

I-5 U 43/12
11 O 293/11
Landgericht Düsseldorf



Verkündet am 25.10.2012

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des

Beklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die **Euroweb Internet GmbH**, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Chris-
toph Preuß, Hansaallee 299, 40549 Düsseldorf,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Berger LAW LLP,

Werdener Straße 6, 40227 Düsseldorf,

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 20.09.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht , die Richterin am Oberlandesgericht und die Richterin am Oberlandesgericht

für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf – Einzelrichter – vom 09.02.2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 4 % und der Beklagte zu 96 % zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Klägerin nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht einen Vergütungsanspruch in Höhe von 6.147,65 €, nach teilweiser Klagerücknahme in der Berufungsinstanz noch in Höhe von 5.906,61 €, aus einem am 15.12.2009 mit dem Beklagten, einem Steinmetz, geschlossenen Internet-System-Vertrag über das Paket Euroweb Premium mit einer Laufzeit von 48 Mona-

ten geltend. Der Beklagte „stornierte“ den Vertrag telefonisch unter dem 16.12.2009 und kündigte den Vertrag gegenüber der Klägerin mit Schreiben vom 18.12.2009.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat dies damit begründet, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Vergütung in der geltend gemachten Höhe aus § 649 S. 2 BGB zu. Zunächst sei ein Anspruch in Höhe von 6.439,00 € entstanden, da der Vertrag wirksam geschlossen worden sei. Der Zeuge sei entsprechend der Vertragsurkunde zum Vertragsschluss ausreichend bevollmächtigt gewesen. Der Vertrag sei auch nicht wegen Wuchers nach § 138 II BGB nichtig. Der Beklagte habe nicht dargetan, inwiefern ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliege oder inwiefern er auf irgendeine Art von der Klägerin ausgebeutet worden sei. Eine Abnahme sei wegen der wirksamen Vorleistungspflichtvereinbarung, die nicht gegen § 307 BGB verstoße, nicht erforderlich gewesen. Der Anspruch sei auch nicht durch den mit Schreiben vom 18.12.2009 erklärten Widerruf untergegangen, da die Parteien in ihrer Eigenschaft als Unternehmer gehandelt hätten. Allerdings sei der Vertrag durch dieses Schreiben wirksam gekündigt worden. Der Klägerin stehe deswegen die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen zu. Die Klägerin habe plausibel dargelegt, dass sie Aufwendungen in Höhe von insgesamt 291,35 € erspart habe. Der darlegungs- und beweispflichtige Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass und inwiefern die ersparten Aufwendungen höher seien und sei für seine Behauptung damit beweisfällig geblieben.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Beklagten, mit der er die Klageabweisung weiterverfolgt.

Der Beklagte ist der Auffassung, er habe eingehend die Bevollmächtigung des Zeugen bestritten, weswegen der Klage ohne Nachweis der Bevollmächtigung nicht stattgegeben werden dürfen. Der Hinweis auf die Vertragsurkunde sei nicht ausreichend, weil sich daraus keine Abschlussvollmacht für den Vertreter ergebe. Da er bereits am 16.12.2009 den Vertrag telefonisch storniert und mit Schreiben vom 18.12.2009 gekündigt habe, sei der Vertrag noch nicht rechtswirksam angenommen gewesen.

Soweit das Landgericht sein Vorbringen zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Wuchers als unsubstantiiert angesehen habe, sei ein Hinweis des Landgerichts dazu nicht erfolgt. Das krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung habe sich aus dem Vorbringen der Klägerin ergeben, das er sich mit Schriftsatz vom 27.04.2011 zu eigen gemacht habe. Eine schlüssige Berechnung der ersparten Aufwendungen habe nicht vorgelegen. Zu berücksichtigen sei, dass alle Leistungen, die sich auf die Einrichtung und Pflege einer Domain bezogen hätten, von vornherein hätten entfallen können, weil er bereits eine Domain gehabt habe. Zudem hätte die Vertragserfüllung von der Klägerin bewiesen werden müssen. Dass es sich um ein Wuchergeschäft handele, ergebe sich daraus, dass für eine nicht erbrachte Leistung ein Vergütungsanspruch in Höhe von 6.147,65 € gegeben sein solle. Das Gericht habe Beweis erheben müssen über die von ihm bestrittenen Kosten. Die Erstellung einer Website würde maximal drei Stunden betragen, weswegen sich auf Klägerseite maximal ein Vertragsaufwand von 800,- € ergebe. Zu bedenken sei auch, dass er keinerlei Urheberrechte erhalte. Wegen des Missverhältnisses sei auch eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln aus verwerflicher Gesinnung gegeben. Dieses Missverhältnis habe er nicht gekannt, er sei kein Kaufmann, sondern Steinmetz ohne weitergehende Geschäftserfahrung. Hinzu komme die Vorleistungspflicht, die sich ebenfalls nicht aus dem Vertrag ersehen lasse. Die Begründung des Landgerichts zur Vorleistungsklausel überzeuge nicht. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nichts getan habe. Auch seien die Rechtsverfolgungskosten nicht gewinnmindernd eingestellt worden. Es sei nicht zutreffend, dass er für die Höhe der ersparten Kosten voll darlegungs- und beweispflichtig sei. Das Landgericht habe insoweit nicht die Grundsätze der sekundären Darlegungslast berücksichtigt. Das Landgericht habe den Beweisantrag auf Herausgabe der Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Jahresabrechnungen und Geschäftsunterlagen der Jahre 2008 – 2011 fehlerhaft übergangen. Die Klageforderung werde angesichts des fiktiven Vergütungsbeitrags als entgangener Gewinn geltend gemacht. Auch sei sein Vorbringen zum böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb übergangen und keine Frist bezüglich des mit „N.N.“ genannten Zeuge gesetzt worden. Zudem hätten die Anschlusskosten von 199,- € als erspart angesehen werden müssen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und ist der Auffassung, es sei von einer Vollmacht des Zeugen auszugehen, weil sie ihn mit der Aufgabe betraut habe, die beklagte Partei aufzusuchen und Vertragsverhandlungen zu führen. Damit habe sie ihm durch schlüssiges Verhalten eine entsprechende Vollmacht erteilt. Bei dem geltend gemachten Nettobetrag handele es sich nicht um ihren Gewinn, sondern den betriebswirtschaftlichen Rohertrag, von dem sie, wie dargelegt, sämtliche Aufwendungen und Allgemeinkosten wie Personal- und Lohnkosten, Miete etc. bestreiten müsse. Im Hinblick auf § 138 BGB sei zu berücksichtigen, dass eine individuelle Erstellung des Internetauftritts eine Programmierung mit bis zu 25 Produktseiten, eine dreimalige Aktualisierung pro Vertragsjahr, bis zu 50 E-Mail-Adressen sowie Beratungs- und Betreuungsleistungen per Hotline und ein persönlicher Beratungstermin beim Kunden geschuldet sei. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, warum ihre Preise überteuert sein sollten. Da es sich bei beiden Parteien um Kaufleute handele, würde selbst ein auffälliges Missverhältnis nicht für eine verwerfliche Gesinnung sprechen. Vielmehr spreche bei Kaufleuten eine widerlegliche Vermutung dagegen. Der Beklagte behaupte nicht einmal eine bei ihm bestehende Schwächesituation. Der Beklagte verkenne auch die Beweislast. Sie habe die aus ihrer Sicht ersparten Aufwendungen konkret und auf den Einzelfall bezogen dargelegt, weswegen der Beklagte in der Lage sei, sich damit kritisch auseinander zu setzen. Sie verfüge wie bereits dargelegt auch über keinen anderweitigen Erwerb. Echte Füllaufträge seien auch bei einem Unternehmen wie ihr, die einen größeren Betrieb unterhalte, der auf ständige Akquisition einer großen Zahl von Aufträgen ausgerichtet sei und in der Lage sei, diese auch abzuwickeln, nicht festzustellen.

Vorsorglich werde auch zur Behauptung, sie arbeite im konkreten Fall nicht mit ständigen Mitarbeitern unter Vorlage der Jahresbilanz von 2009 vorgetragen. Im Jahr 2009 seien Fremdkosten für das Hosten von Webseiten durch ihre Tochterfirma in Bulgarien Euroweb OOD in Höhe von 560.377,61 € entstanden. Insoweit habe sie weitere Aufwendungen in Höhe von 139,68 € erspart, und nehme die Klage in Höhe dieses Betrages zurück. Vorsorglich trage sie vor, dass die Lohnkosten der sogenannten Freelancer 84.311,01 € im Jahr 2009 betragen hätten. Hinzu käme eine Pauschale für die Künstlersozialkasse in Höhe von 11.711,26 €. Demgegenüber habe sie einen Gesamtpersonalaufwand von 3.728.608,51 €. Die Freelancer würden auch nur in Spezialprojekten eingesetzt. Vorliegend lasse sie sich den Kostenanteil der freien Mitarbeiter als ersparte Aufwendungen anrechnen. Bezogen auf die Neukunden im Geschäftsjahr 2009 betrage der Kostenanteil 25,34 € pro Jahr pro Kunde. Im Hinblick auf die vier Vertragsjahre lasse sie sich 101,36 € anrechnen und nehme insoweit die Klage zurück.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

1.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten nach Kündigung des Vertrages durch den Beklagten einen Anspruch auf eine Vergütung nach § 649 S. 2 BGB in der nach teilweiser Klagerücknahme noch geltend gemachten Höhe von 5.906,61 €, weil der Vertrag wirksam war und der Beklagte eine höhere Ersparnis von Aufwendungen sowie einen anderweitigen Erwerb der Klägerin nicht hinreichend substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt hat.

a) Zwischen den Parteien ist am 29.10.2009 ein wirksamer Internet-System-Vertrag geschlossen worden, der als Werkvertrag einzuordnen ist (vgl. BGH Urteil v. 04.03.2010, NJW 2010, 1449). Die Leistungen der Klägerin dienen überwiegend da-

zu, die Abrufbarkeit einer von ihr für den Auftraggeber erstellten und betreuten Webseite im Internet zu gewährleisten und damit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.

aa) Die Klägerin ist aktiv legitimiert, weil der Zeuge , der für sie das Vertragsformular unterzeichnet hat, zum Abschluss des Vertrages bevollmächtigt war.

Die Bevollmächtigung ergibt sich zum einen aus der Gestaltung des Vertragsformulars, wonach in dem für die Klägerin vorgesehenen Unterschriftsfeld hinter dem Namen der Klägerin (Euroweb) in Klammern ausdrücklich „Kundenberater/in“ aufgeführt ist (Anlage K 1, GA 17). Dies verdeutlicht, dass der jeweilige Kundenberater den Vertrag im Namen der Klägerin abschließen soll. Der Abschluss ist ausweislich des Formulars auch nicht von einer Annahme durch die Geschäftsführung der Klägerin abhängig, sondern kommt durch die beiderseitigen Unterschriften zustande. Hinzu kommt dass der Beklagte zwar die schlüssige Erteilung der Vollmacht bestritten hat, nicht aber die Tatsache, dass der Zeuge die Formulare von der Klägerin zur Verfügung gestellt erhalten hat. Gerade hierin liegt aber die konkludente Bevollmächtigung des Zeugen , die in dem Formular erwähnten Verträge zu schließen. Dass der Zeuge sich die Formulare irgendwo ohne Einverständnis der Klägerin verschafft hätte, behauptet der Beklagte nicht.

Soweit der Beklagte darauf abstellt, dass aus dem Vertragsformular nicht ersichtlich sei, welche Kompetenzen der Zeuge gehabt habe und inwieweit er tatsächlich auch zu Verhandlungen über abweichende Vertragsregelungen bevollmächtigt gewesen sei, kommt es hierauf nicht an, weil der Beklagte die Vereinbarung solcher abweichenden Regelungen nicht behauptet.

Schließlich hat die Klägerin den Vertrag auch spätestens durch die Klageerhebung genehmigt. Da die Genehmigung auf den Vertragsschluss zurückwirkt (§ 184 I BGB), kommt es nicht darauf an, dass der Beklagte bereits am 16.09.2009 telefonisch den Vertrag „storniert“, also gekündigt hat.

bb) Der Beklagte hat die angebliche Sittenwidrigkeit des Vertrages nach § 138 I BGB nicht hinreichend dargelegt. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich entgegen der Auffassung des Beklagten nicht daraus, dass die Klägerin nichts für ihn getan habe. Dies liegt vielmehr darin begründet, dass der Beklagte den Vertrag bereits am Tag nach dem

Vertragsschluss gekündigt hat und die Klägerin infolge dieser freien Kündigung des Werkvertrages zu einer Leistung nicht mehr verpflichtet war.

Entgegen der Auffassung des Beklagten folgt die Sittenwidrigkeit des Vertrages auch nicht daraus, dass die Klägerin im Vertrag nur die monatlichen Teilzahlungsbeträge angegeben hat. Denn von einem Unternehmer kann man erwarten, dass er in der Lage ist, diese mit der Anzahl der Monate zu multiplizieren, für die der Vertrag geschlossen worden ist.

cc) Der Beklagte hat auch nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass der Vertrag wegen Wuchers nach § 138 II BGB unwirksam ist.

Es fehlt bereits an der Darlegung eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Von einem wucherischen Geschäft könnte nur ausgegangen werden, wenn der Beklagte dargelegt hätte, dass er insgesamt einen Preis zu zahlen habe, der um 100 % oder mehr über dem Marktpreis liegt. Der Beklagte hätte insoweit im Einzelnen Angaben dazu machen müssen, dass und von wem vergleichbare Leistungen zu einem wesentlich geringeren Preis angeboten werden und warum deswegen der Preis für die angebotene Leistung gegenüber dem Marktpreis sittenwidrig überhöht sein soll. Eine solche Darlegung hat er auch im Berufungsverfahren trotz des jedenfalls im angefochtenen Urteil enthaltenen Hinweises nicht nachgeholt.

Dass der Beklagte sich das Vorbringen der Klägerin zur Berechnung der ersparten Aufwendungen in Höhe von nur 291,35 € in erster Instanz hilfsweise zu eigen gemacht hat, ist nicht geeignet ein Missverhältnis zu belegen. Denn der Beklagte lässt dabei außer Acht, dass es sich bei den zunächst von der Klägerin errechneten 6.147,65 € als Vergütung nicht um den Gewinn der Klägerin handelt, sondern es sich hierbei um den Betrag handelt, der zwar auch den Gewinn enthält, der aber auch die von der Klägerin für den Betrieb des Geschäftes aufzuwendenden Kosten wie Personalkosten, Geschäftskosten (Miete), Telefonkosten etc. umfasst. Erst recht kann hieraus nicht darauf geschlossen werden, welche Preise am Markt für die gebotene Leistung üblich sind. Deswegen ist auch seinem Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht nachzugehen, weil der Beklagte nicht einmal ansatzweise darlegt, welchen Betrag ein Kunde für eine vergleichbare Leistung anderer Anbieter auf dem Markt zu zahlen hätte. Soweit der Beklagte behauptet hat, dass für die Erstellung einer Website nur drei Stunden zu veranschlagen seien und dies ei-

nen Vertragsaufwand von maximal 800,- € ausmache, ist dies nicht ausreichend, weil er das Gesamtpaket der Leistungen und der auf dem Markt hierfür geforderten Kosten mit dem von ihm zu zahlenden Preis vergleichen müsste.

Hinzu kommt, dass der Beklagte auch nicht dargelegt hat, dass die Klägerin eine bei ihm bestehende Schwächesituation ausgebeutet hätte. Dass der Beklagte das angebliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gekannt habe, reicht für die Annahme einer Schwächesituation nicht aus. Würde man die Unkenntnis der Preisverhältnisse in einem bestimmten Marktsegment für eine Ausbeutung ausreichen lassen, würde letztlich die Überteuerung für den Wuchertatbestand ausreichen. Da es sich bei dem Beklagten um einen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB handelt, spräche hingegen selbst dann, wenn ein Missverhältnis gegeben wäre, keine tatsächliche Vermutung für eine verwerfliche Gesinnung. Denn wenn es sich bei dem Benachteiligten um einen Unternehmer handelt, spricht im Gegenteil eine widerlegliche Vermutung gegen eine verwerfliche Ausnutzung der Unterlegenheit des Benachteiligten (MünchKomm-Armbrüster, BGB, 6. Auflage 2012, § 138 Rz. 116). Als Unternehmer kann man von dem Beklagten, auch dann, wenn er nach eigener Einschätzung kein "richtiger Kaufmann", sondern Handwerker „ohne weitergehende Geschäftserfahrung“ ist, erwarten, dass er in der Lage ist, sich über die üblichen Preise zu informieren, bevor er einen Vertrag schließt.

Soweit der Beklagte sich in diesem Zusammenhang auch gegen die Vorleistungspflicht wendet, hat das Landgericht zutreffend die Wirksamkeit dieser Klausel unter Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung bejaht. Insoweit wird auf das Urteil des BGH vom 04.10.2010 (III ZR 79/09, juris Rz.28 ff. = NJW 2010, 1449 ff.) verwiesen. Die Berufungsbegründung zeigt kein einziges Argument auf, warum die Argumentation des Landgerichts und des BGH unzutreffend sein soll.

b) Infolge der Kündigung kann die Klägerin die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen nach § 649 S. 2 BGB in Höhe von 5.906,61 € verlangen.

aa) Soweit man die Stornierung vom 16.12.2009 und das Schreiben vom 18.12.2009 als Widerruf ansehen sollte, war dieser aus den vom Landgericht genannten Gründen nicht wirksam, weil es sich bei dem Beklagten um einen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB handelt.

bb) Die Klägerin kann deswegen nach § 649 S. 2 BGB die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen verlangen. Diese ergibt sich in Ermangelung feststellbaren anderweitigen Erwerbs aus der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und den kündigungsbedingt für nicht erbrachte Leistungen ersparten Aufwendungen. Erspart sind solche Aufwendungen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Nichtausführung des konkreten Vertrages abzustellen. Maßgebend sind die Aufwendungen, die sich auf der Grundlage der vertraglichen Abreden der Parteien unter Berücksichtigung der Kalkulation des Unternehmers ergeben. Dementsprechend muss der Unternehmer zur Begründung seines Anspruchs aus § 649 S. 2 BGB grundsätzlich vortragen, welcher Anteil der vertraglichen Vergütung auf die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen entfällt und darüber hinaus vertragsbezogen darlegen, welche Kosten er hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen erspart hat. Erst wenn er eine diesen Anforderungen genügende Abrechnung vorgelegt hat, ist es Sache des Auftraggebers darzulegen und zu beweisen, dass der Unternehmer höhere Ersparnisse erzielt hat, als er sich anrechnen lassen will. Der Unternehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (BGH, Urt. v. 24.03.2011, VII ZR 164/10, juris Rz. 13 = WM 2011, 1716 ff.).

Im vorliegenden Fall genügt die Abrechnung der Klägerin diesen Anforderungen. Es bedarf keiner Abgrenzung der erbrachten von den nichterbrachten Leistungen, weil zum Zeitpunkt der telefonischen Kündigung einen Tag nach Vertragsschluss noch keine Leistungen der Klägerin erfolgt waren. Die Vertriebskosten, die der Beklagte hier nicht einmal als erspart einwendet, wären als Akquisekosten nicht zu berücksichtigen, da sie der Vertragsanbahnung dienen. Auch wenn der Beklagte schon EDV-mäßig erfasst worden wäre, was er hier ebenfalls nicht behauptet, läge darin keine auf Gestaltung einer Website gerichtete Vertragsleistung. Deswegen war die Klägerin berechtigt, die gesamte Leistung als nicht erbracht zugrunde zu legen und die hinsichtlich der Gesamtleistung ersparten Aufwendungen abzusetzen (vgl. BGH BauR 2005, 385 ff.; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rz. 1558).

cc) Die Klägerin hat hier jedenfalls im Berufungsverfahren unter Vorlage der Bilanz für das Jahr 2009 ihre ersparten Aufwendungen schlüssig vorgetragen.

Es obliegt der Klägerin vertragsbezogene Angaben zu ihren kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen zu machen. Sie schuldet aber keine pauschale Offenlegung ihrer Kalkulation. Allerdings müssen ihre Angaben so konkret sein, dass es dem Beklagten möglich ist, seinerseits vorzutragen, dass und in welcher Höhe die Klägerin tatsächlich Ersparnisse erzielt hat (Urt. v. 24.03.2011, VII ZR 164/10, juris Rz. 13 = WM 2011, 1716 ff.). Entscheidend ist das Informationsbedürfnis des Beklagten für seine Verteidigung (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 71. Auflage 2012, § 649 Rz. 10).

Da der Geschäftsbetrieb der Klägerin darauf ausgerichtet ist, eine Vielzahl von Verträgen ähnlichen Inhalts zu schließen, ist es nicht gerechtfertigt, eine Abrechnung zu verlangen, die sich speziell auf die gegenüber dem Beklagten geschuldete Leistung bezieht. Da die Klägerin die individuellen Belange und Bedürfnisse des Kunden nicht im Voraus kennt, kann sie nur eine durchschnittliche Kalkulation für jeden Vertrag erstellen. Dem ist sie gerecht geworden.

Zwar hat die Klägerin im ersten Rechtszug zunächst noch ihre ersparten Aufwendungen anders berechnet und sich als ersparte Aufwendungen das Erstellen der Website, den Termin für den Medienberater, das nicht-Zurverfügungstellen des Service-Centers über 48 Monate, des Supports und des Aktualisierungsservices mit 3.336,09 € netto berechnet. Erst mit Klageerweiterung vom 15.06.2012 hat die Klägerin demgegenüber behauptet, die ersparten Kosten lägen nur bei 291,35 €. Dass die Klägerin sich für die Kalkulation des Vertrags auf unterschiedliche Berechnungsmodelle stützt, ist jedoch unerheblich. Eine Partei ist nicht gehindert, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere auch zu berichtigen (vgl. BGH VersR 2011, 1384). Es ist der Klägerin zu überlassen, ihren ursprünglichen Vortrag zu wechseln und zu korrigieren. Letztlich entscheidend ist das Vorbringen, auf welches sie ihre Berufung stützt. Widersprüchlichkeiten, die Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Kalkulation wecken, liegen indes nicht vor. Die erste Berechnung der Klägerin war nicht an den Anforderungen eines Vortrags nach § 649 S. 2 BGB ausgerichtet, sondern bemaß sich allein an den bei der Klägerin für bestimmte Leistungen kalkulierten Kosten, ohne nach Personal- oder Sachkosten zu differenzieren. Die vom Unternehmer für bestimmte Teilleistungen kalkulierten Kosten sind aber nicht zwingend mit ersparten Aufwendungen gleich zu setzen. Bleiben Kostenpositionen auch bei Nichtdurchführung des Vertrags bestehen, sind sie nicht erspart. Dies gilt z.B. für die Vergütung festangestellter Mitarbeiter. Die zweite Abrechnung der Klägerin berücksichtigt diese Erkenntnis.

Nachdem die Klägerin ihr Vorbringen in zweiter Instanz durch Vorlage der Bilanz 2009 und der Erläuterung der anfallenden Kosten ergänzt hat und sich nunmehr auch die Kosten für den Einsatz freier Mitarbeiter und die Hostingkosten, die von der Euroweb OOD, Bulgarien, in Rechnung gestellt worden waren, als ersparte Aufwendungen anrechnen lässt, bestehen in diesem Fall keine Bedenken gegen die Schlüssigkeit ihres Vorbringens zu den ersparten Aufwendungen und des fehlenden anderweitigen Erwerbs.

Eine Besonderheit des Internet-System-Vertrags liegt darin, dass im Wesentlichen eine kreative geistige Leistung (das Erstellen und die Pflege einer Website) geschuldet ist. Der hierzu benötigte Material- und Betriebsstoffaufwand ist dagegen verschwindend gering. Daher begründen die Personalkosten den maßgeblichen Kostenfaktor, der auch für die Höhe der ersparten Aufwendungen entscheidend ist. Zur Abwicklung dieses Vertrags hat die Klägerin vorgetragen, es sei geplant gewesen, im Rahmen dieses Vertrages nur fest angestellte Mitarbeiter einzusetzen. Vorsorglich lasse sie sich für den möglichen Einsatz freier Mitarbeiter einen Betrag von 101,36 € an ersparten Aufwendungen anrechnen. Über anderweitigen Erwerb verfüge sie nicht, da ihr Unternehmen auf die ständige Akquisition einer großen Zahl von Aufträgen ausgerichtet und in der Lage sei, diese mit ihren fest angestellten Mitarbeitern abzuwickeln.

Dieses Vorbringen der Klägerin ist schlüssig. Denn die Personalkosten für die festangestellten Mitarbeiter sind unabhängig von der konkreten Anzahl der bearbeiteten Verträge. Grundsätzlich liegt eine Ersparnis nur dann vor, wenn diese Personalkosten infolge der Kündigung nicht mehr anfallen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn das Personal infolge der Kündigung nicht mehr eingestellt werden muss oder nicht mehr beschäftigt wird. Dagegen ist es grundsätzlich keine Frage der ersparten Aufwendungen, wenn das Personal weiter beschäftigt und für andere Aufträge eingesetzt wird (BGH IBR 2000, 126). Insoweit ist der Unternehmer gehalten, den durch den Einsatz des Personals erzielten anderweitigen Erwerb in Ansatz zu bringen. Aber nur dann, wenn die Klägerin absolut voll ausgelastet gewesen wäre, so dass sie keinen weiteren Auftrag hätte annehmen können, wären bei der Kündigung eines Vertrags Kapazitäten frei geworden, die für einen Füllauftrag hätten eingesetzt werden können. Diesen Erwerb müsste sie sich dann zurechnen lassen. Hierfür hat die Klägerin nichts vorgetragen. Sie hat vielmehr dargelegt, dass ihr Betrieb auf ständige Akquisition einer großen Zahl von Aufträgen ausgerichtet sei und sie in der Lage sei, diese

abzuwickeln. Wird mit einer ansteigenden Zahl weiterer Vertragsabschlüsse kalkuliert, ist es plausibel, wenn Mitarbeiter zunächst nicht vollausgelastet sind.

Im Hinblick hierauf war auch dem erstinstanzlichen Beweisantritt des Beklagten dafür, dass die Klägerin sofort einen anderen Kunden hätte gewinnen können nicht nachzugehen. Abgesehen davon muss einem Anwalt bekannt sein, dass der Beweisantritt „N.N.“ nicht zulässig ist und bedurfte es insoweit auch keiner Fristsetzung (Zöller-Greger, ZPO, 29. Auflage 2012, § 356 Rz. 4 m.w.N.). Zudem hat der Beklagte auch im Rahmen des Berufungsverfahrens keinen Beweis durch konkrete Benennung eines Zeugen angetreten.

Auch die weiteren Darlegungen der Klägerin zu den ersparten Aufwendungen sind schlüssig. So hat sie sich insbesondere die Hostingkosten anrechnen lassen, die sie dadurch erspart hat, dass sie für den Beklagten keine Website erstellt und gehostet hat.

Entgegen der Auffassung des Beklagten sind die Rechtsverfolgungskosten nicht in die Berechnung einzustellen, weil es sich hierbei gerade nicht um ersparte Aufwendungen handelt, sondern lediglich um solche, die im Einzelfall den Gewinn der Klägerin mindern. Dass die Klägerin in eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten von Kunden verwickelt wird, die sich an den geschlossenen Verträgen – zu Recht oder zu Unrecht – nicht festhalten lassen wollen, ist auch kein Umstand, der bei der Kalkulation der Vertragspreise zwingend berücksichtigt werden müsste, zumal die Klägerin im Obsiegensfall die Kosten erstattet erhält. Vielmehr hätte sie diese Kosten, wenn sie zu berücksichtigen wären, hier gerade nicht erspart.

Soweit der Beklagte sich darauf beruft, die Kosten für die Einrichtung bzw. Pflege der Domain wären entfallen, weil er schon eine solche gehabt habe, gibt dies zu höheren Abzügen keinen Anlass. Denn die Pflege der Domain wird durch die fest angestellten Mitarbeiter erbracht, deren Kosten gerade nicht erspart werden. Die Kosten für die Einrichtung der Domain und die externe Registrierungsgebühr hat die Klägerin bei den ersparten Aufwendungen berücksichtigt.

Schließlich kann auch aus der Tatsache, dass die Klägerin keinerlei Leistung erbracht habe, nicht darauf geschlossen werden, dass die §§ 649 S. 1. und 2 BGB „verletzt“ seien. Da der Beklagte bereits am Tag nach Vertragsschluss den Vertrag

mündlich storniert, also gekündigt hat, war die Klägerin zu keinerlei Leistungen mehr verpflichtet.

cc) Der Beklagte hat keinen ergänzenden Vortrag der Klägerin angemahnt, den er benötigt, um die Ausführungen der Klägerin kritisch zu hinterfragen und eine höhere Ersparnis sowie Füllaufträge darzulegen und zu beweisen. Es reicht nicht aus, das Vorbringen der Klägerin einfach zu bestreiten. Der Beklagte trägt die Darlegungs- und Beweislast für höhere Ersparnisse und die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs. Zwar hat die Klägerin das Informationsbedürfnis für seine Verteidigung zu stillen. Hierzu ist aber zunächst ein konkretes Informationsbedürfnis zu formulieren. Die Klägerin hat ihren Jahresabschluss 2009 vorgelegt. Sie hat zu ihren Personalkosten, den Kosten für die freien Mitarbeiter und der Anzahl der abgeschlossenen Verträge im Jahr 2009 vorgetragen und dadurch ihrer sekundären Darlegungslast genügt. Weitere Informationen, die geeignet wären, die vorgelegte Abrechnung zu hinterfragen, sind von dem Beklagten nicht angemahnt worden. Damit hat die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt.

Soweit der Beklagte die dargelegten Kosten bestreitet, war auch nicht seinem auf § 258 HGB gestützten Antrag stattzugeben, die maßgeblichen Geschäftsunterlagen der Klägerin anzufordern bzw. beizuziehen.

Bei der Regelung des § 258 ZPO handelt es sich um eine, die allgemeinen ZPO-Vorschriften der §§ 422, 423 ZPO ergänzende Rechtsgrundlage zur Vorlegung von Handelsbüchern (Wiedmann in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Auflage 2008, § 258 Rz. 1). Der Begriff der Handelsbücher umfasst dabei sämtliche urkundlichen und nicht urkundlichen Informationsträger, die dazu bestimmt und geeignet sind, die Handelsgeschäfte des Kaufmanns und die Lage seines Vermögens sichtbar zu machen, wie die Grund-, Haupt- und Nebenbücher und die für die Konzernrechnungslegung erforderlichen Unterlagen. Die Qualifizierung als Handelsbuch ist unabhängig von der Form der Unterlagen (Wiedmann in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O. § 257 Rz. 9). Die Parteien haben keinen Anspruch auf Anordnung der Vorlage nach § 258 I HGB. Vielmehr ordnet das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Vorlage an. Voraussetzung für die Ermessensentscheidung des Gerichts ist ein Sachverhaltsvortrag, welcher darlegt, dass die Vorlage der Handelsbücher nach Überzeugung des Gerichts als Beweis für die Schlüssigkeit der Klage oder die Erheblichkeit der

Einwendungen geeignet ist. Das Gericht hat bei seinen Anordnungen das berechtig- te Interesse des Kaufmanns an der Geheimhaltung zu beachten (Wiedmann in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a.a.O. § 258 Rz. 5). Nach § 259 HGB wird die Ein- sichtnahme der Parteien auf die für die Streitpunkte relevanten Teile der Handelsbü- cher beschränkt. Die Beweisführer müssen daher bestimmte Tatsachen behaupten, die aus den Handelsbüchern bewiesen werden sollen, und nach Möglichkeit ange- ben, an welcher Stelle der Handelsbücher der Beweis zu finden ist. Sodann obliegt es dem vorlegungspflichtigen Kaufmann, die den Streitpunkt betreffenden Teile auf- zufinden und diese dem Gericht konkret zu bezeichnen.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist die Anordnung der Vorlage der Han- delsbücher der Klägerin nicht veranlasst. Der Beklagte hat sich darauf beschränkt, die von der Klägerin unter Vorlage der Bilanz für das Jahr 2009 erläuterten ersparten Aufwendungen zu bestreiten. Er müsste jedoch konkret behaupten, dass die ge- nannten Zahlen falsch sind und darlegen, dass sich aus den Handelsbüchern etwas anderes ergeben wird, das letztlich zu höheren ersparten Aufwendungen führt. Hin- sichtlich der Hostingkosten, nimmt man diese als Beispiel, müsste der Beklagte dar- legen, dass diese in Wahrheit höher sind als angegeben – deswegen also die er- sparten Aufwendungen höher sind -, und aus welchen Handelsbüchern sich dies ergeben soll. An einer solchen Darlegung fehlt es. Die allgemeine Behauptung, die ersparten Aufwendungen müssten höher sein, reicht insoweit nicht. Zudem dürfte sich aus den Buchhaltungsunterlagen nur die insgesamt an die Tochterfirma geleis- tete Zahlung ergeben, nicht der pro Kunde gezahlte Betrag. Dies gilt auch hinsicht- lich der anderen bestrittenen Kosten.

Einen Anspruch auf Vorlage der die Kosten im Einzelnen belegenden Vertragsunter- lagen nach § 258 BGB hat der Beklagte jedoch nicht, weil es sich nicht um Handels- bücher handelt. Ein Anspruch nach §§ 422, 423 ZPO scheitert daran, dass der Be- klagte keinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen die Klägerin auf Vorlage dieser Urkunden hat.

Unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen des Kaufmanns ist eine Vor- lage der Handelsbücher nur bei konkreten Einwendungen gegen einzelne Positionen anzuordnen. Denn ansonsten würde die Vorlage nach § 258 HGB letztlich zu einer Ausforschung führen, weil der Beweispflichtige immer ins Blaue hinein behaupten könnte, dass die angegebenen Zahlen nicht zutreffend sind und dadurch eine Vorla-

ge der Handelsbücher erzwingen könnte. Dies ist auch unter Berücksichtigung der Beweisschwierigkeiten des Beweispflichtigen nicht gerechtfertigt.

2.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91, 269 III ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Zu der Frage, welche Anforderungen an den Vortrag des Unternehmers zu einer Abrechnung nach § 649 S. 2 BGB zu stellen sind, lässt der Senat die Revision gemäß § 543 II Nr. 1 ZPO zu, weil sich diese Frage bei einer Vielzahl gekündigter Internet-System-Verträge stellt.

Streitwert für das Berufungsverfahren:

6.147,56 € bis zum 17.05.2012; 6.046,20 € vom 18.05.2012 bis zum 02.08.2012;

5.906,52 ab dem 03.12.2012