

I – 5 U 36/12
6 O 360/11
LG Düsseldorf



Verkündet am 27.09.2012
Reupert, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

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

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

g e g e n

Beklagten, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung
vom 30.08.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht , die
Richterin am Oberlandesgericht und die Richterin am Oberlandesgericht

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 07.02.2012 verkündete Urteil des Vorsitzenden der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf als Einzelrichter teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.154,01 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.11.2010 zu zahlen.

Die Anschlussberufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 18 % und der Beklagte 82 % zu tragen. Der Klägerin fallen überdies die Mehrkosten für die Anrufung des unzuständigen Amtsgerichts zur Last.

Das Urteil ist 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:

Die Klägerin macht einen Vergütungsanspruch aus einem am 27.08.2009 mit dem Beklagten geschlossenen Internet-System-Vertrag geltend. Der Beklagte ist Inhaber einer Tanzschule. Die Klägerin sollte hierfür eine Internetpräsenz nebst Unternehmensvideo erstellen. Am 22.09.2009 teilte eine Mitarbeiterin der Klägerin dem Beklagten mit, dass für zusätzliche Webpages und Animationen weitere Kosten in Höhe von ca. 60 € monatlich zu zahlen seien. Hiermit war der Beklagte nicht einverstanden und ließ durch anwaltliches Schreiben vom 24.09.2009 die Anfechtung und die Kündigung des Vertrags erklären. Zur Prozessgeschichte und zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten

Rechtszug wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Durch das am 07.02.2012 verkündete Urteil hat der Vorsitzende der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf als Einzelrichter den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 639 € nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, ein Zahlungsanspruch der Klägerin sei nur in geringem Umfang gemäß § 649 S. 3 BGB begründet. Der Beklagte habe den Vertragsschluss nicht wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei nicht bewiesen, dass die Klägerin den Beklagten darüber getäuscht habe, mehr als 25 Produktseiten in dem Internetauftritt zu präsentieren. Der Zeuge habe bekundet, der Außendienstmitarbeiter der Klägerin habe eine bestimmte Anzahl von Webpages nicht bezeichnet. Er könne auch nicht sagen, wieviele Webpages für das gewünschte Unternehmensvideo notwendig seien. Allerdings sei der Vertrag wirksam gekündigt worden. Es bestünden keine über den tenorierten Betrag hinausgehende Vergütungsansprüche der Klägerin aus § 649 S. 2 BGB. Denn ihre Kalkulation zu den ersparten Aufwendungen sei nicht schlüssig. Neben der nach § 649 S. 3 BGB zu leistenden Vergütung habe der Beklagte auch die Abschlusskosten in Höhe von 199 € zu zahlen, die unbeschadet der später erfolgten Kündigung fällig geworden seien.

Mit ihrer Berufung trägt die Klägerin vor, sie sei – entgegen der Ansicht des Landgerichts – nicht pauschal zur Offenlegung ihrer Kalkulation verpflichtet. Eine Anrechnung anderweitigen Erwerbs komme nicht in Betracht. Sie unterhalte einen größeren Betrieb, der auf ständige Akquisition einer großen Anzahl von Verträgen ausgerichtet sei. Es sei nicht feststellbar, dass bei dem Wegfall eines Auftrags Kapazitäten frei würden. Sie könne sicherstellen, jeden neuen Vertrag annehmen und durchführen zu können. Die von ihr geschuldeten Leistungen würden zu einem ganz überwiegenden Teil durch Personaleinsatz festangestellter Mitarbeiter erbracht. Sie habe ihre ersparten Aufwendungen mit Schriftsatz vom 11.08.2011 im Einzelnen benannt. Zwischen erbrachten und nichterbrachten Leistungen sei hier nicht zu differenzieren, weil zum Zeitpunkt der Kündigung nur sehr geringfügige Teilleistungen angefallen seien.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 07.02.2012 die beklagte Partei zu verurteilen, an sie einen Betrag von 7.154,01 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte schließt sich der Berufung an und beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor, es sei zu unterstellen, dass die infolge der Kündigung freigewordene Arbeitskraft auch für später anfallende Arbeiten zu verwenden gewesen sei. Es sei nicht statthaft die Vermutung des § 649 S. 3 BGB zu bemühen, wenn erhebliche Aufwendungsersparnisse behauptet und die Darlegung hierzu mangels Offenlegung der Vertragskalkulation unmöglich gemacht werde. Das Landgericht habe verkannt, dass er arglistig getäuscht worden sei. Der Verkaufsberater der Klägerin habe ihm stundenlang die Anforderungen an eine neu zu errichtende Website gezeigt. Diese hätte nach der Aussage des Zeugen mindestens 50 Seiten haben müssen. Gleichwohl habe der Verkaufsberater nur ein Produkt mit einem Umfang von 25 Seiten empfohlen und es als für die Anforderung des Beklagten geeignet bezeichnet. Hiermit sei eine Fehlvorstellung über die Eignung der Leistung der Klägerin erzeugt worden. Der Zeuge habe arglistig gehandelt, weil er seine, des Beklagten, Anforderungen an die zukünftige Website gekannt habe und wider besseres Wissen eine Empfehlung für ein unpassendes Produkt abgegeben habe. Wusste der Außendienstmitarbeiter nicht um seine Fehlvorstellung des Produktumfangs, sei seine Beraterleistung als mangelhaft zu bewerten. Wenn die Klägerin angeblich nicht von einem 25 Seiten übersteigenden Bedarf gewusst habe, sei es nicht erklärbar, dass sie einige Tage nach dem Vertragsschluss ohne zwischenzeitlichem Kontakt von einem das „Premium“-Paket übersteigenden Bedarf gesprochen und hierfür Zusatzkosten geltend gemacht habe. Die Kündigung sei auch aus wichtigem Grund gerechtfertigt, weil es zu einer wesentlichen Preissteigerung gekommen sei. Irrten beide Parteien über den Umfang der benötigten Seitenanzahl, so läge ein Dissens vor, der zur Unwirksamkeit des Vertrags führe.

Die Klägerin beantragt ferner,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Beweiswürdigung des Landgerichts zur arglistigen Täuschung sei fehlerfrei. Der Beklagte habe sich wissentlich für das vereinbarte Produkt Premium entschieden. Ihm sei vor Vertragsunterzeichnung unstreitig die entsprechende Leistungsbeschreibung ausgehändigt worden. Hätte er mehr an Produktseiten gewollt, so hätte sie ihm ein teureres Paket anbieten können. Ihr Außendienstmitarbeiter habe auch nicht arglistig gehandelt, weil ihm der Umfang der vorhandenen Seite nicht bekannt gewesen sei. Um einem Hinweis des Senats vorzugreifen, lasse sie sich für den Einsatz sog. Freelancer, die bei der Abwicklung dieses Vertrags nicht eingesetzt werden sollten, 101,36 € an ersparten Aufwendungen anrechnen. Hinsichtlich der Hosting-Leistungen ihrer bulgarischen Tochterfirma seien 139,68 € erspart, da die Euroweb OOD für ihre Dienstleistungen eine Vergütung von 2,91 € pro Monat für jeden angeschalteten Kunden berechne. Überdies lasse sie sich so stellen, als ob das Unternehmensvideo von Subunternehmern produziert worden wäre, obwohl dies nicht so geplant gewesen sei. Die ersparten Aufwendungen für den Subunternehmer beliefen sich auf 1.350 €. Es verbleibe ein Anspruch in Höhe von 7.154,01 €.

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 Klägerin hat in der Sache Erfolg. Die Anschlussberufung des Beklagten ist hingegen nicht begründet.

1.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Vergütungsanspruch gemäß § 649 S. 2 BGB in Höhe von 7.154,01 € zu, nachdem der Beklagte am 24.09.2009 den Vertrag gekündigt hat.

a.

Die Parteien haben am 27.08.2009 einen wirksamen Internet-System-Vertrag geschlossen, der als Werkvertrag einzuordnen ist (vgl. BGH, NJW 2010, 1449). Die Leistungen der Klägerin dienen überwiegend dazu, die Abrufbarkeit einer von ihr für den Auftraggeber erstellten und betreuten Webseite im Internet zu gewährleisten und damit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.

aa.

Dieser Vertrag ist nicht gemäß § 142 BGB aufgrund der von dem Beklagten unter dem 24.09.2009 erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig.

Der Beklagte hat nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht bewiesen, über den Umfang der zu erstellenden Webpages und die Eignung des vereinbarten Vertragsmodells zur Präsentation der von dem Beklagten betriebenen Tanzschule arglistig getäuscht worden zu sein.

Eine Täuschung durch den Kundenberater setzt voraus, dass diesem die besonderen Anforderungen des Beklagten an den Internetauftritt mitgeteilt worden sind und ihm bewusst war, dass die Leistungen des vereinbarten Vertragstyps dem nicht gerecht werden konnten. Entgegen der Auffassung des Beklagten vermittelte allein sein bereits vorhandener Internetauftritt dem Kundenberater diese Kenntnis nicht in ausreichendem Maß. Zwar hat der Kundenberater die schon vorhandene Website des Beklagten gesehen. Allerdings ist - entgegen dem Berufungsvorbringen des Beklagten - streitig, dass der Mitarbeiter der Klägerin die Internetpräsenz eingehend und vollständig studiert habe (s. Schriftsatz der Klägerin vom 15.12.2010 S. 2). Der erstinstanzlich vernommene Zeuge - ein ehemaliger Mitarbeiter des Beklagten - hat lediglich bestätigt, der vorhandene Internetauftritt sei gezeigt worden; er hat aber nicht bekundet, dass dieser intensiv begutachtet worden sei. Überdies habe der Beklagte, so der Zeuge, eine andere, nämlich eine moderne Darstellung gewollt. Damit war für den Kundenberater erkennbar, dass in Abkehr von der vorhandenen durchaus eine andere Internetdarstellung gewünscht war. Eine neue Form der Präsentation hat der Beklagte mit dem vereinbarten Leistungspaket der Klägerin auch gewählt, weil darin anders als bisher ein Unternehmensvideo eingebunden werden sollte. Deshalb musste der Mitarbeiter der Klägerin nicht davon ausgehen, dass die neue Website ebenso aufgebaut und ebenso

viele Webpages aufweisen sollte, zumal mit dem Unternehmensvideo eine neue Präsentationsform gewählt wurde, die manche Darstellung auf einer Webpage überflüssig machen könnte. Nur dann, wenn der Beklagte dem Mitarbeiter der Klägerin im Einzelnen dargelegt hat, welche Inhalte sich zwingend auf der Website wiederfinden sollten, konnte dieser einschätzen, ob der gewählte Premium-Tarif nebst Unternehmensvideo ausreichend waren. Dass der Beklagte dem Mitarbeiter der Klägerin besondere inhaltliche Vorgaben gemacht hat, ist von ihm nicht dargelegt bzw. bewiesen worden. Die Vereinbarung "knallige Flash-Animationen" einzubinden, hat der Zeuge in seiner Vernehmung nicht bestätigt.

Der Aussage des Zeugen ist auch nicht zu entnehmen, dass der Mitarbeiter der Klägerin bei dem Beklagten bewusst den Eindruck erweckt hat, die Bildergalerie sei zu dem vereinbarten Preis in den Internetauftritt einzubinden, obwohl dies bei dem Vertragspaket nicht vorgesehen war. Zwar sei nach dem Bekunden des Zeugen beabsichtigt gewesen, die Bildergalerie in die Internetpräsenz aufzunehmen, was nach Auskunft des Mitarbeiters leicht möglich sei. Dem Beklagten und ihm seien von dem Mitarbeiter der Klägerin verschiedene Produkte und Broschüren vorgestellt worden. Nach der Darstellung des Zeugen sei dem Beklagten klar gewesen, was er wollte. Dann sei über weitere Produkte nicht mehr gesprochen worden. Damit war der Beklagte über das Leistungsspektrum der Klägerin informiert und hatte sich aufgrund dessen schnell entschieden. Ein gesteigertes Informationsinteresse und ein besonderer Beratungsbedarf des Beklagten waren daher aus Sicht des Kundenberaters nicht erkennbar. Dass der Mitarbeiter der Klägerin dem Beklagten ausdrücklich zugesagt hat, auch bei dem von ihm gewählten Vertragstyp könne eine Bildergalerie leicht aufgenommen werden, hat der Zeuge nicht bekundet. Überdies ist unklar, ob die Bildergalerie nicht auch im Rahmen des vereinbarten Vertragspakets hätte integriert werden können. Die Klägerin hat lediglich dargelegt, die "Flash-Animationen" seien nicht Vertragsgegenstand.

Dass der Beklagte über die Anzahl der präsentierten Webpages getäuscht worden sei, hat er ebenfalls nicht bewiesen. Er hat eingeräumt, den Unterschied zwischen Website und Webpage nicht zu kennen. Damit hat er selbst keine bestimmte Vorstellung über die Anzahl der gewünschten und benötigten Webpages haben können, auf die der Mitarbeiter hätte einwirken können. In den unstreitig dem Beklagten übergebenen Vertragsunterlagen ist nur von bis zu 25 Produktseiten die Rede. Der Zeuge hat nicht

bekundet, dass über eine genaue Anzahl von Webpages gesprochen worden ist. Er schilderte lediglich gedacht zu haben, dass etwa 50 Webpages für die gewünschte Internetpräsenz notwendig seien. Dass diese Überlegung auch formuliert worden und von dem Mitarbeiter der Klägerin zugesagt worden ist, hat er nicht bekundet.

Soweit der Beklagte in der Berufung den Mitarbeiter der Klägerin als Zeugen für seine Behauptung benennt, dieser habe keine größere Seitenzahl zugesichert; aber gesagt, die Inhalte des Pakets Premium würden reichen, ist dieser Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, weil keine Zulassungsgründe dargetan worden sind. Der Beklagte hat nicht dargelegt, weshalb er den Zeugen nicht bereits erstinstanzlich benannt hat, obwohl dort über den Inhalt der mündlichen Abreden gestritten worden ist.

Zwar besteht eine deutliche Divergenz zwischen den 25 Webpages, die vereinbart worden sind, und den 95 Webpages, die angeblich der vorhandene Internetauftritt des Beklagten beinhaltet. Indes ist nicht auszuschließen, dass eine andere Präsentationsart eine gewisse Zahl von bisherigen Webpages überflüssig macht; jedenfalls dürfte auch das zusätzlich vereinbarte Unternehmensvideo bzw. die damit transportierten Informationen und Emotionen einige Produktseiten entbehrlich machen.

bb.

Ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 2 BGB wegen eines Irrtums über die Eignung und den Inhalt des mit der Klägerin vereinbarten Internetauftritts besteht nicht. Insoweit sind Mängelrechte gemäß §§ 634 ff BGB vorrangig, weil sich der Irrtum auf die Qualität der vereinbarten Leistung bezieht.

cc.

Der Beklagte kann auch nicht mit einem Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Abs. 4, 636, 280 BGB in Höhe der zu leistenden Vergütung aufrechnen. Denn er hat nicht bewiesen, dass die vereinbarte Leistung der Klägerin mangelhaft gewesen wäre. Wie bereits zuvor erörtert, hat die Beweisaufnahme in erster Instanz nicht ergeben, dass der Mitarbeiter der Klägerin dem Beklagten im Vergleich zu dem schriftlich niedergelegten Vertragsinhalt zusätzliche Leistungen (Flash-Animationen) ausdrücklich zugesagt habe. Somit liegt keine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vor. Die Werkleistung kann auch mangelhaft sein, wenn die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwen-

dung nicht möglich ist. Der Beklagte hat aber hier nicht dargetan, dass das vereinbarte Leistungspaket ungeeignet ist, um eine Tanzschule ansprechend im Internet darzustellen. Mag der ursprüngliche Internetauftritt auch 95 Webpages umfasst haben, so ist es nicht ausgeschlossen, dass eine komprimierte Darstellung in Verbindung mit einem Unternehmensvideo den gleichen oder sogar einen besseren Effekt hat.

dd.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist ein kostenfreies Kündigungsrecht auch nicht nach § 650 BGB begründet. Die Voraussetzungen dieser Norm sind auf den Fall nicht übertragbar. Hier war die vertragliche Leistung und die hierfür zu zahlende Vergütung fest bestimmt und nicht auf der Basis eines Kostenvorschlags kalkuliert worden. Das nachträgliche Verlangen des Beklagten nach weiteren Webpages und Flash-Animationen reicht über die vereinbarte Leistung hinaus.

b.

Die Klägerin hat infolge der freien Kündigung des Beklagten einen Vergütungsanspruch in Höhe von 7.154,01 € gemäß § 649 S. 2 BGB. Der Beklagte hat weder dargelegt noch bewiesen, dass die Klägerin höhere ersparte Aufwendungen und/oder die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs hatte.

Der Beklagte hat durch ihr Schreiben vom 24.09.2009 den Vertrag mit der Klägerin wirksam gemäß § 649 S. 1 BGB gekündigt. Die hilfsweise erklärte Kündigung beendet das Vertragsverhältnis mit dem Zugang des Kündigungsschreibens bei der Klägerin, weil die hauptsächlich erklärte Anfechtung - wie oben dargelegt - nicht erfolgreich ist. 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 Entscheidungen des BGH vom 27.01.2011 (NJW 2011, 915 ff) und 24.03.2011 (WM 2011, 1716 ff).

Nach der Kündigung kann die Klägerin 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 Leis-

tungen 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).

aa.

Im vorliegenden Fall genügt die Abrechnung der Klägerin diesen Anforderungen. Auch wenn eine Mitarbeiterin der Klägerin am 22.09.2009 zu dem Beklagten gefahren ist, um mit ihm die Gestaltung der Website zu besprechen, ist eine differenzierte Abrechnung nach erbrachten und nicht erbrachten Leistungen nicht zwingend. Die Klägerin hat zutreffend den geringfügigen Teil der von ihr erbrachten Leistung in ihrer Abrechnung als nicht erbracht zugrunde gelegt und auch von diesem Teil die ersparten Aufwendungen hinsichtlich der Gesamtleistung abgezogen. Damit hat die Klägerin 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).

Dies ist hier der Fall. Die Vertriebskosten betreffen keine erbrachten Werkleistungen. Sie sind Akquisekosten, um einen geeigneten Kunden zu finden. Sie dienen der Vertragsanbahnung. Eine auf die Gestaltung einer Website gerichtete Leistung ist darin nicht zu sehen. Gleiches gilt für die EDV-Erfassung des Kunden. Hierbei handelt es sich

um eine reine Verwaltungstätigkeit der Klägerin, aber keine Werkleistung gegenüber ihrem Kunden. Zu einer Recherche der Klägerin nach einer Domain und der Einrichtung einer Domain kam es hier nicht. Für den Besuch des Medienberaters sind Fahrtkosten (143,40 €) und Personalkosten für die Mitarbeiterin entstanden. In ihrer ursprünglichen Kalkulation setzt die Klägerin an Kosten für den Termin mit dem Medienberater 309,90 € an. Es ist unschädlich, dass die Klägerin in ihren aktuellen Berechnungen auf diesen Besuch nicht mehr eingeht. Denn bei diesem Termin ist keine maßgebliche Werkleistung für den Beklagten von der Klägerin erbracht worden ist. Unstreitig sind keine verwertbaren Informationen für die Gestaltung einer Website erzielt worden. Die Mitarbeiterin war nicht bereit, die von dem Beklagten geforderten Leistungen von ca. 95 Webpages und Flashanimationen zu dem vereinbarten Preis zu erbringen und forderte eine zusätzliche Vergütung. Keine Partei hat dargetan, dass es überhaupt zu einem für den Internetauftritt des Beklagten nutzbringenden Austausch von Informationen gekommen ist. Eine Werkleistung der Klägerin ist nicht erkennbar. Die Klägerin ist daher im Rahmen der Abrechnung berechtigt, die gesamte Leistung als nicht erbracht zugrunde zu legen.

bb.

Es obliegt der Klägerin vertragsbezogene Angaben zu ihren kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen zu machen. Sie schuldet aber entgegen der Ansicht des Beklagten 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 (vgl. BGH MDR 2011, 648). Entscheidend ist das Informationsbedürfnis des Beklagten für seine Verteidigung (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 71. Auflage, § 649 Rdn. 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 sich die Klägerin im ersten Rechtszug zunächst noch 3.852,85 € an ersparten Aufwendungen zurechnen lassen. In ihrer Klageerweiterung vom 07.12.2011 reduziert

sie diesen Betrag auf 333,95 €, weil infolge der Kündigung nur die Fahrtkosten für den Medienberater, Porti, Registrierungskosten und Kosten für Büromaterial entfallen seien. In der Berufung lässt sie sich weitere Ersparnisse zurechnen:

- für den ersparten Einsatz freier Mitarbeiter: 101,36 € (Bl. 206),
- ersparte Hostingkosten 139,68 € (Bl. 207)
- ersparte Kosten für die Fremdproduktion von Unternehmensvideos: 1.350 €

Insgesamt behauptet sie nun ersparte Aufwendungen in Höhe von 1.924,99 €.

Dass die Klägerin sich für die Kalkulation des Vertrags auf unterschiedliche Berechnungsmodelle stützt, ist 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 in ihrem Schriftsatz vom 19.04.2011 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 sich nunmehr auch die Kosten für den Einsatz freier Mitarbeiter, für die Produktion von Unternehmensvideos 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.

Die Einwände des Landgerichts gegen diesen Vortrag der Klägerin zu den Personalkosten sind nicht begründet. Die allgemeine Erwägung, bei einem Wegfall von Verträgen seien auch die festangestellten Mitarbeiter anderweitig einsetzbar, führt nicht zu einer Verringerung der Personalkosten. 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). Insofern 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 Kapazität frei geworden, die für einen Füllauftrag hätten eingesetzt werden können. Diesen Erwerb müsste sie sich dann zu-rechnen lassen. Hierfür hat die Klägerin nichts vorgetragen. Sie hat vielmehr in der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2012 dargetan, auf Wachstum ausgerichtet zu sein. Wird mit einer ansteigenden Zahl weiterer Vertragsabschlüsse kalkuliert, ist es plausibel, wenn Mitarbeiter zunächst nicht vollausgelastet sind.

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 eine 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. Weitere Informationen, die geeignet wären, die vorgelegte Abrechnung zu hinterfragen, sind von dem Beklagten nicht angemahnt worden. Damit hat die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt.

2.

Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 286, 288 Abs. 2 BGB.

3.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2, 281 Abs. 3 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 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 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Denn diese Frage stellt sich bei einer Vielzahl gekündigter Internet-System-Verträge.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 8.745,05 € bis zum 19.07.2012, danach 7.154,01 €.