23 S 27/10
53 C 13020/09
Amtsgericht Düsseldorf

Verkündet am 12.01.2011

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

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

Klägerin und Berufungsklägerin,

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

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Thorsten Wachs, Hüttweg 3, 45881 Gelsenkirchen,

hat die 23. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf
im schriftlichen Verfahren auf der Grundlage der bis zum 22.12.2010 eingereichten Schriftsätze

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht , den Richter am Landgericht und den Richter

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf vom 20.01.2010, Az. 28 C 13020/09, wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e:

A.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten im Urkundsprozess Zahlung von Entgelt auf Grundlage eines Internet-System-Vertrages. Die Beklagte hat als Unternehmerin gehandelt; sie führt Auktionen durch.

Die Parteien schlossen am 13.01.2009 einen Internet-System-Vertrag des Typs „Euroweb Premium Shop 5000". Dieser beinhaltet u. a. die Registrierung einer Domain, die Gestaltung einer individuellen Internetpräsenz und das Hosting der Website. Die Erstellung der Homepage ist kostenlos. Die Beklagte verpflichtete sich, im Übrigen als Gegenleistung während einer Laufzeit von 48 Monaten ein monatliches Entgelt von 200,- Euro nebst Umsatzsteuer zu entrichten, das jährlich im Voraus zahlbar ist. Hinzu kommen bei Vertragsschluss zahlbare Abschlusskosten von 199,-

Euro zzgl. Umsatzsteuer. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin (AGB) ist in § 1 Abs. 1 geregelt, dass das Entgelt jährlich im Voraus fällig ist, im ersten Vertragsjahr allerdings erst 30 Tage nach Vertragsschluss. Außerdem bestimmt § 2 Abs. 1 AGB:

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

Die Beklagte erhält während der Vertragslaufzeit ein Nutzungsrecht, das Urheberrecht an den Leistungen und Produkten verbleibt gemäß § 5 AGB bei der Klägerin.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die im Original der Anspruchsbegründung beigefügte Vertragsurkunde vom 13.01.2009 (Bl. 15 GA) nebst der umseitigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Internet-System-Vertrag (Bl. 15 R GA) sowie auf die Leistungsbeschreibung „Euroweb Premium" (Bl. 16 GA) – deren Vorlage bei Vertragsschluss die Beklagte bestreitet – Bezug genommen.

Die Beklagte leistete keine Zahlungen.

Sie hat mit Schreiben vom 14.01.2009 den „Rücktritt" vom Internet-System-Vertrag erklärt.

Die Klägerin forderte die Beklagte über ihre Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 22.06.2009 vergeblich zur Zahlung von 3.092,81 Euro nebst Zinsen auf. Dafür verlangt sie Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten von 302,10 Euro.

Mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 24.09.2009 hat die Beklagte die Anfechtung des Internet-System-Vertrages wegen Irrtums und arglistiger Täuschung sowie vorsorglich „zwecks Abwendung einer automatischen Vertragsverlängerung die ordentliche Kündigung ... zum nächstmöglichen Termin" erklärt. Ferner hat sie einen etwaigen Vertrag mangels ordnungsgemäßer Bevollmächtigung widerrufen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schreibens verwiesen. Eine erneute Kündigung ist in der Klageerwiderung vom 23.11.2009 erfolgt (Bl. 62 GA).

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Außendienstmitarbeiter habe die Beklagte vollständig und richtig über den Inhalt des Vertrages aufgeklärt. Die Beklagte sei tatsächlich in den Genuss eines besonders günstigen Angebotes gekommen. Der nur im Direktvertrieb angebotene Internet-System-Vertrag sei im Vergleich zu einem Kaufkundenangebot wesentlich günstiger. Das führt sie im Schriftsatz vom 10.12.2009, auf den Bezug genommen wird, auf den Seiten 3 bis 5 näher aus.

Es treffe nicht zu, dass sie keine vertraglichen Leistungen erbracht habe. Vielmehr habe die Beklagte den vereinbarten Webtermin abgesagt und trotz Aufforderung weder Material eingereicht noch einen neuen Webtermin vereinbart – dies alles ist unstreitig.

Die Klägerin hat beantragt,

1.
die Beklagte zu verurteilen, an sie 3.092,81 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.02.2009 zu zahlen;

2.
die Beklagte zu verurteilen, an sie 302,10 Euro Schadenersatz nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.07.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich die Geltendmachung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten und angekündigt, dort eine Hilfswiderklage mit näher bezeichneten Anträgen zu erheben.

Sie hat die Vollmacht des Außendienstmitarbeiters für den Vertragsschluss bestritten und vorgetragen: Der Internet-System-Vertrag sei nicht wirksam zustande gekommen. Mangels Vorlage der Leistungsbeschreibung bei Vertragsabschluss habe bereits kein hinreichend bestimmtes Angebot im Sinne von § 145 BGB vorgelegen, das annahmefähig gewesen wäre.

Zudem habe die Klägerin sie gemäß § 123 BGB über den Inhalt des Vertrages arglistig getäuscht. Bei der telefonischen Kontaktaufnahme habe man ihr durch das Angebot, kostenlos eine Internetpräsenz zu erstellen und die Bezeichnung als „ausgewähltes Partnerunternehmen" suggeriert, dass nur gegenüber anderen Kunden ein Verkaufsinteresse bestehe und sie eine kostenfreie Internetpräsenz erhalte. Der Außendienstmitarbeiter habe ihr sodann eine kostenlose Suchmaschinenoptimierung versprochen und zugesichert, die Homepage werde bei „Google" stets auf der ersten Seite erscheinen. Mehrfach habe er von einem besonders günstigen Angebot gesprochen. Tatsächlich sei dies nicht der Fall; vielmehr führe die Klägerin ausschließlich Referenzkunden /Partnerunternehmen. Ferner habe der Außendienstmitarbeiter ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Über weitere Vertragsinhalte habe er nicht informiert. Im Gegenzug für das „besonders günstige Angebot" habe er verlangt, dass sie die Klägerin auf ihrer Homepage positiv bewerten und ihr mehrere Geschäftskunden benennen solle. Als sie habe ihre Entscheidung überdenken wollen, habe der Außendienstmitarbeiter wahrheitswidrig erklärt, der Vertrag könne nur „Hier und Jetzt" unterzeichnet werden, weil das erforderliche Werbebudget nur heute freigegeben sei. Sie habe sodann im Vertrauen auf die mündlichen Angaben der Außendienstmitarbeiterin den Vertrag unterschrieben, ohne ihn vorher durchzulesen.

Der Internet-System-Vertrag sei abgesehen davon wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Das verlangte Entgelt sei bei den Leistungen der Klägerin im Vergleich zu seriösen Anbietern um mehr als 100 % überhöht. Das gelte umso mehr, als das Urheberrecht an der Website bei der Klägerin verbleibe und sie daher, wenn sie die Website behalten wolle, entweder den Vertrag nach Ende der Laufzeit regelmäßig verlängern oder der Klägerin die Website abkaufen müsse.

Ferner sei die formularmäßig geregelte Vorleistungspflicht der Beklagten wegen unangemessener Benachteiligung gemäß § 307 BGB unwirksam. Die Klägerin habe an

dieser Vorleistungspflicht kein berechtigtes Interesse, da sie gerade nicht den überwiegenden Teil des von ihr zur Erfüllung der Vertragspflichten zu erbringenden Gesamtaufwandes bei Vertragsbeginn tragen müsse. Die Erstellung der Homepage dürfe dabei wegen der Vereinbarung als kostenlos nicht berücksichtigt werden.

Jedenfalls habe sie den Internet-System-Vertrag gemäß § 649 S. 1 BGB gekündigt. Das freie Kündigungsrecht könne durch AGB nicht ausgeschlossen werden. Die Klägerin habe keine Leistungen erbracht, insbesondere keine Beratung oder Betreuung.

Das Amtsgericht hat die Klage mit Urteil vom 20.01.2010 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe entgegen § 592 ZPO nicht sämtliche streitigen anspruchsbegründenden Tatsachen durch die Vorlage von Urkunden unter Beweis gestellt. Sie habe weder konkret vorgetragen noch durch Urkunden Beweis dafür angetreten, dass ihr Außendienstmitarbeiter zum Vertragsschluss bevollmächtigt gewesen sei. Eine Genehmigung durch Klageerhebung habe nicht mehr erfolgen können, da die Beklagte im Schreiben vom 24.09.2009 von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht habe.

Die Klägerin habe ferner keinen Anspruch auf Zahlung von Entgelt für das erste Vertragsjahr, weil die Regelung in § 9 ihrer AGB über die Vorleistungspflicht gegen § 307 BGB verstoße.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie führt an, das Amtsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass sie nicht aktivlegitimiert sei. Dabei habe sie durch Vorlage des Internet-System-Vertrages nachgewiesen, dass ihr Mitarbeiter für sie tätig geworden sei. Dessen Bevollmächtigung ergebe sich schon aus der Tatsache, dass er über einen Originalvertrag verfügt habe. Zumindest sei der Vertrag mit ihrem Schreiben vom 22.06.2009 genehmigt worden.

Das Amtsgericht habe ferner verkannt, dass ihr Zahlungsanspruch begründet sei, weil die Parteien eine wirksame Vorleistungspflicht hinsichtlich des von der Beklagten geschuldeten Entgelts vereinbart hätten. Insbesondere verstoße die vertraglich ver-

einbarte Vorleistungspflicht nicht gegen § 307 BGB, da die Beklagte hierdurch nicht unangemessen benachteiligt werde.

Zur Frage, ob sie ein berechtigtes Interesse hat, das Kündigungsrecht nach § 649 S. 1 BGB auszuschließen, trägt die Klägerin ergänzend vor, der Internet-System- Vertrag sei bloß „Mittel zum Zweck", ihr eigentliches unternehmerisches Ziel zu erreichen, nämlich Großkunden zu gewinnen. Sie nutze die im Rahmen der Verträge mit den Partnerunternehmen erstellten Internetseiten als Referenz, um mit ihnen bei potentiellen Großkunden werben zu können. Die Erfahrung zeige, dass sie Referenzen benötige, um mit Großkunden ins Geschäft kommen zu können. Ihre Investitionskosten zahlten sich – je nach Leistungsumfang – frühestens nach 28 Nettomonatsbeträgen aus. Das führt sie im Schriftsatz vom 29.06.2010, auf den Bezug genommen wird, auf den Seiten 17 bis 24 näher aus. Ferner habe sie Verträge mit Factoring-Gesellschaften abgeschlossen, die unter der Prämisse stünden, dass während der fest vereinbarten Vertragslaufzeit nur eine außerordentliche Kündigung möglich sei. Wenn die freie Kündigung zulässig wäre, so würden die Factoring- Gesellschaften die Rahmenverträge aufkündigen und ihr wirtschaftlicher Fortbestand wäre in Gefahr. Zudem beschäftige sie derzeit etwa 110 Webdesigner, deren Weiterbeschäftigung im Falle der Zulässigkeit einer freien Kündigung mehr als kritisch zu beurteilen wäre.

Andererseits sei es beim Kunden des Internet-System-Vertrages kaum denkbar, dass sich nachträglich Umstände ergeben, welche die ursprüngliche Entscheidung in Frage stellen, eine Internetseite für sein Unternehmen einrichten zu lassen, zumal dies im Geschäftsverkehr inzwischen allgemein üblich sei.

Die Klägerin beantragt,

> die Beklagte unter Abänderung des am 20.01.2010 verkündeten Urteils des Amtsgerichts Düsseldorf, Az. 28 C 10089/09 durch Vorbehaltsurteil zu verurteilen, an sie 3.092,81 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.02.2009 sowie 302,10 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.07.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und nach den Schlussanträgen erster Instanz zu erkennen.

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 511, 517, 519 ZPO.

Die rechtzeitige Berufungsbegründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Klägerin rügt unter ausreichender Bezugnahme auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung die Verletzung materiellen Rechts im Sinne von §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO durch das Amtsgericht, und die bezeichnet aus ihrer Sicht konkrete Anhaltspunkte gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen begründen und eine neue Feststellung gebieten, § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 ZPO.

II.

Die Berufung ist nicht begründet.

1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Vergütung in Höhe von 3.092,81 Euro aus § 649 S. 2 BGB.

Allerdings beruht dies nicht darauf, dass die Klägerin eine Bevollmächtigung ihres Außendienstmitarbeiters weder schlüssig vorgetragen noch durch Urkunden unter Beweis gestellt hat. Dieser hat vielmehr im Rahmen eines unternehmensbezogenen Geschäfts gehandelt, nach dem Vertragspartei der Inhaber des Unternehmens und nicht der für das Unternehmen Handelnde wird (vgl. Palandt/Ellenberger, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., § 164 Rn. 2).

Aus dem Vertragsformular geht eindeutig hervor, dass die Klägerin Vertragspartnerin werden sollte. Zweifel an der Unternehmensbezogenheit des Geschäfts bestehen nicht. Die Beklagte selbst ist ebenfalls von einem Vertragsschluss mit der Klägerin ausgegangen; andernfalls hätte sie nicht ihr gegenüber am 14.01.2009 den Rücktritt erklärt.

Jedenfalls hat die Klägerin den Vertrag vor einem Widerruf der Beklagten nach § 178 BGB gemäß § 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Spätestens mit Schreiben der Klägerin vom 22.06.2009 ist gegenüber der Beklagten deutlich zum Ausdruck gekommen, dass sich die Klägerin an den Vertrag gebunden fühlt und das Rechtsgeschäft für und gegen sich gelten lassen will. Bis zu diesem Tag ist kein Widerruf des Vertrages gemäß § 178 BGB erfolgt. Ein solcher kann insbesondere nicht in der Rücktrittserklärung vom 14.01.2009 gesehen werden. Denn der Widerruf im Sinne von § 178 BGB muss erkennen lassen, dass der Vertrag gerade wegen des Vertretungsmangels nicht gelten soll (vgl. Palandt/ Ellenberger, aaO, § 178 Rn. 1). Daran fehlt es im Schreiben der Beklagten vom 14.01.2009.

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte wirksam vom Internet-System–Vertrag zurückgetreten ist, sie diesen wirksam gemäß § 142 Abs. 1 BGB angefochten hat, der Vertrag gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist oder die Voraussetzungen für eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 314 Abs. 1 BGB vorgelegen haben.

Jedenfalls hat die Beklagte das Vertragsverhältnis wirksam gemäß § 649 S. 1 BGB gekündigt. Dies führt mangels schlüssigen Vortrages der Klägerin zur Höhe ihrer Vergütung nach § 649 S. 2 BGB dazu, dass sie keinen weiteren Anspruch auf Zahlung von Entgelt gegen die Beklagte hat.

a)

Auf den Internet-System-Vertrag ist Werkvertragsrecht anwendbar, weil der Vertragszweck auf einen Erfolg gerichtet ist. Die Leistungen der Klägerin dienen in erster Linie dazu, die Abrufbarkeit einer von der Klägerin für ihren Kunden erstellten und betreuten Website (Homepage) im Internet zu gewährleisten und damit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.2010, Az. III ZR 79/09).

b)

Eine Kündigungserklärung im Sinne von § 649 S. 1 BGB liegt vor.

Es kann dahinstehen, ob bereits das Schreiben vom 14.01.2009 als Kündigung zu verstehen ist oder in eine solche umgedeutet werden kann.

Denn die Beklagte hat jedenfalls mit Schreiben vom 24.09.2009 ausdrücklich vorsorglich und hilfsweise den Internet-System-Vertrag gekündigt. Dass die Kündigung lediglich „zwecks Abwendung einer automatischen Vertragsverlängerung...zum nächstmöglichen Termin" erklärt worden ist, steht ihrer Einordnung als freie Kündigung gemäß § 649 BGB nicht entgegen. Damit bringt sie zum Ausdruck, dass sie das Vertragsverhältnis so früh wie möglich beenden will, was durch die weiteren Ausführungen in diesem Schreiben bestätigt wird. Diese Möglichkeit eröffnet ihr die freie Kündigung nach § 649 BGB.

Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen sollte, ist eine freie Kündigung zumindest im Schriftsatz vom 23.11.2009 zu sehen. Diese Erklärung ist eindeutig, weil sie ausdrücklich auf die Vorschrift des § 649 BGB gestützt wird.

c)

Zur Kündigung nach § 649 S. 1 BGB war die Beklagte berechtigt, obwohl die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zum Internet-System-Vertrag (im Folgenden AGB) sie ausschließen.

aa)

Die AGB der Klägerin schließen das Recht zur freien Kündigung aus. Der Vertrag hat eine feste Laufzeit von vier Jahren und § 2 Abs. 1 der AGB sieht nur eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen vor. Darin liegt ein Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 649 BGB.

Die zitierte Regelung, die für sich betrachtet lediglich die Wiederholung der sich aus § 314 BGB ohnehin ergebenden Rechtslage darstellt, ergäbe ansonsten nämlich keinen Sinn. Ferner spricht dafür die Befristung des Vertrages. Eine solche bewirkt nämlich häufig, z. B. bei Miet- oder Dienstverträgen, ohne weiteres den Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung. Deswegen ist davon auszugehen, dass dies auch in ihren AGB von der Klägerin als Verwenderin so gewollt und von ihren Vertragspartnern so zu verstehen war.

Dieser Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts erfasst auch die freie Kündigung nach § 649 S. 1 BGB. Sie gibt dem Vertragspartner schließlich ebenfalls die Möglichkeit, sich unabhängig von einem wichtigen Grund im Sinne von § 314 BGB vom Vertrag zu lösen, was nach dem erkennbaren Willen der Klägerin gerade nicht möglich sein sollte. Zweifel im Sinne von § 305 c Abs. 2 BGB, die zu Lasten der Klägerin gehen müssten und zu dem Ergebnis führen würden, dass das Recht zur freien Kündigung nicht ausgeschlossen ist, bestehen nicht (vgl. Landgericht Düsseldorf, Az. 22 S 282/09, Urteil vom 25.06.2010 und Az. 12/10, Urteil vom 27.08.2010).

bb)
Die so zu verstehende Regelung in § 2 Abs. 1 der AGB benachteiligt nach Auffassung der Kammer den Auftraggeber, auch wenn er Unternehmer ist, gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen, weil die Klausel bei längerfristigen Verträgen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 649 Satz 1 BGB nicht zu vereinbaren ist (vgl. BGH NJW 1999, 3261; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 166 m. w. N., auch zur Gegenansicht, jeweils zitiert nach juris).

Nach § 649 Satz 1 BGB hat der Auftraggeber jederzeit das Recht, einen Werkvertrag ohne Angabe von Gründen zu kündigen. Diese Regelung beruht darauf, dass der Unternehmer regelmäßig kein Interesse an der Durchführung des Vertrages als solches, sondern vielmehr lediglich an der Vergütung habe. Nur der Besteller ist

selbst an der Ausführung des Werkes interessiert und soll deshalb die Möglichkeit haben, sich vom Vertrag zu lösen, falls dieses Interesse wegfällt. Diese grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers ist sachgerecht und hat vor allem bei langfristig angelegten Werkverträgen ihre Berechtigung. Denn es können sich insbesondere bei diesen Vertragstypen nachträglich Umstände ergeben, welche die ursprüngliche Entscheidung des Auftraggebers, das Werk in Auftrag zu geben, in Frage stellen. Das Vergütungsinteresse des Unternehmers bleibt hingegen durch die Regelung des § 649 Satz 2 BGB ausreichend geschützt. Die der Gesetzesvorschrift zugrunde liegende Interessenabwägung ist angemessen; die Norm gehört zum Wesen des Werkvertragsrechts, für das der Grundsatz „pacta sunt servada" in dieser Hinsicht nicht uneingeschränkt gelten soll (vgl. OLG Düsseldorf, aaO).

Die gesetzliche Regelung erscheint insbesondere auch im Hinblick auf den streitgegenständlichen, längerfristig angelegten Internet-System-Vertrag sachgerecht. Es kann im Laufe der Mindestvertragsdauer von vier Jahren vielfältige, beachtliche sachliche Gründe dafür geben, die Internetpräsenz vorzeitig zu beenden, die ihren Ursprung nicht in einem Verhalten der Klägerin haben, das zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt. In Betracht kommt etwa eine Beendigung der gewerblichen oder unternehmerischen Tätigkeit. Oder es stellt sich im Laufe der Zeit heraus, dass trotz eines mangelfreien Werkes der Klägerin nur wenige Kunden des Auftraggebers die Website besuchen und sich ihr Weiterbetrieb deshalb oder aus anderen unternehmerischen Gründen nicht sinnvoll herausstellt. Es wäre nicht sachgerecht, dem Auftraggeber die Lösung vom Vertrag nur zu gestatten, wenn er Gründe vorbringen und beweisen könnte, die ein Festhalten am Vertrag für ihn objektiv unzumutbar erscheinen ließen.

In Anbetracht der von der Klägerin selbst angeführten großen Anzahl ihrer Kunden von mehr als 14.000 hat sie auch nicht etwa deshalb ein berechtigtes Interesse an der vollständigen Durchführung des Vertrages mit dem einzelnen Auftraggeber, weil die erstellte Website die Qualität ihrer Tätigkeit ausweise, deshalb Werbung für sie darstelle und die Möglichkeit beinhalte, weitere Kunden – insbesondere Großkunden – zu gewinnen und noch mehr wirtschaftlichen Erfolg zu haben. Die Bedeutung des einzelnen Auftraggebers für den angestrebten höheren Marktanteil und die Gewinnung von Großkunden ist vielmehr gering, weshalb dieser Gesichtspunkt kein be-

sonderes Interesse an der Durchführung des konkreten Vertrages mit der Beklagten begründet.

Dasselbe gilt, soweit die Klägerin anführt, dass ihr Personalbestand an Webdesignern in Frage gestellt werde, wenn die freie Kündigung der Internet-System-Verträge zulässig wäre. Ferner handelt es sich dabei um eine bloße Vermutung, die zudem voraussetzt, dass zahlreiche Auftraggeber das freie Kündigungsrecht nutzen. Dazu trägt die Klägerin indes nichts vor. Abgesehen davon berücksichtigt sie nicht, dass ihr die vereinbarte Vergütung nach Maßgabe des § 649 S. 2 BGB erhalten bleibt und sie frei werdende Kapazitäten gegebenenfalls anderweitig nutzen kann. Aus den gleichen Gründen überzeugt das Argument, ihre Refinanzierung werde durch die Zulassung der freien Kündigung in Frage gestellt, ebenfalls nicht (Landgericht Düsseldorf, 22. Zivilkammer, aaO). Es handelt sich dabei ohnehin um einen außerhalb der vertraglichen Beziehung mit der Beklagten stehenden Umstand, der kein besonderes Interesse an der Durchführung dieses Internet-System-Vertrages rechtfertigt. Dass eine freie Kündigung sich wirtschaftlich für die Klägerin zum Nachteil auswirken kann, ist kein Grund, die Rechte der Beklagten einzuschränken, zumal dies für jeden Unternehmer gilt. Der Abschluss von Factoringverträgen ist eine unternehmerische Entscheidung der Klägerin, für die sie allein das Risiko trägt.

Wenn sich ihre Investitionskosten frühestens nach 28 Nettomonatsbeträgen auszahlen, so ist dies ein Aspekt, dem im Rahmen des § 649 S. 2 BGB vollständig Rechnung getragen wird und der deshalb einen Ausschluss des Kündigungsrechts ebenfalls nicht rechtfertigt. Der Unternehmer erhält nach einer freien Kündigung durch den Besteller die Vergütung für sämtliche erbrachten und nicht erbrachten Leistungen, es werden lediglich infolge der Vertragsbeendigung ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb angerechnet.

d)

Eine Vorleistungspflicht der Beklagten besteht nach Kündigung nicht mehr.

Wird ein Werkvertrag vorzeitig gekündigt, so entfällt die Verpflichtung des Bestellers zur Leistung von Abschlagszahlungen, weil der Unternehmer seine Gesamtvergütung abschließend berechnen und geltend machen kann (vgl. Palandt/Sprau, aaO, §

632a Rn. 12). Ebenso ist es hier nach ordentlicher Kündigung des Internet-System-Vertrages wegen der Regelung des § 649 S. 2 BGB.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 BGB) steht einer freien Kündigung nach § 649 S. 1 BGB nicht entgegen. Beim Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB ist das deswegen anders, weil es eine vertragliche Pflichtverletzung des Schuldners erfordert, was wiederum voraussetzt, dass der Anspruch durchsetzbar ist. Das ist mit der Situation des § 649 S. 1 BGB nicht vergleichbar, weil das Recht zur freien Kündigung überhaupt nicht an eine Pflichtverletzung anknüpft.

e)
Die Klägerin hat einen Vergütungsanspruch gemäß § 649 S. 2 BGB nicht substantiiert vorgetragen.

Dieser Anspruch besteht nur fort, soweit der Unternehmer infolge der Aufhebung des Vertrages keine Aufwendungen erspart und er nichts durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Zwar trifft den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast für entsprechende Abzüge. Der Unternehmer hat jedoch die erbrachten und die nicht erbrachten Leistungen voneinander abzugrenzen und getrennt abzurechnen. Bei letzteren sind ersparte Aufwendungen und anderweitiger Erwerb anzurechnen. Zu dieser Abrechnung einschließlich der Abzüge nach § 649 S. 2, 2. Hs. BGB bei den nicht erbrachten Leistungen hat er schlüssig und auf den konkreten Vertrag bezogen vorzutragen, und zwar – abhängig vom Informationsbedürfnis im Einzelfall – so ausführlich, dass dem Auftraggeber eine Überprüfung und Wahrung seiner Rechte möglich ist (vgl. Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., § 649 Rn. 4, 7, 8). Unterbleibt dies, so ist der gesamte Vergütungsanspruch nicht schlüssig. Die Klägerin hätte somit im vorliegenden Fall konkret zu ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb vortragen müssen.

Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie zu einer Abrechnung nicht verpflichtet sei, weil die Beklagte die Höhe der Vergütung aus § 649 S. 2 BGB nicht konkret bestritten habe. Den Unternehmer trifft vielmehr eine sekundäre Darlegungslast. Dies bedeutet, dass zunächst er eine Abrechnung der vereinbarten Ver-

gütung unter Abgrenzung von erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und Anrechnung ersparter Aufwendungen vorzunehmen hat. Erst dann ist es Sache des Auftraggebers, höhere Ersparnisse darzulegen und zu beweisen.

Nach alledem ist ein Vergütungsanspruch der Klägerin nicht feststellbar, und zwar auch nicht teilweise. Es besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, den Werklohn durch Schätzung gemäß § 287 ZPO zu ermitteln. Dazu bedarf es indes einer ausreichenden Tatsachengrundlage (vgl. Palandt/Sprau, aaO, § 649 Rn. 6), an der es hier fehlt. Die Klägerin hat lediglich vorgetragen, die Beklagte habe den vereinbarten Webtermin abgesagt und trotz Aufforderung weder Material eingereicht noch einen neuen Webtermin vereinbart. Die Erstellung der Internetseite sollte nach der vertraglichen Vereinbarung indes ohnehin kostenlos erfolgen, weshalb diese Leistung im Rahmen des § 649 S. 2 BGB nicht zu berücksichtigen ist, mithin keine Vergütung rechtfertigt. Ob die Durchführung eines Webtermins überhaupt im Rahmen ihrer Kalkulation berücksichtigt wird und, falls ja, welchen Wert diese Leistung im Verhältnis zum Gesamtwert des Internet-System-Vertrages hat, geht aus dem Vorbringen der Klägerin nicht einmal ansatzweise hervor. Infolgedessen sieht sich die Kammer außerstande, ein Mindestentgelt zu schätzen.

Auch § 649 S. 3 BGB verhilft der Klage nicht teilweise zum Erfolg. Denn diese Vorschrift ändert nichts an der sekundären Darlegungslast des Unternehmers. Die Vermutungswirkung des § 649 S. 3 BGB greift vielmehr erst, nachdem der Unternehmer schlüssig zur Abrechnung vorgetragen hat. Das folgt zunächst aus ihrem Wortlaut, demzufolge vermutet wird, dass „danach" dem Unternehmer 5 % zustehen. Mit diesem Wort knüpft Satz 3 unmittelbar an § 649 S. 2 BGB an, aus dem die Verpflichtung des Unternehmers zur Abrechnung folgt. Damit wird zeitlich und methodisch festgelegt, dass die Vermutung in S. 3 erst nach schlüssiger Darlegung der Kalkulation Anwendung findet. Für diese Auslegung spricht, dass der Besteller andernfalls regelmäßig praktisch nicht in der Lage wäre, die Abrechnung substantiiert in Abrede zu stellen, weil es sich um Umstände aus der Sphäre des Unternehmers handelt, in welche der Besteller häufig keinen Einblick hat. § 649 S. 3 BGB ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers als widerlegliche Vermutung ausgestaltet, weshalb es vor dem geschilderten Hintergrund dem Sinn und Zweck der Vorschrift entgegenstehen würde, wenn der Unternehmer den „Sockelbetrag" von 5 % auch ohne jede Darle-

gung zur Abrechnung verlangen könnte. Da die Klägerin zur Abrechnung nichts vorgetragen hat, findet § 649 S. 3 BGB im vorliegenden Fall keine Anwendung.

2.

Bei dieser Sachlage ist die Klage nicht nur als im Urkundenprozess unstatthaft (§ 597 Abs. 2), sondern gemäß § 597 Abs. 1 ZPO insgesamt abzuweisen.

Die Klage ist unabhängig von der gewählten Prozessart Urkundenprozess unbegründet, wenn sie nicht schlüssig begründet worden ist (vgl. Zöller/Greger, Kommentar zur ZPO, 28. Aufl., § 597 Rn. 1a). So ist es hier, da sich nach der wirksamen Kündigung der Beklagten ein etwaiger Vergütungsanspruch der Klägerin nicht aus § 631 Abs. 1 BGB, sondern aus § 649 S. 2 BGB ergibt. Dieser Anspruch ergibt sich im Übrigen aufgrund der sekundären Darlegungslast der Klägerin im Rahmen der vorzunehmenden Abrechnung nicht aus der Vertragsurkunde.

3.

Zinsen und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten kann die Klägerin mangels Hauptforderung ebenfalls nicht beanspruchen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

Die Revision wird zugelassen. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 1. Alt. ZPO. Die Frage, ob das Recht zur freien Kündigung nach § 649 BGB bei einem Internet-System-Vertrag formularmäßig in AGB ausgeschlossen

werden kann, ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden worden und hat Bedeutung für die Rechtspraxis, weil zu erwarten ist, dass sie sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellt.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 3.092,81 Euro (§§ 47 Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO).

Vorsitzender Richter am Landgericht | Richter am Landgericht | Richter