22 O 12/10

Abschrift

Verkündet am 16.03.2012

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

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

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Berger Rechtsanwälte, Barbarossaplatz 5, 40545 Düsseldorf,

gegen

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:

hat die 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 22.11.2011
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht , die Richterin am Landgericht Dr. und den Vorsitzenden Richter am Landgericht

für Recht erkannt:

Das Urkunden-Vorbehaltsurteil der Kammer vom 14.01.2011 – 22 O 12/10 – wird mit der Maßgabe für vorbehaltslos erklärt, dass die Beklagte

verurteilt wird, an die Klägerin 538,31 € zu zahlen. Im Übrigen wird das Vorbehaltsurteil aufgehoben.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 8.151,14 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.07.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat die weiteren Kosten des Rechtstreits zu tragen.

Diese Urteil ist vorläufig vollstreckbar, soweit es das Urkunden-Vorbehaltsurteil aufrecht erhält. Die Beklagte darf die Vollstreckung der Klägerin aus dem Urkunden-Vorbehaltsurteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des beizutreibenden Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen ist das Urteil gegen Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten,

betreibt, nach Kündigung des Vertrags Zahlung des Entgelts aufgrund eines am 05.06.2009 geschlossenen „Internet-System-Vertrages" des Typs Euroweb Premium mit „CMS" und „Katalog 1000". Der Vertrag beinhaltete ausweislich der Leistungsbeschreibung unter anderem die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internet-Präsenz sowie das Hosting der Website. Neben Anschlusskosten von 199,00 € zuzüglich Umsatzsteuer, zahlbar bei Vertragsabschluss, hatte die Beklagte für die vereinbarte Vertragslaufzeit von 48 Monaten ein Entgelt von monatlich 185,00 € zuzüglich Umsatzsteuer zu entrichten. Für die Zahlung dieses Entgelts traf § 1 Abs. 1 der im Vertrag in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (im Folgenden: AGB) die Regelung, dass das Entgelt jährlich im Voraus fällig sei, im ersten Jahr jedoch erst 30 Tage nach Vertragsschluss. In § 2 Abs. 1 Satz 1 AGB ist geregelt:

> „Während der umseitigen Laufzeit ist der Vertrag aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kündbar."

Mit Schreiben vom 06.06.2009 (Bl. 30 GA) erklärte die Beklagte eine Kündigung „mit sofortiger Wirkung" und gab als Begründung an, sie sei als „Referenzpartner" geworben worden, der Vertrag enthalte aber nichts davon. Sie fühle sich mit 185,00 € monatlich, nicht jährlich wie besprochen, "abgezockt". Bei 2.220,00 € netto pro Jahr könne man nicht mehr von einem Vorzugspreis für Referenzpartner sprechen.

Unter dem Datum des 29.06.2009 erfolgte seitens der Beklagten eine Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung mit Anwaltsschreiben (Bl. 27 f. GA). Darin

machte sie eine Täuschung über den Vertragsinhalt geltend. In den Vertragsverhandlungen sei von einem jährlichem Preis von 185,00 € netto die Rede gewesen und es sei nur über eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren verhandelt worden.

Die Klägerin ließ anwaltlich mit Schreiben vom 02.11.2009 (Bl. 15 GA) eine Mahnung wegen eines Betrags von 3.220,28 € erklären, wobei eine Zahlungsfrist bis zum 12.11.2009 gesetzt wurde.

Die Klägerin, die zunächst das Entgelt für die ersten beiden Vertragsjahre geltend gemacht hat, behauptet, über die Vertragsbedingungen sei die Beklagte im Einzelnen aufgeklärt worden. Sie biete verschiedene Vertragsmodelle an, und zwar neben dem Internet-System-Vertrag auch das sog. Kaufkundenangebot. Diesem gegenüber sei der Beklagten das günstigere Angebot gemacht worden. Wenn die Beklagte das Kaufkundenangebot gewählt hätte, hätte sie erhebliche Mehraufwendungen gehabt: Internetpräsenz mit bis zu neun Seiten 5.800,00 €, Erweiterung pro Seite 200,00 €, Domainregistrierung 88,00 €, Domaingrundgebühr 108,00 €/Jahr, Suchmaschinenoptimierung 566,99 €, alles netto, weitere Kosten für Hosting, Aktualisierungen, Service-Hotline (insgesamt 320,00 € netto/Monat). Der wesentliche Unterschied liege darin, dass der Kunde bei der Annahme des sog. Kaufkundenangebots die Rechte an der Internetpräsenz erwerbe. Dieses Angebot sei das Übliche. Ein Internet-System-Vertrag dagegen werde jedem Kunden nur ein einziges Mal angeboten.

Mit in der mündlichen Verhandlung am 26.11.2010 nachgelassenem Schriftsatz vom 16.12.2010 hat die Klägerin die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt. Ferner hat sie mit diesem Schriftsatz behauptet, allein durch den Vertragsabschluss seien ihr Kosten in Höhe von 2.191,00 € entstanden, nämlich Vertriebskosten in Höhe von 1.980,00 € sowie Kosten für die Bonitätsprüfung, EDV-Erfassung und allgemeine Verwaltung in Höhe von 211,00 €.

Sie meint, die Erklärung der Beklagten vom 06.06.2009 sei nicht als sog. freie Kündigung auszulegen. Eine solche sei auch wirksam durch die AGB ausgeschlossen.

Die Klägerin hat beantragt,

> die Beklagte zu verurteilen, an sie 5.520,41 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.878,61 € seit dem 06.07.2009 und aus 2.641,80 € seit dem 06.06.2010 sowie weitere 265,70 € Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.11.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

> die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie sei arglistig getäuscht worden. Der Kundenberater der Klägerin habe ihr offeriert, Referenzkundin zu werden und als solche ein besonders

günstiges Angebot zu erhalten. Es sei von einer Vertragslaufzeit von zwei Jahren die Rede gewesen, von einer Anschlussgebühr von 199,00 € und einem Jahresentgelt von 185,00 € sowie davon, dass sie nach Ablauf der Vertragslaufzeit Eigentum an der Homepage erhalte. Sie sei unter erheblichen Zeitdruck gesetzt worden und habe deswegen den Vertrag unterzeichnet. Im Nachhinein habe sich dann heraus gestellt, dass die Konditionen andere seien. Die Kunden der Klägerin würden von ihr regelmäßig mit dem Versprechen der Referenzkundeneigenschaft und eines besonders günstigen Angebots geködert. Sie meint, ihr stehe das Recht zur freien Kündigung zu. Deswegen habe die Klägerin allenfalls einen Anspruch aus § 649 S. 2 BGB, zu dem sie allerdings schon gar nicht schlüssig vorgetragen habe. Mit Schriftsatz vom 24.11.2010, der Klägerin am selben Tag zugegangen, erklärt die Beklagte vorsorglich die Kündigung des Vertrags nach § 649 BGB. Sie meint ferner, die Vorleistungsklausel in den AGB der Klägerin sei unwirksam.

Die Kammer hat die Beklagte durch Urkunden-Vorbehaltsurteil vom 14.01.2011 unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin Werklohn nach § 649 S. 2 und 3 BGB in Höhe von 538,31 € nebst Zinsen zu zahlen und hat der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin zunächst beim Oberlandesgericht Düsseldorf Berufung eingelegt, diese aber später zurück genommen.

Im Nachverfahren vor der erkennenden Kammer hat die Klägerin zunächst vorgetragen, ihr stehe ein Vergütungsanspruch nach § 649 S. 2 BGB in Höhe von insgesamt 6.719,61 € zu, auf den allerdings der Ihr bereits durch das Vorbehaltsurteil zugesprochene Betrag anzurechnen sei. Sie habe nämlich infolge der Kündigung der Beklagten Aufwendungen in Höhe von 3.432,27 € netto erspart. Ziehe man diesen Betrag von der vertraglich vereinbarten Gesamtvergütung in Höhe von 9.079,00 € ab, ergebe sich ein Vergütungsanspruch in Höhe von 5.646,00 € netto.

Nunmehr – nach Ergehen des Hinweisbeschlusses der Kammer vom 27.05.2011 (Bl. 144 ff. GA) – beziffert die Klägerin den ihr zustehenden Anspruch auf 8.690,45 € und trägt dazu folgendes vor:

Sie habe allenfalls 388,55 € an Kosten erspart. Hierbei handele es sich um die Fahrtkosten des Medienberaters zum sog. Webtermin (1.138 km zu je 0,30 €), 6,55 € Porto, 30,00 € Kleinmaterial (Schreibwaren, Papier etc.) und 10,60 € Kosten für die Portierung und Registrierung der Internet-Domains. Im Übrigen habe es keine Ersparnis gegeben, denn sie erbringe alle Leistungen mit festen Mitarbeitern. Sog. Freelancer würden nur zur Abdeckung von Arbeitsspitzen bzw. zur Bearbeitung von Spezialprojekten eingesetzt. Besondere projektbezogene Telekommunikationskosten fielen nicht an, weil sie alle derartigen Dienstleistungen über sog. Flatrates bezahle. Anderweitigen Erwerb habe sie nicht erzielt, denn sie betreue ständig und fortlaufend über 20.000 Kunden und halte dafür die erforderlichen personellen und sachlichen Mittel vor. Damit sei sie unabhängig von der Kündigung einzelner Verträge in der

Lage, jederzeit Kunden neu hinzu zu gewinnen und diesen die ihnen versprochenen Leistungen zu erbringen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Klägerin zur Vergütung nach § 649 BGB wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 18.07.2011 und vom 07.11.2011 Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt nunmehr

1. das Vorbehaltsurteil der Kammer vom 14.01.2011 – 22 O 12/10 – mit der Maßgabe aufrecht zu erhalten, dass die Beklagte verurteilt wird, an die Klägerin 538,31 € zu zahlen;
2. die Beklagte darüber hinaus zu verurteilen, an sie 8.151,14 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.07.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin wickle die im Direktvertrieb angebahnten Internet-Systemverträge mit freien Mitarbeitern, sog. Freelancern ab, was sich aus ihren eigenen Stellenangeboten (beispielhaft: Anlage B 6, Bl. 191 f. GA) ergebe. Das zeige sich auch an dem Verhältnis der im Jahresabschluss 2009 veröffentlichten Zahlen für „Gehälter" (fast 3,2 Mio €) und „Soziales" (knapp 550.000,00 €). Außerdem bediene sie sich technologischer Dienstleistungen Dritter. Ihre Server würden durch den bulgarischen Dienstleister „Neterra" betrieben. Im Jahresabschluss seien mehr als 2,3 Mio € für den Einkauf von Web Design-Diensten und Rechenzentrumsleistungen veranschlagt.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch aus den §§ 631, 649 S. 2 BGB in Höhe von insgesamt 8.690,45 €. In Höhe eines Betrags von 538,31 € ist das Vorbehaltsurteil der Kammer vom 14.01.2011 für vorbehaltlos zu erklären, im Übrigen ist die Beklagte antragsgemäß zu verurteilen.

1.

Der Vertrag ist wirksam zustande gekommen.

Die Beklagte hat den Vertrag weder wirksam angefochten noch wirksam außerordentlich gekündigt:

a)

Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB kommt nicht in Betracht.

aa)

Die Beklagte ist durch die Aussage des Außendienstmitarbeiters der Klägerin, sie könne Referenzkundin werden und man macho ihr ein besonders günstiges Angebot, nicht getäuscht worden. Darin liegt keine Vorspiegelung falscher Tatsachen. Zum Einen ist es gerichtsbekannter Weise zutreffend, dass die Klägerin auf ihrer Website diejenigen zahlreicher Kunden als Referenzen verlinkt hat. Zum Anderen ist die Behauptung allenfalls irreführend, aber nicht unwahr, dass es sich bei dem sog. Internet-Systemvertrag um ein vergleichsweise günstiges Angebot handelt. Solange es nämlich teurere Vertragsgestaltungen gibt, mit deren Hilfe ein Kunde eine vergleichbare Leistung erhalten kann, trifft die Aussage zu, ihm werde ein besonders günstiges Angebot gemacht. Macht also die Klägerin auf ihrer Website das sog. Kaufkundenangebot und ist dieses wesentlich teurer, weil erhebliche Kosten für die Erstellung der Website anfallen, wie die Klägerin, von der Beklagten unbestritten ausführt, so darf sie, ohne sich dem Vorwurf der Täuschung auszusetzen, behaupten, mit dem Internet-System-Vertrag mache sie dem „Partnerunternehmen" ein besonders günstiges Angebot. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang auf die fehlenden Darstellung des Umstands abstellt, dass der Kunde beim Internet-System-Vertrag nur die Nutzungsrechte auf gewisse Dauer erwerbe, ist festzuhalten, dass sich die zuletzt genannte Tatsache eindeutig aus der Vertragsurkunde ergibt. Denn dort heißt es auf der Vorderseite unter „I.) Vertragsgegenstand", die Klägerin stelle dem „Partnerunternehmen" den „unten aufgeführten Systemumfang zur Nutzung zur Verfügung". Mit anderen Worten wird (nur) die Zurverfügungstellung einer (noch herzustellenden) Website zur Nutzung gegen Entgelt versprochen. Der endgültige Erwerb des Produkts wird also nicht zugesagt. Selbst wenn darin, dass gleichwohl dem hierfür anfallenden Entgelt dasjenige für den „Kauf" der Website gegenüber gestellt wird, um die Behauptung des besonders günstigen Angebots zu untermauern, eine Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen läge, so würde insofern für eine Kausalität dieser Täuschung nicht die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens eingreifen, denn es liegt keinesfalls auf der Hand, dass der Kunde sich gegen den vergleichsweise günstigeren Internet-Systemvertrag entscheidet, wenn ihm eindeutig klar ist, dass er der teurere Tarif der Klägerin den Erwerb der Urheber- und Nutzungsrechte beinhaltet.

bb)

Die weitere Behauptung der Beklagten, der Außendienstmitarbeiter habe sie über die Vertragskonditionen getäuscht und sie in dem Glauben gelassen, die Vertragsurkunde enthalte keine anderen Angaben als die von ihm gemachten, steht nicht unter tauglichem Beweis, obwohl die Beklagte die von der Klägerin bestrittene Täuschung beweisen müsste. Bei dem Antrag auf Anhörung gem. § 141 ZPO handelt es sich bereits nicht um einen Beweisantritt, denn die Anhörung ist keine Beweiserhebung, denn sie dient nicht der Aufklärung eines streitigen Sachverhalts, sondern dem besseren Verständnis dessen, was die Partei behaupten und beantragen will (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 141 Rdnr. 1). Eine Parteivernehmung der Beklagten kommt nicht in Betracht, weil weder die Voraussetzungen des § 445 ZPO, noch diejenigen des § 447 ZPO noch diejenigen des § 448 ZPO vorliegen. Die Beklagte als beweisbelastete Partei kann gem. § 445 ZPO nur beantragen, den Gegner zu vernehmen, der Parteivernehmung der Beklagten hat die Klägerin widersprochen und schließlich ist die Behauptung der Beklagten über die Täuschungshandlung des nicht bereits „anbewiesen".

Der im nachgelassenen Schriftsatz vom 16.02.2012 enthaltene Beweisantritt ist verspätet und wird zurück gewiesen (§ 296 Abs. 2 i. V. m. § 282 Abs. 1 ZPO). Der von der Beklagten insofern gewählte Zeitpunkt des erstmaligen Zeugenbeweisantritts entspricht nicht einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung, sondern auf grober Nachlässigkeit. Der Rechtsstreit war zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 09.12.2011 entscheidungsreif, sodass durch eine Vernehmung des von der Beklagten benannten Zeugen eine Verzögerung eintreten würde. Die Beklagte hätte im Nachverfahren rechtzeitig Beweis antreten können, was die Kammer in die Lage versetzt hätten, den Verhandlungstermin im Nachverfahren entsprechend sachdienlich und verfahrensfördernd vorzubereiten.

Soweit die Beklagte geltend macht, der Außendienstmitarbeiter habe ihr den genauen Vertragsinhalt verschwiegen, während er sie von Rechts wegen über diesen hätte aufklären müssen, teilt die Kammer diese Auffassung nicht. Eine derartige Aufklärungspflicht bestand nicht. Entscheidend dafür, ob eine solche Pflicht besteht, ist stets, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung verlangen kann (Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 123 Rdnr. 5). Grundsätzlich ist es Sache jeder Partei, ihre Interessen selbst wahrzunehmen (ders., aaO.). Daher besteht keine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein können (ders., aaO., m. Nachw.). Hinzu kommt, dass zwischen den Parteien ein Informationsgefälle bestehen muss (ders., aaO., m. Nachw.). Vor diesem rechtlichen Hintergrund kommt im Streitfall die von der Beklagten reklamierte Aufklärungspflicht der Klägerin nicht in Betracht. Ein Informationsgefälle bestand allenfalls deshalb, weil es die Beklagte versäumt hatte, die Vertragsurkunde zu lesen. Hätte sie es getan, hätte sie daraus die Informationen gewinnen können, deren Mitteilung durch die Klägerin sie nun vermisst. Sich diese Informationen durch Lektüre der Urkunde selbst zu be-

schaffen, oblag ihr – wie jeder anderen Partei – auch im eigenen Interesse. Auch aus sonstigen besonderen Umständen vermag die Kammer keine Aufklärungspflicht der Klägerin herzuleiten.

cc)

Ebenfalls ohne Erfolg bliebe die Anfechtung, sofern die Beklagte geltend machen wollte, die Klägerin habe sie über die Annahmefrist für das ihr gemachte Angebot getäuscht. Ob dies der Fall ist, ist ihrem Vorbringen nicht eindeutig zu entnehmen. Jedenfalls gilt im Hinblick auf die Befristung eines Angebots § 148 BGB, wonach die Annahme eines Angebots nur innerhalb der von dem Antragenden bestimmten Frist erfolgen kann. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass der Antragende privatautonom die Frist bestimmen kann, während der er gebunden ist (Palandt-Ellenberger, aaO., Rdnr. 1), d. h. in der Bemessung der Frist frei ist (ders., aaO., Rdnr. 2). Dass die im Streitfall von dem Außendienstmitarbeiter der Klägerin bestimmte Frist lediglich eine Täuschung gewesen sei, um die Beklagte unter Entscheidungsdruck zu setzen, ist nicht ersichtlich.

b)

Aus den vorstehend ausgeführten Gründen stand der Beklagten auch kein Grund zur Kündigung nach § 314 BGB zur Seite.

2.

Infolge der am 24.11.2010 erklärten schriftsätzlichen Kündigung des Vertrags steht der Klägerin die vertraglich vereinbarte Vergütung nach Maßgabe des § 649 S. 2 BGB zu.

Die Klägerin ist nicht gehindert, das Entgelt erneut geltend zu machen. Denn die Kammer hat die Klage wegen des Betrags, der über den mit dem Urkunden-Vorbehaltsurteil zugesprochenen Betrag hinausging, als im Urkundenprozess unstatthaft abgewiesen. In einem solchen Fall kann der Kläger Teilansprüche, mit denen er nach § 597 Abs. 2 ZPO abgewiesen wurde, durch Klageerweiterung im Nachverfahren geltend machen (Zöller/Greger, aaO., § 597 Rdnr. 8).

a)

Die Kündigung der Beklagten vom 06.06.2009 war keine solche nach § 649 S. 1 BGB, wie die Kammer bereits im Urkunden-Vorbehaltsurteil vom 14.01.2011 ausgeführt hat. Maßgeblich ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie der Erklärungsempfänger sie zu verstehen

hatte. Insofern ist im Streitfall zum Einen zu berücksichtigen, dass die Beklagte Gründe für die Kündigung angab, die als Begründung für eine Anfechtung, allenfalls für eine außerordentliche Kündigung in Betracht kamen. Eine Kündigung nach § 649 S. 1 BGB bedarf aber keiner Begründung, so dass der Inhalt des Schreibens vom 06.06.2009 aus Sicht der Klägerin für eine außerordentliche Kündigung nach § 314 BGB sprach. Hinzu kommt, dass die Beklagte zum Ausdruck brachte, nichts zahlen zu wollen, was gleichfalls, zumindest im Zusammenhang mit der Angabe der Kündigungsgründe, gegen eine Kündigung nach § 649 S. 1 BGB sprach, denn deren Folge ist das Fortbestehen der Vergütungspflicht.

b)

Demzufolge hat die Klägerin Anspruch auf Vergütung in Höhe der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung – hier 9.079,00 € netto – und den kündigungsbedingt für nicht erbrachte Leistungen ersparten Aufwendungen, sofern die Klägerin nicht kündigungsbedingt anderweitigen Erwerb erzielt hat (BGH, NJW 2011, 915, Tz. 18).

Im Streitfall ist unstreitig, dass die Klägerin der Beklagten keine vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht hat. Infolgedessen besteht kein Anspruch auf Vergütung für erbrachte Leistungen, so dass auch seitens der Klägerin keine Darlegungen zur Abrechnung derartiger Vergütung erforderlich sind. Es kommt folglich nur darauf an, welche Abzüge für ersparte Aufwendungen oder anderweitigen Erwerb von der vereinbarten Vergütung zu machen sind.

aa)

Ein größerer Abzug wegen ersparter Aufwendungen (§ 649 S. 2, Hs. 2 Var. 1 BGB) als der von der Klägerin dargelegte ist nicht veranlasst.

Als erspart sind diejenigen Aufwendungen abzuziehen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrags entfallen sind, also diejenigen, die der Unternehmer ohne die Kündigung gehabt hätte und die infolge der Kündigung entfallen sind (BGH NJW 2000, 653, 654). Eine Ersparnis kommt vor allem bei den projektbezogenen Herstellungskosten und den variablen, projektbezogenen Gemeinkosten in Betracht. Gewinn und allgemeine Geschäftskosten, die nicht projektbezogen anfallen, sind nicht erspart (BGH, aaO.).

In Bezug auf die ersparten Aufwendungen trifft den Werkunternehmer eine sog. sekundäre Darlegungslast, während der Besteller darlegen und beweisen muss, dass die vorzunehmenden Abzüge höher sind als von dem Unternehmer angegeben (BGH NJW-RR 2001, 385). Dieser muss für die Abrechnung der nicht erbrachten Leistungen seine kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen darlegen und hierzu über diese so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen darle-

gungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (BGH, Urt. v. 24.03.2011, VII ZR 111/10, Tz. 20, zit. nach juris). Hierzu ist es nicht ausreichend, wenn der Unternehmer abstrakt das in seinem Geschäftsbetrieb durchschnittlich anfallende Vertragsvolumen darstellt und an die Zahl der mit der Bearbeitung dieser Verträge bei ihm beschäftigten Mitarbeiter die Behauptung knüpft, durch die Kündigung eines Vertrags würden keine Aufwendungen erspart und keine Kapazitäten für anderweitigen Erwerb frei, weil die Mitarbeiter nicht durchgehend vollbeschäftigt seien (BGH, aaO.).

Diesen Anforderungen genügt das letzte Vorbringen der Klägerin nach Meinung der Kammer, weil es sich nicht in einer solchen abstrakten Darstellung erschöpft :

Im Streitfall trägt die Klägerin zur Ersparnis vor wie im Tatbestand dargestellt. Danach will sie vertragsbezogene Unkosten nur in Höhe von 388,55 € erspart haben, weil die Vertragsleistungen bei Durchführung des Vertrags ausschließlich mit fest angestelltem Personal und vorhandenen technischen Einrichtungen erbracht worden wären. Tatsächlich gehören Personalkosten grundsätzlich nur dann zu den ersparten Aufwendungen, wenn sie infolge der Kündigung nicht mehr aufgewendet werden müssen, etwa weil Personal infolge der Kündigung nicht mehr eingestellt werden muss oder nicht mehr beschäftigt wird (BGH NJW 2000, 653, 654). Dagegen, so der BGH (aaO.), ist es grundsätzlich keine Frage der ersparten Aufwendungen, wenn das Personal weiter beschäftigt und für andere Aufträge eingesetzt wird. In diesem Fall muss der Unternehmer bei der Abrechnung der vertraglichen Vergütung nur den durch den Einsatz des Personals erzielten anderweitigen Erwerb in Ansatz bringen (BGH, aaO.). Personalkosten sind auch nicht unter dem Aspekt anzusetzen, dass eine rechtlich mögliche Kündigung des Personals unterblieben ist (BGH, aaO.). Dass die Klägerin die im Streitfall zu erbringenden Leistungen mit sog. Freelancern erbracht hätte, die sie kündigungsbedingt nicht bezahlen musste, ist nicht festzustellen. Das ist seitens der Beklagten weder konkret, d. h. vertragsbezogen dargelegt noch unter Beweis gestellt. Allein der Umstand, dass die Klägerin sog. Freelancer beschäftigt, vermag kein anderes Ergebnis zu begründen.

Was die Darlegungslast des Unternehmers in Bezug auf ersparte projektbezogene Sachaufwendungen angeht, dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, aaO.). Es genügt insofern, wenn der Unternehmer die Sachmittel zusammenfassend so beschreibt, dass der Besteller in der Lage ist, die Richtigkeit des dafür abgesetzten Betrags beurteilen zu können (BGH, aaO.). Im Streitfall ist die Beklagte durch das Vorbringen der Klägerin in die Lage versetzt worden, deren Angaben zu überprüfen und etwa nicht berücksichtigte Sachmittel festzustellen und den Ansatz der Kosten zu widerlegen.

Was sie hierzu vorträgt, ist allerdings unerheblich. Selbst wenn die Klägerin technische Dienstleistungen Dritter wie etwa den Betrieb der Server in erheblichem Umfang „zukaufen" sollte, würde allein das ihre Qualifikation als projektbezogene Unkos-

ten nicht begründen, sondern es wäre ohne Weiteres zunächst einmal davon auszugehen, dass es sich um Unkosten handelte, die die Klägerin ganz allgemein zur Unterhaltung ihres Geschäftsbetriebs aufwenden müsste. So wäre es etwa auch nicht gerechtfertigt, Aufwendungen für die Miete der Geschäftsräume anteilig als kündigungsbedingt ersparte Kosten abzuziehen. Denn es liegt auf der Hand, dass solche Kosten weiterlaufen, auch wenn einer von einer Vielzahl von Verträgen gekündigt wird.

b)

Was den anderweitigen Erwerb (§ 649 S. 2, Hs. 2, Var. 2 BGB) angeht, gilt ebenso wie in Bezug auf die ersparten Aufwendungen, dass der Unternehmer angeben muss, welchen derartigen Erwerb er sich anrechnen lässt, ferner hat er gegebenenfalls diesen zu beziffern (BGH, aaO.). Insofern kommt es zunächst darauf an, inwieweit ein Ersatzauftrag erlangt worden ist oder ob der Unternehmer es böswillig unterlassen hat, einen solchen zu erlangen. Hierzu muss der Unternehmer sich nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen erklären (BGH, aaO.). Grundsätzlich kann der Besteller nicht verlangen, dass der Unternehmer in diesem Zusammenhang von vornherein seine gesamte Geschäftsstruktur offen legt (BGH, aaO.). Liegt es jedoch nahe, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist, kann sich eine erhöhte Darlegungslast ergeben (BGH, aaO.).

Im Streitfall macht die Klägerin insofern geltend, sie habe zwar ihr Personal anderweitig beschäftigt, jedoch habe es sich insoweit nicht um die Bearbeitung echter Füllaufträge gehandelt. Sie betreue nämlich ständig einen Stamm von etwa 20.000 Kunden und halte deswegen dauerhaft entsprechende materielle und personelle Ressourcen vor, zu denen auch sog. Freelancer gehörten, wodurch sie imstande sei, stets und unabhängig von der Kündigung einzelner Vertragsverhältnisse neue abzuschließen und diese auch zu erfüllen.

In der Tat kommt es für die Anrechenbarkeit anderweitigen Erwerbs allein darauf an, ob Erwerb aus Aufträgen erzielt wurde, die als Ersatz für den gekündigten Auftrag angenommen wurden, d. h. aus sog Füllaufträgen (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., Teil 9, Rdnr. 31). Insofern ist zu berücksichtigen, dass zwischen der Kündigung und der anderen gewinnbringenden Beschäftigung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muss; der anderweitige Erwerb muss aufgrund eines echten Ersatzauftrags erfolgen, dessen Hereinnahme bei Fortbestand des gekündigten Vertrags nicht möglich gewesen wäre (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl., Rdnr. 1128 mit Nachw.). Wenn die Geschäftsstruktur des Unternehmers so beschaffen ist, dass er in der Lage ist, mit der vorhandenen Sach- und Personalausstattung nahezu jeden ihm angetragenen Auftrag auszuführen, so kann schon von vornherein ein nach der Kündigung eines Einzelauftrags eingehender neuer Auftrag nicht als Ersatz für den gekündigten angesehen werden, denn der neue Auftrag wäre auch ohne

die Kündigung angenommen worden, so dass der zu fordernde ursächliche Zusammenhang nicht besteht. Die Klägerin unterhält nach ihren, von der Beklagten nicht widerlegten Darlegungen einen größeren, sachlich und personell umfangreich ausgestatteten Geschäftsbetrieb, der ca. 20.000 Kunden betreut und auf stetige Vergrößerung des Kundenstamms ausgerichtet ist. Angesichts dessen liegt es fern, dass ein neu herein kommender Auftrag als echter Ersatzauftrag für ein gekündigtes Vertragsverhältnis angesehen werden kann, der ohne die Kündigung mangels freier Kapazitäten nicht hätte herein genommen werden können. Da die Beklagte die entsprechenden Darlegungen der Klägerin nicht widerlegt hat, ist auf deren Grundlage zu entscheiden.

4.

Die Entscheidung über die Nebenforderung ergibt sich aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 S. 1, 288 Abs. 2 BGB.

5.

Die Kostenentscheidung folgt aus den § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 5, 711, 709 S. 1 und 2 ZPO.

Streitwert: Bis 27.03.2011: 5.520,41 €, bis 26.05.2011: 6.719,61 €, bis 20.07.2011: 5.646,73 €, ab 21.07.2011: 8.690,45 €.