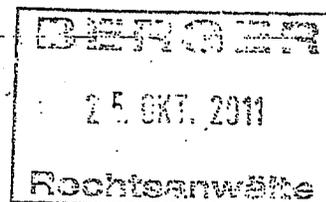


I-5 U 34/11
15 O 182/10
LG Düsseldorf



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

HINWEIS- BESCHLUSS

In Sachen

/./ Euroweb Internet GmbH

I.

Zur Frage der Schlüssigkeit der Abrechnung des Vergütungsanspruchs nach Kündigung gemäß § 649 BGB nach dem Schriftsatz der Klägerin vom 15. August 2011 weist der Senat auf Folgendes hin:

1.

Die Klägerin macht ausschließlich einen Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen geltend. Die nach dem Werkvertrag geschuldeten Leistungen sind von der Klägerin nicht erbracht worden. Sie hat lediglich Vorbereitungen getroffen, um ihre werkvertragliche Leistungspflicht zu erfüllen. Solche vorbereitenden Arbeiten stellen indessen noch keine Leistung im Sinne der Bewirkung des geschuldeten werkvertraglichen Erfolges dar (vgl. Staudinger-Peters/Jacoby, BGB [2008], § 649 Rz. 24). Ebenso stellen Aufwendungen für den Vertrieb noch nicht die Erfüllung einer werkvertraglichen Leistungspflicht dar.

Danach steht es der Schlüssigkeit der Abrechnung nicht entgegen, wenn die Beklagten rügen, die Klägerin habe nicht zwischen erbrachten und nicht erbrachten

Leistungen differenziert. Der Aufteilung in erbrachte und nicht erbrachte Leistungen bedarf es nicht, wenn keine Leistungen erbracht worden sind.

2.

Zur schlüssigen Darlegung des Vergütungsanspruchs für nicht erbrachte Leistungen muss der Unternehmer die ersparten Aufwendungen vortragen und beziffern, da er hierzu allein befähigt ist. Hat er dies getan, ist es Sache des Bestellers darzulegen und zu beweisen, dass der Unternehmer höhere ersparte Aufwendungen hatte. Welche Anforderungen an die Darlegung im Einzelfall zu stellen sind, hängt von dem Vertrag, dem seinem Abschluss, seiner Durchführung und Abwicklung zugrunde liegenden Umständen und vom Informationsbedürfnis des Bestellers ab (BGH, Urteil vom 11.02.1999 - VII ZR 91/98, NJW 1999, 2036).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Darlegung der Klägerin im Ausgangspunkt schlüssig, da sie den voraussichtlichen „Projektlauf“ und die hierfür anfallenden Kosten schildert.

Soweit die Beklagten diese Darlegungen bestreiten und vortragen, die Klägerin habe höhere Kosten erspart, handelt es sich im wesentlichen um Fragen der inhaltlichen Richtigkeit der Abrechnung. Solche (möglichen) inhaltlichen Fehler führen aber nicht dazu, dass die Abrechnung un schlüssig wäre. Vielmehr wäre der von der Klägerin geltend gemachte Vergütungsanspruch lediglich zu kürzen, wenn es den Beklagten gelingen sollte, höhere ersparte Kosten darzulegen und (im Nachverfahren) zu beweisen.

Zweifelhaft ist allerdings, ob die Klägerin ihrer sekundären Darlegungslast in Bezug auf ihren Vortrag, sie arbeite ausschließlich mit fest angestellten Mitarbeitern, genügt hat. Denn diese Behauptung der Klägerin ist für die Beklagten nach den bisher von ihr gemachten Angaben nicht überprüfbar. Dabei spricht für eine weitergehende (sekundäre) Darlegungslast der Klägerin, dass ihrem Vortrag zu den Personalkosten für die Abrechnung besondere Bedeutung zukommt. Denn trifft der Vortrag der Klägerin zu, hätte sie die erfahrungsgemäß erheblichen Personalkosten unabhängig von der konkreten Auftragsbearbeitung aufwenden müssen und diese Kosten mithin nicht erspart. Auf der anderen Seite könnte einer solchen

sekundären Darlegungslast der Klägerin aber entgegen stehen, dass sie weitreichende Einblicke in ihren Personalbestand und Geschäftsbetrieb eröffnen müsste, um den Beklagten die Prüfung ihrer Angabe zu ermöglichen, sie arbeite lediglich mit eigenen Mitarbeitern.

II.

Auch wenn die Abrechnung der Klägerin un schlüssig sein sollte, so könnte ihr gleichwohl ein Anspruch in Höhe von 453,95 € gemäß § 649 Satz 3 BGB in der seit dem 1. Januar 2009 geltenden Fassung zustehen. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Da vorliegend die Klägerin noch keine Leistung erbracht hatte, sind die 5 % nach dem gesamten Werklohn zu bemessen, der nach der gesamten Vertragslaufzeit angefallen wäre. Dies sind unter Berücksichtigung der Anschlussgebühr 9.079 € netto, wovon 5 % 453,95 € netto betragen.

III.

Der Senat schlägt den Parteien folgenden **Vergleich** vor:

1. Die Beklagten zahlen zur Abgeltung aller Ansprüche aus dem streitgegenständlichen Internet-System-Vertrag vom 9. Januar 2009 an die Klägerin.
2. Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu die Beklagten als Gesamtschuldner und zu die Klägerin.
Die Kosten des Vergleichs werden gegeneinander aufgehoben.

Der Senat hat für den Vergleichsvorschlag einen Anspruch gemäß § 649 BGB in Höhe von zugrunde gelegt. Denn 5 % dürften der Klägerin – sollte der Werkvertrag „frei“ gemäß § 649 BGB gekündigt worden sein - jedenfalls zustehen und

möglicherweise könnte sie bereits auf der Grundlage ihres bisherigen Vortrages noch eine höhere Vergütung geltend machen.

Auf der anderen Seite war zu berücksichtigen, dass insbesondere zu der Einwendung der Beklagten, sie habe aus wichtigem Grund kündigen dürfen, bisher keine Feststellungen getroffen worden sind. Dabei erscheint der Vortrag der Beklagten, die bereits vorhandene Internet-Adresse habe übernommen werden sollen, als plausibel und dürfte – sollte die Behauptung der Beklagten im Nachverfahren bewiesen werden - einen Grund zur Kündigung aus wichtigem Grund darstellen.

Die Parteien werden gebeten, binnen **2 Wochen** ab Zugang dieses Beschlusses mitzuteilen, ob der Vergleichsvorschlag angenommen wird.

IV.

Termin zur mündlichen Verhandlung wird bestimmt auf

Donnerstag, den

Düsseldorf, den
Oberlandesgericht, 5. Zivilsenat

Vors. Richter am OLG

Richterin am OLG

Richter am LG