vertrag vielmehr wirksam geschlossen worden sei. Ein Irrtum der Beklagten habe nicht vorgelegen und sei durch die Klägerin auch nicht zugestanden. Im Gegenteil: Bereits in der Anspruchsbegründung habe die Klägerin das Vorliegen von Anfechtungsvoraussetzungen deutlich abgestritten und ausgeführt, dass hierzu nicht substantiiert vorgetragen worden sei. Gegen die Vernehmung der Beklagten als Partei wende sich die Klägerin und widerspreche einer solchen. Bei § 7 UWG handele es sich zudem um eine wettbewerbsrechtliche Norm, die für den zivilrechtlichen Rechtsstreit keine Rolle spiele, wobei ergänzend auszuführen sei, dass bei der Beantwortung der Frage nach einer mutmaßlichen Einwilligung eines Marktteilnehmers sämtliche Umstände des Einzelfalles heranzuziehen seien, die möglicherweise ein solches Einverständnis – von dem auch hier ausgegangen werden müsse – begründen könnten. Die diesbezügliche Würdigung des Amtsgerichts sei zutreffend. Bei der Beklagten habe es sich außerdem nicht um eine besonders schutzwürdige Verbraucherin gehandelt. Ungeachtet dessen handele es sich aber bei dem UWG um eine (wettbewerbs-) rechtliche Sondermaterie, ein Verstoß hiergegen begründe keine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB, zumal die Voraussetzungen des UWG bspw. zur Irreführung gänzlich andere seien als diejenigen des BGB zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Die Beklagte habe ihr (mutmaßliches) Einverständnis mit dem Werbeanruf der Klägerin auch nicht später einfach widerrufen können. Das jetzige Verhalten verstoße jedenfalls gegen § 242 BGB, da es in eindeutigen Widerspruch zu dem früheren Verhalten der Beklagten stehe.

II. 26

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. 27

1. 28

An der Zulässigkeit der Berufung bestehen keine Zweifel. Insbesondere erreicht die Beschwer der Klägerin angesichts der zugleich erfolgten Entscheidung über die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung den nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 BGB erforderlichen Wert. Auf die Ausführungen hierzu im Beschluss zur vorläufigen Streitwertfestsetzung der Kammer vom 03.04.2014 wird verwiesen. 29

2. 30

31

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg, denn die Klage ist zwar zulässig, jedoch im Ergebnis nicht begründet, da ein Vergütungsanspruch der Klägerin infolge der hilfsweise erklärten Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch der Beklagten erloschen ist.

a) 32

Der Klägerin stand gegen die Beklagte zwar ursprünglich ein Anspruch auf Vergütung für die Eintragung der Beklagten in dem durch sie geführten Branchenverzeichnis „F.de“ gemäß § 611 Abs. 1 BGB zu, dieser ist jedoch infolge der Aufrechnung mit einem eigenen Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Nr. 2 UWG erloschen (§§ 387, 389 BGB). 33

aa) 34

Ausweislich des in seiner Authentizität durch die Beklagte jedenfalls nicht substantiiert bestrittenen Telefonmitschnitts bestehen am Zustandekommen einer vertraglichen Vereinbarung dergestalt, dass die Beklagte die Klägerin beauftragt hat, ihre Firmendaten in das durch sie, die Klägerin, geführte Branchenverzeichnis „F.de“ gegen Entgelt einzutragen, keine Zweifel. Entgegen der Auffassung der Beklagten wurden die essentialia negotii in dem Telefongespräch hinreichend bezeichnet. So ging es namentlich um den „Auftrag, die Firmendaten (der Beklagten) unter den Rubriken Bioläden, Naturkostläden und Onlinedienste, Onlinehandel in das elektronische Branchenverzeichnis F.de eintragen zu lassen“, dies über eine „Laufzeit von 3 Jahren“ und bei einer „Gesamtgebühr von 612 Euro netto“, wobei die Gebühr aufgeteilt werden sollte in eine monatliche Gebühr von 17 Euro. Desweiteren wurde die Rechnungsanschrift noch einmal überprüfend abgefragt, auf die AGB und nähere Informationen zu dem Unternehmen der Klägerin und deren Erreichbarkeit im Internet verwiesen und es wurden nähere Details zur Rechnungstellung erläutert. Weiterer Angaben insbesondere zum Beginn der Einstellung bedurfte es nicht, zumal jedenfalls nahe liegt – ungeachtet des Umstandes, dass tatsächlich eine Einstellung bis heute nicht erfolgt ist –, dass eine solche kurzfristig nach Zahlungseingang erfolgen kann. Was genau Gegenstand des Vertrages werden sollte, war ebenso konkret bezeichnet wie das „wo“ der Einstellung, nämlich im Branchenverzeichnis „F.de“. 35

Dem Vertragsschluss steht auch nicht entgegen, dass dieser über das Telefon fernmündlich erfolgte, da das Gesetz (vgl. § 147 Abs. 1 S 2 BGB) grundsätzlich den fernmündlichen Vertragsschluss kennt und besondere Formvorschriften angesichts des spezifischen Inhalts der Vereinbarung nicht vorliegen. 36

In der Sache handelt es sich bei dem Vertrag um einen Dienstvertrag (das Aufrechterhalten und Pflegen des Eintrags der Beklagten im Branchenverzeichnis der Klägerin) mit werkvertraglichen Elementen (der einmaligen Einstellung in dem Branchenverzeichnis), so dass die Vergütung in Höhe von insgesamt 612 Euro netto (728,28 Euro brutto) nach § 611 Abs. 1 BGB durch die Beklagte geschuldet ist. 37

bb) 38

Der Vertrag erweist sich nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot als nichtig. 39

Insoweit kann an dieser Stelle dahinstehen, ob ein im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss in Rede stehender Verstoß gegen eine Vorschrift des UWG als einzig in Betracht kommendes Verbotsgesetz vorliegt, da aus einem etwaigen Gesetzesverstoß 40

jedenfalls nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages folgt. Verträge, die durch unlauteren Wettbewerb zustande gekommen sind, sind als solche in der Regel nicht nach § 134 BGB nichtig (BGH NJW 1991, 287, 291 f.; Münchener Kommentar-*Armbüster*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 67 m.w.N.). Hintergrund hierfür ist, dass § 134 BGB die gesetzliche Folge daran knüpft, dass der *Inhalt* eines Rechtsgeschäfts gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (vgl. BGH, a.a.O.). Der Inhalt des hier zu beurteilenden Vertrages, der Erbringung einer Dienstleistung in Form der Eintragung in ein Branchenverzeichnis gegen Entgelt, verstößt jedoch gegen kein gesetzliches Verbot. Allenfalls die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages könnte gegen eine Vorschrift des UWG verstoßen. Dies führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Vertrags selbst nach § 134 BGB (BGH, a.a.O.).

Das UWG selbst ordnet eine entsprechende Rechtsfolge – Nichtigkeit der unter Verstoß hiergegen zustande gekommen Verträge – nicht an. 41

cc) 42

Der Vertrag ist auch nicht aufgrund von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB nichtig. 43

Der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung – die Eintragung in ein Branchenverzeichnis gegen Entgelt – verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Soweit im Rahmen des § 138 BGB darüber hinaus sich die Sittenwidrigkeit des Geschäfts auch aus dem Gesamtcharakter desselben und einer Gesamtwürdigung des Inhalts, des Zweckes, der Beweggründe und der Umstände des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts ergeben kann (vgl. BGHZ 86, 88; BGH NJW 1990, 590), führt auch dies nicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit. Selbst wenn der Vertrag unter wettbewerbsrechtlich unzulässiger Anbahnung mittels eines so genannten „Cold Call“ zustande gekommen sein sollte, verstößt ein derartiges Verhalten jedenfalls nicht in einer derartigen Art und Weise gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, dass die Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung als Folge geboten wäre. Eine Unvereinbarkeit mit *grundlegenden* Wertungen der Sitten- und Rechtsordnung ist hierin nicht zu erkennen, mag sich ein solcher „Cold Call“ auch als lästig und gegebenenfalls wettbewerbsrechtlich unzulässig erweisen. 44

Für eine Sittenwidrigkeit wegen des eklatanten Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung (*Wucher*) ist durch die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht hinreichend vorgetragen worden. Allein der Umstand, dass auch andere Anbieter Branchenverzeichnisse mit Suchfunktionen bereithalten und deren Reichweite über derjenigen der Klägerin liegt und zugleich günstiger zu erhalten sind, begründet nicht ein zur Annahme von *Wucher* berechtigendes eklatantes Missverhältnis. Dies gilt umso mehr, als die vereinbarte Vergütung in der absoluten Summe auch nicht als außerordentlich hoch beurteilt werden kann. 45

dd) 46

Der Vertrag ist auch nicht infolge der erklärten Anfechtung mit *ex tunc* Wirkung als von Anfang an nichtig zu betrachten (§ 142 BGB). 47

Insoweit bestehen im Hinblick auf einen möglichen Erklärungs- oder Inhaltsirrtum (§ 119 BGB) bereits durchgreifende Zweifel am Vorliegen einer gemäß § 121 BGB rechtzeitigen und fristgerechten Anfechtungserklärung. 48

Gemäß § 121 BGB muss die Anfechtung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen (unverzüglich), nachdem der Anfechtungsberechtigte Kenntnis von dem Anfechtungsgrund erlangt hat, wobei 49

die Obergrenze in der Regel eine Frist von zwei Wochen ist (OLG Hamm NJW-RR 1990, 523; OLG Jena OLG-NL 2000, 37). Hier versandte die Klägerin der Beklagten unter dem 06.05.2013 die Rechnung, womit spätestens nunmehr der Beklagten klar geworden sein muss, dass sie in dem Telefongespräch vom 03.05.2013 einen verbindlichen Vertrag über die entgeltliche Eintragung in ein Branchenverzeichnis zu einem Preis vom 728,28 Euro brutto geschlossen hat. Die Beklagte hat die Rechnung innerhalb der üblichen Postlaufzeit, mithin spätestens am 08.05.2013, erlangt. Soweit sie – nach eigenen Angaben – davon ausgegangen sein sollte, es habe sich hierbei um einen Irrläufer gehandelt und diesem deshalb keine Beachtung geschenkt habe, vermag sie dies nicht zu exkulpieren. Im Gegenteil: Als Gewerbetreibender muss der Beklagten die Bedeutung einer solchen Rechnung bewusst sein oder zumindest Anlass geben, unmittelbar hierauf weitere Maßnahmen, wie beispielsweise eine Anfechtung, zu erklären. Dies gilt umso mehr, als sie unstreitig das aufgezeichnete Telefonat vom 03.05.2013 mit einer Mitarbeiterin der Beklagten geführt hat.

Die Anfechtungserklärung hat sie sodann erst mit Schreiben vom 24.05.2013 durch ihren Prozessbevollmächtigten an die Beklagte versandt, und zwar nach Erhalt der ersten Mahnung. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist von 14 Tagen jedoch bereits verstrichen. 50

Ungeachtet dessen hat sich die Beklagte jedoch auch weder in einem Erklärungs- noch in einem Inhaltsirrtum befunden. 51

Ein solcher ist zum einen durch die Klägerin nicht zugestanden und mithin nicht als unstreitig zugrunde zu legen. Die Klägerin hat bereits in ihrer Klage das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes in Abrede gestellt und konnte dies auch ohne Rücksicht auf den Umstand, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt sich im Verfahren noch nicht auf das Vorliegen eines Irrtums berufen hat, denn aufgrund der vorprozessualen Korrespondenz und der bereits erklärten Anfechtung war für die Klägerin absehbar, die Beklagte werde sich hierauf berufen. Im Übrigen hat die Klägerin auch in der Folge wiederholt vorgetragen, dass die Beklagte alles genau verstanden habe und sich der Folgen ihres Handelns bewusst gewesen sei, worin ein zulässiges sinngemäßes Bestreiten eines Irrtums von Seiten der Klägerin zu erkennen ist. 52

Zum anderen fehlt es bereits an einem hinreichenden Vortrag der insoweit beweisbelasteten Beklagten zum Vorliegen eines Irrtums über den Inhalt der Erklärung (Inhaltsirrtum) bzw. über die Abgabe einer Erklärung solchen Inhalts (Erklärungsirrtum). Dass die Beklagte gegebenenfalls über die Person der Klägerin bzw. der Anruferin im Unklaren war, begründet einen solchen Irrtum jedenfalls nicht. Für den *zweiten*, hier aufgezeichneten Anruf mit einer Mitarbeiterin der Klägerin wird auch nicht konkret und fallbezogen vorgetragen, inwieweit sich die Beklagte über die Abgabe einer Erklärung oder den Inhalt derselben in einem Irrtum befunden haben will. Die Aufzeichnung vermittelt vielmehr – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der wiederholten Nachfragen von Seiten der Klägerin – den Eindruck, die Klägerin habe sehr wohl gewusst, dass und was sie sage und erkläre. Jedenfalls aber hat die Beklagte für das Vorliegen eines solchen Irrtums in ihrer Person keinen hinreichenden Beweis angetreten. Sie hat wiederholt allein die Vernehmung ihrer selbst als Partei beantragt. Da die Klägerin einer solchen Vernehmung widersprochen hat und damit eine einverständige Vernehmung im Sinne des § 447 ZPO ausgeschlossen ist, käme allenfalls eine Vernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO in Betracht. Die hierzu notwendige Anfangswahrscheinlichkeit (der so genannte „An-Beweis“; vgl. BGH NJW 1997, 3230; 1998, 814) ist angesichts des ohnehin cursorischen Vortrages zum Vorliegen eines Irrtums und des Inhalts der Gesprächsaufzeichnung jedoch nicht gegeben. 53

Auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) kam nicht in Betracht, denn die Beklagte hat es insoweit bereits nicht vermocht, die Voraussetzungen eines derartigen Anfechtungsgrundes hinreichend substantiiert darzulegen. Die eingereichten Fragebögen einer Mehrzahl von Mandanten des Prozessbevollmächtigten der Beklagten sind für die Beurteilung des Rechtsstreits in vorliegender Sache ohne jede Relevanz. Es handelt sich hierbei um allgemeine, vom Fall losgelöste Behauptungen, die einen schlüssigen Sachvortrag in vorliegender Sache nicht ersetzen. Ebenso wenig genügt der Vortrag der Beklagten, sie habe angenommen, der Erstanruf stamme von ihrem Inhalte-Provider, Herrn M, den Anforderungen an die Darlegung einer arglistigen Täuschung. Dabei kann es letztlich dahinstehen, inwieweit eine anlässlich des ersten Anrufs eventuell erfolgte Täuschung überhaupt auf den Vertragsschluss im zweiten Anruf angesichts dessen konkreten und eindeutigen Inhalts fortgewirkt hat. Zugleich kann auch unterstellt werden, die Klägerin sei bei dem ersten Anruf tatsächlich davon ausgegangen, es habe sich um Herrn M gehandelt (wobei *diese* Fehlvorstellung schon deshalb im zweiten Anruf nicht unmittelbar fortgewirkt haben kann, da das Gespräch zum einen mit einer Frau geführt wurde und diese auf ein vorangegangenes Gespräch mit einem Herrn S Bezug genommen hat). Die Beklagte trägt jedoch – außer Allgemeinplätzen und Vermutungen – nicht konkret vor, welche bewusst unwahre Tatsachenbehauptung die Klägerin bezogen auf ihre Person und / oder den Anlass ihres Anrufs und / oder den Inhalt des Vertrags sie zu welcher Zeit konkret gegenüber der Beklagten geäußert hat. Das mitgeschnittene Telefonat enthält eine solche jedenfalls nicht.

b) 55

Der Anspruch ist jedoch entgegen der Auffassung des Amtsgericht und der Auffassung des Landgerichts Kassel in dem durch die Klägerin eingereichten Hinweisbeschluss vom 13.06.2014 (1 S 118/14) infolge der hilfsweise erklärten Aufrechnung mit einem eigenen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Nr. 2 UWG erloschen (§§ 387, 389 BGB). Insoweit geht die Aufrechnung auch einer etwaigen Hemmung wegen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) vor, da die Aufrechnung zum endgültigen Erlöschen der Forderung führt und daher nach sachgerechter Auslegung die hilfsweise Erklärung derselben der Berücksichtigung von lediglich rechtshemmenden Einreden vorgehen sollte.

aa) 57

Die Beklagte hat mit Klageerwiderung vom 20.12.2013 die hilfsweise Aufrechnung im Sinne des § 388 BGB erklärt.

bb) 59

Es lag auch eine Aufrechnungslage im Sinne des § 387 BGB vor.

(1) 61

Die Beklagte war berechtigt, gegenüber der gesamten Restforderung der Klägerin die Aufrechnung mit eigenen Schadensersatzansprüchen zu erklären und zwar ungeachtet des Umstandes, dass die Parteien hier eine ratenweise Begleichung bis in das Jahr 2016 vereinbart haben. Diese Vereinbarung hatte lediglich die für die Beklagte günstige Folge, dass die Forderung der Klägerin ihr gegenüber vollständig nicht sofort fällig, sondern vielmehr erst monatlich in Höhe von jeweils 20,23 Euro (brutto) fällig wurde. Die Fälligkeit der Hauptforderung, gegenüber der die Beklagte als Schuldnerin hier die Aufrechnung erklärt hat, ist jedoch keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Aufrechnung bzw. für das Vorliegen

einer Aufrechnungslage (BGH NJW 2006, 3631). Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass die Forderung erfüllbar ist. Dies ist hier im Hinblick auf die gesamte Forderung der Klägerin der Fall. Gemäß § 271 Abs. 2 BGB ist im Zweifel anzunehmen, dass der Schuldner einer Forderung diese auch vor der Leistungszeit, mithin vor Fälligkeit, bewirken kann.

Anhaltspunkte, die im konkreten Fall einer solch vorzeitigen Erfüllbarkeit entgegen stehen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere besitzt die Klägerin kein berechtigtes Interesse an einer erst späteren Erfüllung, anders als beispielsweise ein Darlehensgeber mit dem berechtigten Zinsinteresse, so dass in solchen Fällen *ausnahmsweise* und entgegen § 271 Abs. 2 BGB wegen des möglichen Zinsausfallschadens eine vorzeitige Erfüllung nicht möglich ist. Da der der Forderung zugrunde liegende Vertrag einschließlich der damit einhergehenden Zahlungsverpflichtung auch bereits verbindlich geschlossen wurde, handelte es sich bei den Raten auch nicht um künftige Ansprüche, denen gegenüber eine Aufrechnung jedenfalls nicht ohne Weiteres erklärt werden kann (vgl. BGH NJW 1988, 2542; NJW 2004, 3118), sondern um einen gegenwärtigen Anspruch, dessen Fälligkeit allein aufgeschoben wurde im Rahmen der getroffenen Ratenzahlungsvereinbarung.

(2) 63

Der Beklagten steht gegen die Klägerin eine gleichartige, wirksame und fällige Zahlungsverpflichtung in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs in Höhe von 728,28 Euro wegen deliktischer Schutzgesetzverletzung durch die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu, denn die Beklagte hat gegen das Verbot unzulässiger Telefonwerbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG schuldhaft verstoßen und hierdurch kausal und zurechenbar bei der Beklagten einen Schaden in Höhe des sie treffenden Vergütungsanspruchs verursacht. 64

(a) 65

Entgegen der Beurteilung des Landgerichts Kassel (Beschl. v. 13.06.2014 – 1 S 118/14) handelt es sich bei den Vorschriften des UWG um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, die neben dem Schutz der übrigen Mitbewerber, dem so genannten horizontalen, wettbewerbsrechtlichen Schutz auch den Schutz von Verbrauchern und übrigen Marktteilnehmern als durch wettbewerbswidrige Maßnahmen unmittelbar vertikal Betroffene dienen. 66

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 (NJW 1964, 1369) zum UWG a.F. allgemein und ohne Einschränkung ausgeführt, dass „nach einhelliger Auffassung die Vorschriften des UWG Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB“ seien. Von dieser Auffassung ist er bislang nicht abgerückt. Im Gegenteil: In weiteren – zum Teil vorangehenden, zum Teil späteren – Entscheidungen wird ausdrücklich der Schutzgesetzcharakter der §§ 1 und 3 UWG bestätigt (vgl. BGH NJW 1955, 382; NJW 1967, 1558; NJW 2006, 830, 838), so dass auch die Literatur jedenfalls mit Blick auf §§ 1 und 3 UWG deren Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anerkannt hat (vgl. nur Münchener Kommentar-Wagner, BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 424). 67

Der vorgenannte Schutzgesetzcharakter der Normen des UWG ist auch im Hinblick auf das neue UWG (BGBl. I 2004, 1414) anzuerkennen. Von dem Schutzbereich umfasst werden hierbei nicht allein die Mitbewerber, sondern auch die Adressaten unlauterer Wettbewerbsmethoden, mithin Verbraucher und die so genannten übrigen Marktteilnehmer. Dies folgt unmittelbar aus dem in § 1 UWG normierten Zweck des Gesetzes selbst. Danach dient das Gesetz „dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt 68

zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“. Der insoweit eindeutige Wortlaut verdeutlicht, dass der Schutzbereich des gesamten UWG nicht allein den Markt als solchen und die übrigen Mitbewerber umfasst, sondern auch und insbesondere die Adressaten unlauterer Wettbewerbsmethoden. Dies wird letztlich auch durch die Gesetzesbegründung bestätigt. Hierin heißt es unter anderem, dass durch die Schutzzweckbestimmung in § 1 UWG klargestellt werden sollte, dass nicht allein der Mitbewerber individuell geschützt werden soll, sondern die Marktteilnehmer überhaupt, namentlich die Verbraucher und die übrigen Marktteilnehmer (vgl. BR-Drs. 301/03, 27 f.). Der eigentliche Zweck des UWG liege darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber, aber auch der Verbraucher (und damit auch der gleichrangig erwähnten übrigen Marktteilnehmer) an einem unverfälschten Wettbewerb zu regeln.

In Anbetracht dessen weisen die Normen des UWG drittschützenden Charakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB auf mit Blick auf die Verbraucher und übrigen Marktteilnehmer. 69

(b) 70

Ob die Klägerin durch ihr Verhalten (auch) gegen § 4 Nr. 3 UWG (Verschleierung des Werbecharakters) oder § 5 Abs. 1 UWG (irreführende geschäftliche Handlung) verstoßen hat, kann letztlich dahin stehen, denn jedenfalls dürfte ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vorliegen, denn bei dem Erstanruf der Klägerin handelte es sich um einen unzulässigen so genannten „Cold Call“. 71

Da eine ausdrückliche Einwilligung der Beklagten als Gewerbetreibende und damit sonstige Marktteilnehmerin im Sinne des UWG nicht vorlag, war der unstreitig erfolgte Werbeanruf nur dann zulässig, wenn eine mutmaßliche Einwilligung der Beklagten angenommen werden konnte. Dies ist jedoch nicht der Fall. 72

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 (Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG, 32. Aufl. 2014, § 7 Rn. 163). Maßgeblich ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen durfte, der Anzurufende erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenüberstehen (BGH GRUR 2007, 607; 2008, 189; BGH GRUR 2010, 939; Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O.). 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 GRUR 2007, 607). Denn für die lauterkeitsrechtliche Bewertung ist auf die Umstände vor dem Anruf abzustellen (Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O.). 73

Erforderlich ist, dass „auf Grund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden“ am Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann (BGH GRUR 2001, 1181, 1183; 2004, 520, 521; 2010, 939). Eine mutmaßliche Einwilligung ist jedoch im Allgemeinen noch nicht dann anzunehmen, wenn der Anruf lediglich eine „allgemeine Sachbezogenheit“ aufweist, da diese nahezu immer gegeben sein dürfte und damit die Telefonwerbung fast unbegrenzt möglich wäre (BGH GRUR 2001, 1181, 1183; 2007, 607; 2010, 939; Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O., § 7 Rn. 165). Auch eine typisierende oder generalisierende Unterscheidung zwischen Anrufen, die die eigentliche Geschäftstätigkeit betreffen, und solchen, die sich auf Hilfsmittel beziehen, ist nicht statthaft. Denn weder ist bei ersteren stets ein sachliches Interesse generell zu vermuten noch bei letzteren stets zu verneinen (BGH GRUR 1991, 764, 765). Vielmehr ist darauf abzustellen, ob im Einzelfall der Werbende bei 74

verständiger Würdigung davon ausgehen kann, der Anzurufende erwarte den Anruf oder stehe ihm jedenfalls positiv gegenüber (BGH GRUR 1991, 764, 765; 2001, 1181, 1183; 2008, 189. Es ist also zu fragen, ob ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegt, der den Werbeanruf rechtfertigen könnte (BGH GRUR 2001, 1181, 1183). Das bezieht sich sowohl auf die Art der Werbung, nämlich mittels Telefonanruf, als auch auf den Inhalt der Werbung (Köhler/Bornkamm-Köhler, a.a.O.).

Hierbei spielt auch eine Rolle, ob die Angelegenheit so eilig ist, dass sie eines Telefonanrufs bedarf (OLG Hamburg GRUR 1987, 60, 61; OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 184). Eine Rolle kann auch spielen, ob der Angerufene von sich aus mit dem Werbenden in Kontakt treten kann, etwa unter Nutzung von Suchmaschinen, und dies auch zu erwarten ist. 75

Der Anrufer trägt zudem grundsätzlich das Risiko einer subjektiven Fehleinschätzung (OLG München WRP 2011, 1216, 1217). 76

Speziell im Hinblick auf einen „Cold Call“, der einen Werbeanruf zur Aufnahme in eine Suchmaschine beinhaltet, hat der BGH in seinem Urteil vom 20.09.2007 (GRUR 2008, 189, 190 f.) ausgeführt: 77

„Auf Grund des einmaligen kostenlosen Eintrags der G-GmbH in der Suchmaschine der Bekl. ist es nur zu einer sehr schwachen Geschäftsverbindung gekommen. Diese mag ihrer Art nach die Annahme gerechtfertigt haben, die G-GmbH werde mit einem Anruf zur Überprüfung des eingespeicherten Datenbestands einverstanden sein. Wenn aber der telefonische Weg gewählt wurde, um zugleich das Angebot einer entgeltlichen Leistung zu unterbreiten, war dies nach den sonstigen Umständen für den Anzurufenden unzumutbar belästigend. Die Bekl. konnte nicht mit einem besonderen Interesse der G-GmbH rechnen, gerade im Verzeichnis der Suchmaschine der Bekl. gegen Vergütung mit einem erweiterten Eintrag aufgeführt zu sein. In gleicher Weise wie bei der Bekl. ist ein kostenloser Eintrag über die G-GmbH bei weiteren 450 Suchmaschinen gespeichert. Die Bekl. behauptet selbst nicht, dass ihre Suchmaschine, die nur eine unter einer Vielzahl anderer ist, über eine besondere Bekanntheit verfüge. Angesichts der großen Zahl gleichartiger Suchmaschinen und der Verbreitung kostenloser Unternehmenseinträge in den Verzeichnissen von Suchmaschinen musste die Bekl. vor einem Anruf berücksichtigen, dass für einen Gewerbetreibenden die Gefahr besteht, in seinem Geschäftsbetrieb durch eine Vielzahl ähnlicher Telefonanrufe empfindlich gestört zu werden.“ 78

Nach dieser Maßgabe durfte die Klägerin nicht von einem mutmaßlichen Interesse der Beklagten am Erhalt des Angebots der Klägerin zum entgeltpflichtigen Eintrag in ein elektronisches Branchenbuch auf telefonischem Wege ausgehen. Insoweit ist es zunächst von allenfalls untergeordneter Bedeutung, dass die Beklagte einen eigenen Internetauftritt unterhält, da dies inzwischen auf die weit überwiegende Mehrzahl der Gewerbetreibenden zutrifft, ohne dass dies ohne Weiteres zur Zulässigkeit von unaufgeforderten Anrufen des hier gegenständlichen Inhalts führt. Demgegenüber war es der Klägerin gerade aufgrund des Internetauftritts der Beklagten möglich, mit dieser auch via Brief, E-Mail oder Fax in Kontakt zu treten. Ein auch nur ansatzweise nachvollziehbarer Anhaltspunkt, der unter Berücksichtigung dessen die Kontaktaufnahme via Telefon – etwa wegen Eilbedürftigkeit – als geboten erscheinen lassen würde, ist nicht ersichtlich. Dass die Klägerin davon ausgehen durfte, der Anzurufende erwarte den Anruf oder stehe ihm jedenfalls positiv gegenüber, ist nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als es sich bei dem Angebot der Klägerin um ein solches handelt, wie es vielfach im Internet mit zum Teil deutlich geringeren Gebühren und deutlich größerer Breitenwirkung aufzufinden ist, was auch der Klägerin bei Anruf bewusst gewesen sein muss. Dass schließlich tatsächlich ein Vertrag geschlossen wurde, kann 79

demgegenüber nicht als Indiz dafür herhalten, dass die Beklagte mit dem hier maßgeblichen Erstanruf mutmaßlich einverstanden war, denn der Vertragsschluss im kurz darauf erfolgten zweiten Anruf beruhte letztlich auf Grundlage und vor dem Hintergrund der Überrumpelung durch den ersten Anruf, vor welcher § 7 Abs. 2 UWG gerade schützen will.

Insoweit ist es auch ohne Bedeutung, dass die Klägerin im Hinblick auf den zweiten, aufgezeichneten Anruf eventuell von einer (mutmaßlichen) Einwilligung der Beklagten ausgehen durfte. Entscheidend ist allein der erste Anruf. Dieser erfolgte ohne Einwilligung – hierin wurden zugleich aber auch bereits sämtliche Grundlagen des späteren Vertragsschlusses gelegt. Dies wird schon darin deutlich, dass die Klägerin sich in dem zweiten Anruf nicht allein auf den ersten Anruf bezogen hat, sondern darüber hinaus auch mitgeteilt hat, der „Auftrag“ sei in diesem ersten Anruf bereits „erteilt“ worden. 80

(c) 81

Der Erstanruf als unzulässiger „Cold Call“ war schließlich auch kausal für die Eingehung der Verbindlichkeit durch die Beklagte, so dass ein Schaden in Höhe des Vergütungsanspruchs entstanden ist. Ohne den Erstanruf wäre es nicht zu dem zweiten Anruf gekommen, in dem ausdrücklich auf den ersten Anruf Bezug genommen wurde mit den Worten, dort sei der Auftrag bereits erteilt worden und somit auch nicht zu dem dort spätestens erfolgten Abschluss der vertraglichen Vereinbarung. 82

Der Schaden wird auch nicht durch eine tatsächlich erfolgte Leistung der Klägerin – Einstellung in das Verzeichnis – minimiert, da die Klägerin die Beklagte bislang nicht in ihr Verzeichnis eingestellt hat. 83

cc) 84

Der Beklagten ist es auch nicht aus Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vor dem Hintergrund des Gedankens rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf den vorgenannten Schadensersatzanspruch zu berufen und diesen zur Aufrechnung zu stellen. Die Beklagte hat zwar einen Vertrag über die Einstellung in das Verzeichnis der Klägerin geschlossen. Dieser Vertragsschluss beruhte indes auf einer gezielt geschaffenen und rechtswidrigen Überrumpelungssituation, weshalb er nicht treuwidrig ist, wenn sich die Beklagte auf einen Schadensersatzanspruch beruft, um den Folgen dieses Vertragsschlusses zu begegnen. 85

3. 86

Mangels Hauptsacheanspruchs ist auch der ergänzend geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von Verzugszinsen gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB nicht begründet. 87

III. 88

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 89

IV. 90

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 91

V. 92

93

Die Revision war zuzulassen, da die Sache grundsätzliche Bedeutung hat und die Zulassung zugleich zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten ist (§ 543 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO). Bei der Frage des vertikalen Schutzgesetzcharakters der Normen des UWG im Allgemeinen und von § 7 UWG mit Blick über die Wettbewerber hinausgehend auf die Verbraucherinnen und Verbraucher und die Marktteilnehmer im Übrigen handelt es sich um eine klärungsbedürftige, bislang höchstrichterlich so noch nicht entschiedene Frage, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist. Sie wird zugleich von einzelnen Gerichten abweichend von der hier vertretenen Auffassung beantwortet, so dass auch zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung die Zulassung der Revision geboten erscheint.

Wert des Berufungsverfahrens: 728,28 Euro

94