

I – 5 U 58/13
15 O 406/11
LG Düsseldorf



Verkündet am 05.12.2013
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
TEILANERKENNTNIS- UND SCHLUSSURTEIL

In dem Rechtsstreit

EUROWEB Internet GmbH, Hansaallee 299, 40549 Düsseldorf, vertreten durch den
Geschäftsführer Christoph Preuß,

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Buchholz und Kollegen, Jäger-
hofstraße 19-20, 40479 Düsseldorf, –

g e g e n

die

GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Berlin,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung
vom 07.11.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Jensen, die
Richterin am Oberlandesgericht Bergmann-Streyll und den Richter am Landgericht
Dr. Bremer

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15.03.2013 verkündete Urteil des Einzelrichters der 15. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 31,24 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.12.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückzahlung von Vergütung, nach dem der mit der Beklagten geschlossene „Internet-System-Vertrag“ vorzeitig beendet worden war. Nach Abschluss des Vertrags am 09.09.2008 bat die Klägerin am 10.09.2008 die Beklagte, die Internetpräsenz wegen einer geplanten Umfirmierung auf März/April 2009 zu verschieben. Hiermit erklärte sich die Beklagte einverstanden und forderte aber gleichwohl das Entgelt für den ersten Berechnungszeitraum. Hierauf kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis unter dem 06.10.2008 aus wichtigem Grund und widerrief den Abbuchungsauftrag. Sie zahlte das Entgelt für die ersten drei Vertragsjahre „vorbehaltlich der nachträglichen Leistungserbringung“. Unter dem 02.12.2010 erklärte die Klägerin erneut die Kündigung mit der Begründung, die beabsichtigte Umfirmierung er-

folge nicht in absehbarer Zeit und ein Internetauftritt unter der bisherigen Firma mache keinen Sinn. Die Klägerin forderte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 03.11.2011 vergeblich zur Rückzahlung der geleisteten Beträge auf.

Durch das am 15.03.2013 verkündete Urteil hat der Einzelrichter der 15. Zivilkammer die Beklagte zur Zahlung von 5.806,01 € nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Rückzahlungsanspruch folge aus § 812 Abs. 1 BGB. Denn zum Zeitpunkt der Zahlungen sei der Vertrag durch die Kündigung gemäß § 649 S. 1 BGB bereits wirksam beendet gewesen. Der Beklagten habe kein Vergütungsanspruch gemäß § 649 S. 2 BGB zugestanden, den sie dem Rückforderungsanspruch hätte entgegen setzen können. Ihr Vortrag im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zu den nicht erbrachten Leistungen sei nicht ausreichend, um die Klägerin in die Lage zu versetzen, darzulegen und zu beweisen, dass die Beklagte mehr als die eingeräumten 664,23 € erspart habe. Dazu hätte sie zumindest ansatzweise ihre kalkulatorische Grundlage öffnen müssen. Die Klägerin habe weiteren Informationsbedarf formuliert, dem die Beklagte nicht nachgekommen sei. Wie die Kammer aus Parallelverfahren wisse, sei die Abrechnung der Beklagten nicht konsequent; diese Inkonsistenz in den Abrechnungen mache es erforderlich, weitere Kalkulationsgrundlagen offen zu legen. § 649 S. 3 BGB, der einen Vergütungsanspruch in Höhe von 5 % der Vergütung für die nicht erbrachte Leistung begründe, finde auf diesen Vertrag, der vor dem 01.01.2009 geschlossen worden sei, keine Anwendung. Ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der vorprozessualen Rechtsanwaltskosten bestehe nicht.

Mit der hiergegen gerichteten Berufung macht die Beklagte geltend, auch ohne Offenlegung der Kalkulationsgrundlage sei eine sachgerechte Überprüfung ihres Vortrags möglich. Die von ihr zu erbringende Leistung werde ganz überwiegend durch den Personaleinsatz festangestellter Mitarbeiter erbracht. Es handele sich insoweit um einzelvertragsunabhängige Kosten. Sie habe ihrer sekundären Darlegungslast genügt, in dem sie vorgetragen haben, welche Leistungen bei Durchführung des Vertrags erbracht worden wären und welche dieser Positionen nach Kündigung des Vertrags nicht mehr angefallen seien.

Die Beklagte erkennt an, der Klägerin insgesamt einen Betrag in Höhe von 31,24 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.12.2011 zu schulden.

Sie beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LG Düsseldorf vom 15.03.2013 sie unter Abweisung der Klage im Übrigen zu verurteilen, an die Klägerin 31,24 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 07.12.2011 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort zu den Akten gereichten Schriftsätze und Urkunden verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache überwiegend Erfolg.

1.

Der Klägerin steht gemäß dem Anerkenntnis der Beklagten nur ein Anspruch auf Rückzahlung in Höhe von 31,24 € zu. Hinsichtlich des weiteren Betrags von 5.774,77 € kann die Klägerin nicht die Rückzahlung gemäß § 812 BGB beanspruchen. Diese Leistungen erfolgten mit Rechtsgrund. Die Klägerin war gemäß § 649 S. 2 BGB zur Zahlung dieser Beträge verpflichtet, nachdem sie den Vertrag mit der Beklagten gekündigt hatte.

a.

Die Parteien haben am 09.09.2008 einen wirksamen Internet-System-Vertrag geschlossen worden, der als Werkvertrag einzuordnen ist (vgl. BGH NJW 2010, 1449). Die Leis-

tungen der Beklagten dienten überwiegend dazu, die Abrufbarkeit einer von ihr für die Klägerin erstellten und betreuten Webseite im Internet zu gewährleisten und damit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.

Dieser Vertrag ist nicht durch eine außerordentliche Kündigung der Klägerin am 06.10.2008 beendet worden. Es bestand kein Grund, den Vertrag außerordentlich zu kündigen. Dass die Beklagte auf die Zahlung ihrer Vergütung bestand, obwohl die Klägerin aufgrund einer geplanten Umfirmierung kein aktuelles Interesse an einer Website hatte, begründet keine die Kündigung rechtfertigende tiefgreifende Verletzung des Vertrauensverhältnisses. Da die Klägerin sich weigerte, sich von der Beklagten eine Website erstellen zu lassen, befand sie sich in Annahmeverzug, weil sie die notwendige Mitwirkung verweigerte. Dies hinderte die Beklagte nicht, ihre im Voraus zu leistende Vergütung zu verlangen. Denn die Vergütung war gemäß der vertraglichen Einigung jährlich im Voraus zu zahlen und setzte nicht die Erstellung der Website voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird diese in Ziff. II des Vertrags vereinbarte Vorleistungspflicht, obwohl sie vom Leitbild der gesetzlichen Regelung abweicht, jedenfalls im unternehmerischen Rechtsverkehr bei einem Internet-System-Vertrag als sachlich berechtigt und angemessen bewertet (vgl. BGH NJW 2010, 1449 ff). In dem Vorbringen der Klägerin in dem Schreiben vom 02.12.2010, wonach ein Internetauftritt unter der jetzigen Firmierung keinen Sinn mache und eine Umfirmierung in absehbarer Zeit nicht erfolgen könne, ist nur eine freie Kündigung zu sehen.

b.

Die Beklagte hat infolge der freien Kündigung der Klägerin einen Vergütungsanspruch in Höhe von 5.774,77 € gemäß § 649 S. 2 BGB. Der Klägerin hat weder dargelegt noch bewiesen, dass die Beklagte höhere ersparte Aufwendungen und/oder die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs hatte.

aa.

Der Klägerin hat spätestens durch ihr Schreiben vom 02.12.2010 den Vertrag mit der Beklagten wirksam gemäß § 649 S. 1 BGB gekündigt. Die freie Kündigung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass nach dem Text der Vereinbarung während der vertraglichen Laufzeit von 48 Monaten nur eine Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird Bezug genommen auf die Entscheidung

gen des Bundesgerichtshofs vom 27.01.2011 (NJW 2011, 915 ff) und 24.03.2011 (WM 2011, 1716 ff). Zwar hatte die Klägerin bereits am 06.10.2008 den Vertrag „aus wichtigem Grund“ gekündigt. Es ist jedoch fraglich, ob diese Kündigung in eine freie Kündigung umgedeutet werden kann, denn die Klägerin hat danach – wenn auch unter Vorbehalt – die zu leistende Vergütung erbracht und damit den Eindruck erweckt, an dem Vertrag festhalten zu wollen. Dies kann jedoch angesichts der am 02.12.2010 erklärten Kündigung dahin stehen. Mit diesem Schreiben hat die Klägerin deutlich gemacht, sich endgültig von dem Vertrag lösen zu wollen.

bb.

Nach der Kündigung kann die Beklagte gemäß § 649 S. 2 BGB grundsätzlich die Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter 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; MDR 2011, 648 f). Im vorliegenden Fall genügt die Abrechnung der Beklagten diesen Anforderungen. Hierauf hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 22.10.2013 hingewiesen.

(1).

Eine Differenzierung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen war hier nicht erforderlich. Die Beklagte hat den Vertrag so abgerechnet, als hätte sie bis zur Beendigung des Vertrages keine Leistung erbracht. Eine solche Abrechnung ist jedenfalls dann zulässig, wenn nur ein kleiner Teil der geschuldeten Leistung erbracht worden ist (vgl. BGH BauR 2005, 385; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage, Rdn. 1558). Die Beklagte hat unstreitig keine erkennbaren Leistungen für die Klägerin erbracht.

Es oblag der Beklagten vertragsbezogene Angaben zu ihren kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen zu machen. Sie schuldete aber entgegen der Ansicht der Klägerin keine pauschale Offenlegung ihrer Kalkulation. Allerdings mussten ihre Angaben so konkret sein, dass es der Klägerin möglich war, ihrerseits vorzutragen, dass und in welcher Höhe die Beklagte tatsächlich Ersparnisse erzielt hat (vgl. BGH MDR 2011, 648). Entscheidend war das Informationsbedürfnis der Klägerin für ihre Verteidigung (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 72. Auflage, § 649 Rdn. 10). Da der Geschäftsbetrieb der Beklagten 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 Beklagte 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.

(2).

Im Hinblick auf diesen Vertrag hat die Beklagte einheitlich und konsequent abgerechnet. Sie hat den kalkulierten Ablauf des Vertragsverhältnisses skizziert und die voraussichtlich ersparten Aufwendungen von 421,55 € (Fahrtkosten für den Medienberater, Porti, Registrierungskosten und Kosten für Büromaterial) dargelegt. Gemäß ihrem Schriftsatz vom 14.08.2012 lässt sie sich darüber hinaus für den ersparten Einsatz freier Mitarbeiter 103 € und für ersparte Hostingkosten 139,68 € anrechnen. Der Verweis des Landgerichts auf unterschiedliche Abrechnungsvarianten war daher in diesem Fall nicht angebracht. Im Übrigen ist dieser Einwand auch nicht erheblich. Denn 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 Beklagten 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 nicht vor.

Die Klägerin hat – entgegen der Auffassung des Landgerichts – keinen ergänzenden Vortrag der Beklagten angemahnt, den sie benötigt, um die Ausführungen der Beklagten kritisch zu hinterfragen und eine höhere Ersparnis sowie Füllaufträge darzulegen und zu beweisen. Es reicht nicht aus, das Vorbringen der Beklagten einfach mit Nichtwissen zu bestreiten. Die Klägerin trägt die Darlegungs- und Beweislast für höhere Ersparnisse und die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs. Zwar hat die Beklagte das Informationsbedürfnis der Klägerin für ihre Verteidigung zu stillen. Hierzu ist aber zunächst ein konkretes Informationsbedürfnis zu formulieren. Die Beklagte hat ihren Jahresabschluss 2008 vorgelegt. Sie hat zu ihren Personalkosten, den Kosten für die freien Mitarbeiter und der Anzahl der abgeschlossenen Verträge im Jahr 2008 vorgetragen. Weitere Informationen, die geeignet wären, die vorgelegte Abrechnung zu hinterfragen, sind von der Klägerin nicht angemahnt worden. Damit hat die Beklagte ihrer Darlegungslast genügt. Trotz des vorbereitenden Hinweises des Senats in seinem Beschluss vom 22.10.2013 hat die Klägerin ihr Vorbringen nicht ergänzt.

Der Vergütungsanspruch der Beklagten setzt sich demnach zusammen aus den 48 monatlichen Zahlungen zu je 130 € nebst Anschlusskosten in Höhe von 199 €, also insgesamt 6.439 €, abzüglich ersparter Aufwendungen von 664,23 €. Angesichts der von der Klägerin gezahlten 5.806,01 € verbleibt ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin in Höhe von 31,24 €. Diesen Betrag hat die Beklagte anerkannt.

2.

Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 286, 288 Abs. 1 BGB.

3.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 2, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

4.

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 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Denn diese Frage stellt sich bei einer Vielzahl gekündigter Internet-System-Verträge.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 5.806,01 €

Jenssen

Bergmann-Streyl

Dr. Bremer