13 O 317/10

Verkündet am 05.12.2011

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

EINGEGANGEN
16. Dez. 2011
Jansen · Hemmerich · Bartscht · Vonnegut

Landgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Urkundsprozess

der E[redacted] GmbH, gesetzlich vertreten durch Herrn [redacted], als Geschäftsführer der

Düsseldorf,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Berger LAW LLP,
Barbarossaplatz 5, 40545 Düsseldorf,

g e g e n

Frau Lübeck,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Jansen, Dr. Triebel,
Hemmerich, Bartscht, Travemünder Allee
17a, 23568 Lübeck,

hat die 13. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 14.11.2011
durch

für **R e c h t** erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand:

Die Klägerin, eine in Düsseldorf ansässige GmbH, erbringt Leistungen im Bereich des Internet, insbesondere die Erstellung von Webseiten und das Hosten dieser Webseiten auf eigenen Servern. Die Beklagte betreibt in Lübeck eine Praxis als Heilpraktikerin.

Die Klägerin wirbt Kunden im Wege des Direktvertriebs, bei dem von der Klägerin selbst geschultes Personal zum Einsatz kommt.

Die Werber werden von der Klägerin unter Zuhilfenahme eines Marketingleitfadens geschult, demzufolge die Werber der Klägerin erklären sollen, sie seien im Rahmen einer Marketingaktion unterwegs und würden Referenzkunden für die Klägerin werben. In diesem sogenannten Leitfaden für Marketing-Beauftragte finden sich wortwörtliche Sprech- und auch Handlungsanweisungen an die Marketingbeauftragen der Klägerin. So heißt u.a. unter Ziffer 2.5 partnerschaftliche Bedingungen:

„Gut, wie ich Ihnen eingangs bereits sagte, bin ich heute hier, um ein Partnerunternehmen zu finden, dass wir als Vorzeige-Objekt nutzen wollen.

Da müssen Sie natürlich wissen, was so ein Konzept kostet.

Ich zeige Ihnen jetzt die Vorteile unserer Partnerschaft, die sich für Sie dann ergeben, wenn Sie sich heute dafür entscheiden."

Desweiteren heißt des zu den partnerschaftlichen Bedingungen, dass der Marketingprospekt, dort Seite 3, ausgefüllt werden soll. Hierzu heißt es weiter:

> „**Hinweis:** Dies ist der Text, der zum Ausfüllen der partnerschaftlichen Bedingungen gesprochen wird. Die eigentlichen Zahlen werden während des Trainings in ein Übungsexemplar eingetragen."

Dem folgt eine Tabelle, deren linke Hälfte mit „Kosten eines normalen Kunden" und deren rechten Hälfte mit „Sie als Partner" überschrieben ist. Bei den Kosten eines normalen Kunden finden sich unter anderem die Angaben, dass für die Erstellung eines professionellen Internetauftritts 6.000,00 bis 8.000,00 €, jährliche Kosten für die Suchmaschinenoptimierung in Höhe von 1.500,00 € sowie monatliche Kosten für Dienstleistungen wie das regelmäßiger Aktualisieren der Webseitenpflege, Wartung und Scherung, Sicherung der Domain und der Email-Adressen etc. anfallen würden, desweiteren sei für ein professionelles Unternehmensvideo mit 3.000,00 € zu rechnen. In der Spalte die mit Sie als Partner überschrieben ist, finden sich Sprechanweisungen an den Marketingbeauftragten, die im Wesentlichen folgenden Inhalt haben: Falls man sich für eine Partnerschaft entscheide, übernehme die Klägerin die vollen Erstellungskosten der Website, da man mit dem Partner als Vorzeigeobjekt arbeiten wolle, müsse das Ganze auch im Netz auffindbar sein, aus diesem Grunde würden auch die Kosten der Suchmaschinenoptimierung durch die Klägerin getragen. Der Partner nehme 48 Monate und darüber hinaus das komplette Konzept in Anspruch und beteilige sich lediglich mit einer nicht genannten Eurosumme pro Monat an der Dienstleistung der Klägerin.

Die Beklagte wurde von einem Kundenwerber der Klägerin, Herrn Marco K am 10.04.2008 in ihrer Praxis aufgesucht, der Werber stellte sich als „Quality Manager" der Klägerin vor.

Zu diesem Termin brachte der Werber der Klägerin ein mehrseitiges Formular mit, das mit „Marketingaktion" überschrieben war und von dem im bereits zitierten Leitfaden für Marketing-.Beauftragte als „Partnerschaftliche Bedingungen die Rede ist. Auf dessen erster Seite heißt es u.a.:

> „Budgetreserviert am 10.04.08 um 9.30 Uhr für:"

Darunter befindet sich ein Feld, das mit einem Stempel der Beklagten versehen wurde.

Unten auf der ersten Seite befinden sich desweiteren zwei Felder, eines davon ist mit Unterschrift Marketingleiter unterschrieben, mit einem Stempel der E GmbH gestempelt und durch den Werber, Herrn K , unterschrieben. Rechts davon befindet sich ein weiteres Feld, das mit Besuchsbestätigung überschrieben ist und eine Leerzeile für Unterschrift Kunde enthält, dieses blieb unausgefüllt.

Auf der Seite 2 des Formulars wurden unter der Überschrift „Rahmenbedingungen" Angaben zum Betrieb der Beklagten, dem Gründungsdatum, der Mitarbeiterzahl zum Vorhandensein eines Internetauftritts zu Nutzung des Internets Werbemaßnahmen und der Konkurrenz und Marksituation.

Unten auf der Seite ist bei der Frage „Ist ein neuer Internetauftritt geplant?" das Feld „ja" angekreuzt, ebenso bei der Frage „Wird am Ende des Gesprächs eine Entscheidung getroffen?".

Auf der dritten Seite des mit Marketingaktion überschriebenen Schriftstücks findet sich eine Gegenüberstellung über Kosten der Website und sonstige Kosten der Dienstleistung von E , die sich gliedert in Felder, die mit Kunde überschrieben sind und Felder die mit Partnerunternehmen überschrieben sind. Die Kunden- bzw. Partnerunternehmenfelder wurden handschriftlich ausgefüllt, es finden sich folgende Angaben:

Unter „Investitionskosten der Website", die Produktvorstellung und Beratung vor Ort, Besuch des Webdesigners, Entwicklung und Gestaltung des Internetauftritts, Registrierung der Domains sowie die Einrichtung der Email-Adressen umfassen sollen, finden sich in der mit Kunde überschriebenen Spalte handschriftlich eingetragen „3. - 8.000,00 €", diese Angabe wurde wieder gestrichen. In der Spalte für Partnerunternehmen findet sich die Angabe „0,-".

Unter der Überschrift „Suchmaschinenoptimierung", die Position wird mit Kosten der Suchmaschinenoptimierung beschrieben, findet sich in der Spalte Kunde die Angabe „1.000,- /a", bei Partnerunternehmen wiederum „0,-".

Unter der Überschrift „monatliche Kosten der Dienstleistung", die nach der Aufstel-

lung umfassen sollen das Hosting der Website, die bis zu dreimal jährliche Aktualisierung der Website, die Verwaltung und Pflege der Domains und Email-Adressen, die Sicherung der Webseiten und das sogenannte Servicecenter findet sich in der Spalte für Kunden die Angabe 250,00 € pro Monat, in der Spalte für Partnerunternehmen 125,00 € pro Monat.

Darunter findet sich die Angaben, dass die Laufzeit 48 Monate betrage und einmalige Anschlusskosten von 199,00 € anfielen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Marketingbogen, Anlage K 4 a Bezug genommen.

Den Marketingbogen nahm der Werber der Klägerin nach dem Ausfüllen wieder an sich, er verblieb nach dem Termin nicht bei der Beklagten.

Im Rahmen des Termins am 10.04.2008 wurde desweiteren ein mit „Internet-System-Vertrag zwischen E GmbH und folgendem Partnerunternehmen:" überschriebenes Formular ausgefüllt und vom Werber der Klägerin sowie der Beklagten unterschrieben. Dieses Formular enthält unter „II. Systemumfang, Entgelt und Vertragslaufzeit" die folgenden Angaben:

Als Umfang/Leistung wurde „Premium" angegeben, als monatliches Entgelt in Euro 125,00 zuzüglich zurzeit 19 % Mehrwertsteuer in Höhe von 23,75 €, Gesamtbetrag 148,75 €.

Desweiteren wird als Zahlweise jährlich im Voraus unter Bezugnahme auf § 1 der umseitigen allgemeinen Geschäftsbedingungen angegeben, als Anschlusskosten sollen bei Vertragsschluss 199,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer zahlbar sein und als Laufzeit werden 48 Monate unter Verweis auf § 2 der umseitigen allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart.

Schließlich verpflichte sich das Partnerunternehmen E geeignete Unterlagen über seine Aktivitäten zur Erstellung der Internet-Weg-Seite zu überlassen, anhand dieser Unterlagen werde E spätestens innerhalb von 30 Tagen die im obigen Paket bezeichnete Internet-Weg-Seite erstellen. Eine genaue Leistungsbeschreibung sei dem Partnerunternehmen ausgehändigt worden.

In den umseitig wiedergegebenen allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es in § 1, dass der Berechnungszeitraum mit dem Datum der Unterschrift unter dem Vertrag beginne. Das nach dem Vertrag geschuldete Entgelt werde am Tag des Vertragsabschlusses und jeweils am selben Tag des folgenden Jahres im Voraus fällig, im ersten Jahr werde das Entgelt 30 Tage nach Vertragsschluss fällig.

In § 8 der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist für den Fall, dass das Partnerunternehmen Kaufmann ist, als ausschließlicher Gerichtsstand Düsseldorf vereinbart.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag, dessen Original als Anlage K 1, Bl. 14 GA, vorliegt, Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 15.04.2008 kündigte die Beklagte den vorgenannten Vertrag gegenüber der Klägerin.

In dem Schreiben heißt es wörtlich:

> „[...] ordnungsgemäß, innerhalb von 14 Tagen, kündige ich den Vertrag mit der Nr. 230/37019 über einen Internetauftritt meiner Praxis.
>
> Die überlassenen Unterlagen sende ich Ihnen zurück.
>
> [...]"

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Kündigung, Anlage B 8, Bl. 73 GA, Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 23.04.2008 wiederholte die Beklagte die Kündigung und widerrief die Einzugsermächtigung über ihr Konto bei der Sparkasse zu Lübeck.

Mit Schreiben vom 21.07.2008 teilten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin unter Anzeige ihre Beauftragung dem Bevollmächtigten der Beklagten mit, dass die Beklagte nach den Bedingungen des abgeschlossenen Vertrages verpflichtet sei, zum

09.05.2008 einen Betrag in Höhe von 2.021,81 € sowie am 10.04.2009 einen Betrag in Höhe von 1.785,00 € also insgesamt 3.806,81 € brutto vorschüssig zu entrichten.

Die Klägerin ist im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH, NJW 2011, Seite 915 ff, der Ansicht, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um einen Werkvertrag handelt. Hierzu ist die Klägerin weiter Ansicht, die Kündigung der Beklagten sei als freie Kündigung gem. § 649 Satz 1 BGB zu verstehen.

Sie ist der Ansicht, dass sich ihr Anspruch infolge der freien Kündigung gem. § 649 Satz 1 BGB durch die Beklagte nunmehr aus § 649 Satz 2 BGB ergebe und zwar in einer Höhe von 5.874,05 € netto.

Hierzu behauptet sie, dass sämtliche Leistungen, zu deren Erbringung die Klägerin aus dem streitgegenständlichen Vertrag verpflichtet gewesen wäre, durch fest angestellte Mitarbeiter der Klägerin erbracht worden wären.

Desweiteren behauptet sie, dass die zu erstellende Website im Rechenzentrum der Klägerin gehostet worden wäre.

Sie behauptet, dass infolge der Kündigung des Vertrages gem. § 649 Satz 1 BGB noch bevor irgendwelche Leistungen erbracht worden sind, ersparte Aufwendungen insoweit entstanden seien, als einmalige Fahrtkosten eines Medienberaters zum Wohnort der Beklagten zu Erarbeitung des grafischen sowie des inhaltlichen Konzepts für die Umsetzung der Unternehmenspräsenz im Internet nicht angefallen seien, diese würden 277,80 € betragen.

Auch sei Porto für vier Jahresrechnungen á 0,55 € sowie für drei Schreiben des Supports der Klägerin für die Übersendung von Zugangsdaten, Domainstatus und ähnlichem mehr á jeweils 1,45 €, also insgesamt in Höhe von 6,55 € nicht angefallen.

Weiter bringt die Klägerin Pauschalkosten in Höhe von 30,00 € für einen Minderverbrach an Papier, Toner, Minen/Stiften und sonstigen Kleinmaterials in Ansatz.

Schließlich habe die Klägerin infolge der Kündigung die Kosten für die Registrierung und Portierung der Internetdomain für eine Dauer von jeweils 48 Monaten in Höhe von 10,60 € erspart.

Die Klägerin behauptet demzufolge, infolge der Kündigung des Vertrages Aufwendungen in Höhe von insgesamt 324,95 € erspart.

Darüber hinausgehende, ersparte Aufwendungen gäbe es nicht. Es fehle insbesondere an den typischerweise bei Bauverträgen anzurechnenden, ersparten Aufwendungen in Bezug auf Material bzw. Maschinenkosten, Betriebsstoffkosten, Kosten für

Versicherung, Risikozuschläge, Baunebenkosten, Kosten für Baustelleneinrichtungen und Baustellenunterhaltung, Nachunternehmerkosten sowie Planungs- und Ingenieurkosten.

Die Klägerin ist weiter der Ansicht, auch im Falle eine Abrechnung nach § 649 Satz 2 BGB ergebe sich keine generelle Notwendigkeit zur Offenlegung der Kalkulation. Vielmehr sei der Umfang der Offenlegungspflicht nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen. Zweck etwaiger Offenlegungspflichten des Abrechnenden sei dabei ausschließlich, dass ersparte Aufwendungen und ggfl. anderweitiger Erwerb so konkret für den vertragsbezogenen Einzelfall vorgetragen würden, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt werde, diese Angaben zu überprüfen und ggfl. durch substantiierten Vortrag zu entkräften.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass unter Zugrundelegung dieser Maßgaben ihr Vortrag zu einer Abrechnung gem. § 649 Satz 2 BGB ohne weiteres ausreichend sei, so sei die vertragliche vereinbarte Vergütung konkret beziffert vorgetragen und im Übrigen zwischen den Parteien unstreitig, darüber hinaus habe die Klägerin die aus ihrer Sicht ersparten Aufwendungen konkret und auf den Einzelfall bezogen dargelegt und beziffert. Desweiteren seien die gesamten, von ihr im Falle der Vertragsdurchführung zu erbringenden Leistungen beschrieben und zugleich dargelegt worden, dass diese Leistungen ausschließlich von fest angestellten Mitarbeitern erbracht würden. Vor diesem Hintergrund sei die Beklagte ohne weiteres in der Lage sich mit dem substantiierten und Einzelfall bezogenen Vortrag der Klägerin auseinander zu setzten.

Die Klägerin behauptet weiter, es gäbe tatsächlich ein Marketingbudget, aus dem sie die Verträge für Referenzkunden subventioniere.

Hierzu vertritt sie die Ansicht, dies spiele für den Streitgegenstand keine Rolle, die Höhe der klägerischen Subvention der Internetpräsenz der beklagten Partei könne deswegen dahinstehen, da mit dem in Streit stehenden Vertrag keine gesonderten Kosten nur für die Webseitenerstellung in Rechnung gestellt, sondern die gesamten Leistungen der Klägerin der Beklagten für 125,00 € pro Monat netto angeboten worden seien.

Soweit die beklagte Partei die Ansicht vertrete, eine arglistige Täuschung der Beklagten stehe fest, da die Klägerin eingeräumt habe, dass ein Budget aus dem die Verträge subventioniert würden, gar nicht bestehe, verdrehe sie lediglich den Vortrag der Klägerin. Die Klägerin habe stets klargestellt, dass eine Subventionierung erfol-

ge. Soweit auf dem Marketingbogen vermerkt sei, dass ein Budget reserviert worden sei, so sei dies richtig und die Kunden würden darüber nicht getäuscht.

Am 10.10.2009 (Eingang bei Gericht) hat die Klägerin Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides gegen die Beklagte beim Amtsgericht Hagen, Mahnabteilung, gestellt.

Diesen hat das Amtsgericht Hagen am 16.10.2009 antragsgemäß über eine Hauptforderung in Höhe von 3.806,81 € zuzüglich einer Nebenforderung wegen Anwaltsvergütung für vorgerichtliche Tätigkeit in Höhe von 338,50 € zuzüglich weiterer Kosten und Zinsen erlassen.

Am 28.10.2009 hat die Beklagte Widerspruch gegen den Anspruch insgesamt erhoben.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 hat die Klägerin zunächst beim Amtsgericht Lübeck Klage im Urkundsprozess erhoben, das Mahngericht hat das Verfahren an das Amtsgericht Lübeck abgegeben.

Mit Schriftsatz vom 30.11.2009 hat die Klägerin zum Amtsgericht Lübeck eine Anspruchsbegründung im Urkundsprozess eingereicht und zugleich Überweisung des Rechtsstreits an das Amtsgericht Düsseldorf beantragt. Mit Beschluss vom 19.01.2010 hat das Amtsgericht Lübeck den Rechtsstreit an das Amtsgericht Düsseldorf verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2010 hat die Klägerin ihre Klage hinsichtlich der Hauptforderung erweitert und beantragt:

1.

Die beklagte Partei wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 5.591,81 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 2.021,81 € seit dem 11.05.2008 sowie aus einem Betrag in Höhe von 1.785,00 € seit dem 11.04.2009 sowie aus einem Betrag in Höhe von 1.785,00 € seit dem 11.04.2010 zu zahlen.

2.

Die beklagte Partei wird darüber hinaus verurteilt, an die Klägerin 338,50 € Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.08.2009 zu zahlen.

Desweiteren hat die Klägerin Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht Düsseldorf beantragt.

Mit Schriftsatz vom 30.06.2010 hat die Beklagte beantragt, den Rechtsstreit an das örtlich zuständige Landgericht Lübeck zu verweisen.

Mit Beschluss vom 21.07.2010 hat das Amtsgericht Düsseldorf den Rechtsstreit an das Landgericht Düsseldorf verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 16.06.2011 hat die Klägerin die Klage erneut erweitert und beantragt nunmehr:

1.

Die beklagte Partei wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 5.874,05 € netto zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die von der Klägerin als Bestandteil der Anlage K 1 vorgelegte Leistungsbeschreibung E Premium sei der Beklagten in dem Termin vom 10.04.2008 nicht überreicht worden. Sie ist insoweit der Ansicht, dass die Klausel des Internet-System-Vertrages, wonach eine genaue Leistungsbeschreibung dem Partnerunternehmen ausgehändigt wurde, unwirksam sei. Da beide Parteien Unternehmer seien, ergebe sich zwar kein Verstoß gegen § 309 Nr. 12 b BGB, dass sich aus dieser Bestimmung ergebende Verbot gelte über §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 310 Abs. 1 BGB jedoch auch zwischen Unternehmern, so dass die Bestätigung der Übergabe im Rahmen der Vertragsurkunde keine Wirkung entfalte. Insoweit ist die Beklagte weiter der Ansicht, dass dies dazu führe, dass der Vertrag mangels einer Bestimmtheit der durch die Klägerin geschuldeten Leistung in Ermangelung der Übergabe der Leistungsbeschreibung unwirksam sei.

Die Beklagte behauptet weiter, der von der Klägerin als Werber eingesetzte Herr habe ich erklärt, dass die Abschlussgebühr 125,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer betragen würde. Der Herr K sei als Qualitimanager der Klägerin aufgetreten und habe ihr insoweit erläutert, sie würde Werbepartnerin bzw. Referenzkundin werden und als solche eine professionelle Überarbeitung ihrer Internetseite nebst kostenloser Wartung erhalten, hierfür müsse sie lediglich eine Abschlussgebühr in Höhe von 148,75 € zahlen. Dies sei eine Werbeaktion in Lübeck. So habe der Herr K der Beklagten gegenüber erklärt: „Für sie nur die Anschlussgebühr, sonst keinen Cent."

Erst einige Tage später sei ihr beim Durchlesen des Vertrages aufgefallen, was sie dort unterschrieben hätte. Sie habe sich getäuscht gefühlt.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass der Vertrag insoweit infolge von Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig sei.

Hierzu behauptet die Beklagte weiter, Kaufkunden, die die von Herrn K in den Marketingbogen eingetragenen Preise zahlten, gäbe es insgesamt nicht.

Ebenso wenig existiere ein von der Klägerin behauptetes Marketingbudget, aus dem die Verträge der Referenzkunden subventioniert würden. Die Beklagte ist insoweit der Ansicht, bei der Behauptung der Existenz eines solches Budgets handele es sich um eine arglistige Täuschung der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Vergütung gegen die Beklagte aus § 649 Satz 2 BGB nicht schlüssig dargetan.

I.

1.

Grundsätzlich richtig gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Internet-System-Vertrag um einen Werkvertrag han-

delt, der nach § 649 BGB kündbar ist, vgl. BGH NJW 2011, Seite 915 ff.

Ebenfalls zutreffend gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass der Vertrag dementsprechend mit Schreiben der Beklagten vom 15.04.2008 gekündigt wurde, vgl. BGH NJW 2003, Seite 3474 ff.

2.

Die Klage ist unschlüssig, da die Klägerin ihrer Darlegungslast im Rahmen einer Abrechnung nach § 649 S. 2 BGB nicht genügt.

Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich, dass über die von ihr vorgetragenen, ersparten Aufwendungen hinaus weitere ersparte Aufwendungen existieren müssen. Diese lässt die Klägerin sich weder in Abzug bringen, noch werden substantiiert vorgetragen.

Das Gericht hat die Klägerin insoweit bereits mit Beschluss vom 08.07.2011 umfassend darauf hingewiesen, dass nach die Klage nach einer Umstellung auf einer Abrechnung nach § 649 Satz 2 BGB nicht mehr schlüssig ist, da nach dem bisherigen Sach- und Streitstand die Klägerin selbst vortrage, dass ein Marketingbudget existiere, aus dem die Verträge für Referenzkunden subventioniert werden und sich aus diesem Umstand ergebe, dass die Klägerin sich ersparte Subventionen anrechnen lasse müsse und sie hierzu vorzutragen hat.

Mit Schriftsatz vom 01.09.2011 hat die Klägerin auf den Hinweis noch einmal ausdrücklich klargestellt, dass ihr bisheriger Vortrag dahingehend zu verstehen ist, dass eine Subventionierung der Verträge mit „Partnerunternehmen" tatsächlich erfolge. Ein Budget, von dem auf dem streitgegenständlichen Marketingbogen die Rede ist, existiere ebenfalls. Eine Täuschung der Kunden sei insoweit nicht erkennbar, die Angaben auf dem Marketingbogen träfen zu. Die Klägerin trägt somit mit Bestimmtheit vor, dass ein „Marketingbudget", aus dem die Verträge für Referenzkunden aktiv subventioniert werden, tatsächlich existiere.

Diese Darstellung der Klägerin entspricht im Übrigen auch den zwischen den Parteien unstreitigen Anweisungen an die Marketingbeauftragten aus dem von der Beklagten vorgetragenen Leitfaden. Danach sollen die „Marketingbeauftragten" ausweislich der wörtlichen Sprechanweisungen den zu werbenden Kunden eben dies vermitteln, nämlich dass die Klägerin aufgrund der Partnerschaft diverse Kosten übernehme und der Partner sich lediglich mit einem monatlichen Betrag an den Kosten beteilige. Zudem ist stets von einem für den zu werbenden Kunden reserviertem Budget die Rede.

Gleichwohl unterblieb jeglicher Vortrag zu den insoweit ersparten Subventionen trotz

des Hinweises.

Damit genügt die Klägerin den höchstrichterlichen Anforderungen an ihre Darlegungslast nicht mehr, da es am umfassenden Vortrag der ersparten Aufwendungen fehlt.

3.

Der Klägerin ist insoweit zuzugeben, dass die in Bauverträgen üblicherweise anfallenden Materialkosten etc. vorliegend keine Rolle spielen dürften.

Die Klägerin geht allerdings selbst auch erkennbar richtig von der Voraussetzung aus, dass es grundsätzlich nach der Rechtsprechung des BGH ihrer Darlegungslast obliegt, zu ersparten Aufwendungen vorzutragen, vgl. BGH NJW 1996, Seite 1282, NJW 1997, Seite 733 (734); NJW 1999, S. 2036 ff.

Danach hat der Unternehmer im Falle der Kündigung seinen Anspruch auf Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen unter anderem unter Berücksichtigung der ersparten Aufwendungen vorzutragen. Im vorliegenden Fall ist unstreitig vor Erbringung irgendwelcher Leistungen gekündigt worden.

Dazu hat er nach den zitierten Entscheidungen die Grundlagen seiner Kalkulation offenzulegen, ggf. die maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen nachträglich zusammenzustellen und mit ihnen die ersparten Aufwendungen konkret vorzutragen. Diesen Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügt der Vortrag der Klägerin nicht.

Nach der zitierten Rechtsprechung ist die Klägerin gehalten, ihre Kalkulation jedenfalls insoweit offenzulegen, als es die nach ihrem eigenen Vortrag vorhandenen, aus dem Marketingbudget ersparten Subventionierung betrifft. Hiervon geht die Klägerin auch selbst zutreffend aus, die lediglich in Abrede stellt, dass sich aus der Rechtsprechung des BGH ergebe, dass der Unternehmer seine Kalkulation auch ohne Bezug zu etwaig ersparten Aufwendungen offenlegen müsse. Auf letzteres kommt es indes nicht an.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem klägerischen Vortrag, dass weitere, ersparte Aufwendungen existieren müssen.

Denn jedenfalls hat die Klägerin die von ihr behauptete Subvention aus ihrem Marketingbudget, mit dem sie nach ihrem Vortrag die Verträge für Referenzkunden subventioniert, infolge der Kündigung erspart.

Da der Vertrag unstreitig gekündigt wurde, bevor auch nur teilweise Leistungen erbracht worden waren, bedurfte es ersichtlich keiner Subventionierung von Leistungen der Klägerin aus dem Marketingbudget. Das nach dem Marketingbogen reservierte Budget konnte insoweit anderweitig verwendet werden, dies stellt eine ersparte Auf-

wendung dar.

Auf ihre Pflicht zu substantiierten Darlegung dieser ersparten Aufwendungen wurde die Klägerin auch ausdrücklich hingewiesen. Substantiierter Sachvortrag zu den im Einzelnen ersparten Aufwendungen erfolgte auch auf den Hinweis nicht.

Der Vortrag der Klägerin genügt damit nicht mehr den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Darlegungslast des Unternehmers im Falle einer Kündigung nach § 649 BGB. Denn jedenfalls ergibt sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung in auch von der Klägerin nicht angegriffener Auslegung, dass die ersparten Aufwendungen durch den Unternehmer, hier die Klägerin, insgesamt vorzutragen sind, so auch OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss in der Sache I-5 U 34/11 (nicht veröffentlicht) unter Verweis auf BGH NJW 1999, S. 2036.

Diese Darlegungslast folgt – wie auch die Klägerin meint – einem bestimmten Zweck. Namentlich ist allein der Unternehmer zu den Angaben in der Lage, die den Auftraggeber in die Lage versetzen können, zumindest eine Plausibilitätsprüfung der Abrechnung vorzunehmen und ggf. substantiiert zu bestreiten. Danach muss der Vortrag zu den ersparten Aufwendungen zumindest insoweit substantiiert sein, dass ein Streit überhaupt erst ermöglicht wird. Dem genügen die Angaben der Klägerin erkennbar nicht. Aus ihrem Vortrag ergibt sich lediglich, dass weitere ersparte Aufwendungen existieren müssen, sie trägt sie indes nicht im Ansatz vor.

Sie muss die sich aus ihren eigenen Angaben ergebenden, ersparten Aufwendungen in einer Weise darlegen und beziffern, die die Beklagte in die Lage versetzt, hierzu Stellung zu nehmen – und soweit zu diesem Zweck erforderlich, ihre Kalkulation offenlegen. Beides unterblieb trotz Hinweises. Die Beklagte kann nicht gehalten sein, mangels irgendwelcher Darlegungen der Klägerin ins Blaue hinein Behauptungen zum mutmaßlichen Ausmaß der Aufwendungen aufzustellen, von denen allein klar ist, dass sie existieren müssen.

Die Klägerin hat die Anforderungen an ihre Darlegungslast somit auch nicht verkannt. Die von der Klägerin eingehend erörterte Frage, ob und in welchem Umfang sich aus der Rechtsprechung des BGH ergibt, dass die Klägerin über die Darlegung von ersparten Aufwendungen hinaus zur Offenlegung ihrer Kalkulation verpflichtet sein könnte, spielt für die Entscheidung des Rechtsstreits keine Rolle.

Darauf, dass die Beklagte die Behauptung der Klägerin mit Nachdruck bestreitet, dass ein solches Budget überhaupt existiere, geschweige denn eingesetzt werde, kommt es mangels einer schlüssigen Klage nicht mehr an. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Leistungsbeschreibung überreicht wurde, wie genau der Marketingbeauftragte sich vorliegend an die Sprechanweisungen aus dem Leitfaden ge-

halten hat. Schließlich kann auch Behauptung der Beklagten, es gäbe keine Normalkunden, dahinstehen.

4.

Ein Anspruch aus § 649 S. 3 BGB kommt nicht in Betracht, da dieser erst seit 2009 in Kraft getreten ist, der Vertrag jedoch noch aus dem Jahr 2008 datiert.

II.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 11, 711 iVm. 709 ZPO.

Streitwert: € 5.591,81