Landgericht Hildesheim
7 S 92/10
13 C 53/09 Amtsgericht Gifhorn

Verkündet am:
27.05.2011
, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Urkundenprozess

Euroweb Internet GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer ,

Klägerin und Berufungsklägerin,

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

gegen

Thorsten Romaker, Essenroder Straße 3, 38527 Meine,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Appelhagen und Partner, Theodor-Heuss-Strasse 5 A, 38122 Braunschweig,
Geschäftszeichen:

hat die Zivilkammer 7 des Landgerichts Hildesheim durch den Vizepräsidenten des Landgerichts Bever, die Richterin am Landgericht Göttsch und die Richterin Dr. Pape im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 ZPO mit einer Erklärungsfrist bis zum 06.05.2011 am 27.05.2011

für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 19.04.2010 verkündete Urteil des Amtsgerichts Gifhorn wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gebührenstreitwert der Berufung: 1.785,00 €

Gründe:

I.

Gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass Amtsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass der Beklagte den Vertrag wirksam nach § 649 BGB gekündigt habe. Das Amtsgericht verkenne, dass § 649 BGB durch § 314 BGB bzw. § 2 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Internet-System-Vertrag verdrängt sei. Darüber hinaus liege keine Erklärung des Beklagten vor, die als Kündigung nach § 649 BGB verstanden werden könne. Aus der Kündigung vom 19.10.2010 ergebe sich nicht, ob diese nach § 314 BGB oder nach § 649 BGB erfolgt sei. Der Beklagte habe jedoch während des erstinstanzlichen Verfahrens klargestellt, dass es sich um eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gehandelt habe. Dies ergebe sich auch aus der zuvor durch die E-Mail vom 11.10.2007 erklärten fristlosen Kündigung und daraus, dass der Beklagte den Vergütungsanspruch der Klägerin nicht anerkenne. Auch habe der Beklagte die in § 2 Abs. 1 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Schriftform nicht eingehalten, so dass die am 11.10.2007 und am 19.10.2007 erklärten Kündigungen nichtig seien. Zudem wäre auch bei Anwendung des § 649 BGB ihr Anspruch begründet, ohne dass sie sich nach § 649 Satz 2 BGB etwaige ersparte Aufwendungen hätte anrechnen lassen müssen, da die grundsätzlich bestehende sekundäre Darlegungslast mangels substantiierten Vortrags des Beklagten nicht ausgelöst worden sei. Unter Darlegung der von ihr kalkulierten Gesamtkosten behauptet die Klägerin, sie habe aufgrund der vorzeitigen Kündigung des Beklagten Kosten in Höhe von 2.608,75 € netto erspart, so dass sie noch einen Vergütungsanspruch in Höhe von 2.487,40 € habe.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt und beantragt,

> unter Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts Gifhorn vom 19.04.2010, AZ 13 C 53/09 (XII), den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 1.977,90 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus ei-

nem Betrag in Höhe von 1.785,00 € seit dem 12.10.2008 sowie aus einem Betrag in Höhe von 192,90 € seit dem 13.11.2008 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

II.

Die Berufung der Klägerin ist form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden. In der Sache hat das Rechtsmittel aber keinen Erfolg.

1.
Die in der Berufungsinstanz erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess ist unzulässig mit der Folge, dass der Rechtsstreit als Urkundenprozess anhängig bleibt.

Zwar ist auch nach neuem Berufungsrecht das Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren wie eine Klageänderung zu behandeln und daher nicht grundsätzlich unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 13.04.2011, XII ZR 110/09, Rn. 24, zitiert nach juris), die Klägerin hat aber die Erklärung nicht auf Tatsachen gestützt, welche die Kammer seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 zugrunde zu legen hat.

a)
Es kann dahinstehen, ob der Beklagte in die Abstandnahme vom Urkundenprozess eingewilligt hat oder die Kammer diese für sachdienlich hält. Eine Einwilligung des Beklagten könnte in der rügelosen Einlassung des Beklagten mit Schriftsatz vom 18.04.2011 auf das Vorbringen des Beklagten mit Schriftsatz vom 05.04.2011, mit dem er die Abstandnahme vom Urkundenprozess erklärt hat, gesehen werden. Wegen der Verweisung des § 525 ZPO auch auf § 267 ZPO kann die Einwilligung des Gegners stillschweigend erteilt werden, indem er sich rügelos einlässt (BGH, Urteil vom

06.12.2004, II ZR 394/02, Rn. 10, zitiert nach juris). Eine Einlassung ist die sachliche Erwiderung auf das neue Vorbringen, wobei im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO die schriftliche Einlassung genügt (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 267 Rn. 2).

b)

Nach § 533 Nr. 2 ZPO ist neben der Einwilligung oder der Sachdienlichkeit für die Zulässigkeit weitere Voraussetzung, dass die Abstandnahme auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, weil die Abstandnahme vom Urkundenprozess wie eine Klageänderung zu behandeln ist (offen gelassen vom BGH, a.a.O., Rn.34).

Der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte und vom Beklagten bestrittene Vortrag zu den ersparten Aufwendungen für die aufgrund der Kündigung des Beklagten vom 19.10.2007 nicht erbrachten Leistungen der Klägerin ist dieser Entscheidung nicht nach §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO zugrunde zu legen.

Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die von dem Eingangsgericht festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Zweifelhaft können die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts auch durch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel werden, soweit sie in der Berufungsinstanz gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 531 Abs. 2 ZPO zu berücksichtigen sind, weil ihre Geltendmachung in erster Instanz wegen eines von dem Gericht zu vertretenden Umstands nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO oder sonst ohne Verschulden der Partei nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO unterblieben ist. § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO betrifft insbesondere den Fall, dass nach § 139 ZPO gebotene Hinweise des Eingangsgerichts unterblieben sind, die zu entsprechendem Vorbringen in erster Instanz Anlass gegeben hätten. Der Beklagte hat jedoch bereits erstinstanzlich unter Zitierung von Rechtsprechung und Literatur mehrfach darauf hingewiesen, dass der Anspruch der Klägerin unschlüssig sei, weil diese die ihr aufgrund der Kündigung ersparten Aufwendungen nicht dargelegt hat, so dass ein Hinweis des Gerichts entbehr-

lich gewesen ist, weil die Klägerin von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung bezüglich des nicht schlüssigen Vortrages erhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2007, IX ZR 207/05, Rn.2, zitiert nach juris). Ausweislich der insoweit nicht angefochtenen Feststellungen des Urteils hat darüber hinaus aber auch das Amtsgericht die Klägerin darauf hingewiesen, dass von ihr Vortrag zu den ersparten Aufwendungen erforderlich gewesen wäre. Die Klägerin hat dennoch zu den ersparten Aufwendungen erstinstanzlich nicht vorgetragen, obgleich ihr die Entscheidungserheblichkeit aufgrund der Hinweise bekannt war. Wurden Angriffs- und Verteidigungsmittel in erster Instanz nicht vorgebracht, obwohl der Partei die Umstände und deren Bedeutung für den Ausgang des Rechtsstreits bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt waren oder bekannt sein müssen, beruht die unterlassene Geltungmachung auf Nachlässigkeit (BGH, Urteil vom 19.03.2004, V ZR 104/03, Rn.20, zitiert nach juris).

2.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung aus § 631 Abs. 1 oder § 649 Abs. 1 Satz 2 BGB.

a)

Der Beklagte hat den am 11.10.2007 zwischen den Parteien geschlossenen Internet-System-Vertrag jedenfalls mit Schreiben vom 19.10.2007 gemäß § 649 S. 1 BGB wirksam gekündigt.

aa)

Ein Ausschluss des freien Kündigungsrechts des Beklagten ergibt sich weder aus der Natur des rechtlich als Werkvertrag einzuordnenden Internet-System-Vertrags noch aus den von den Parteien im Einzelnen getroffenen vertraglichen Abreden. Der Besteller ist zur Kündigung des Werkvertrages nach § 649 Satz 1 BGB unabhängig davon berechtigt, welcher Art die versprochener Werkleistungen sind und innerhalb welchen Zeitraums der Unternehmer diese Leistungen zu erbringen hat (BGH, Urteil vom 27.01.2011, VII ZR 133/10, Rn. 9-11, zitiert nach juris). Zwar soll durch die Mindestvertragslaufzeit von 36 Monaten sichergestellt werden, dass sich die insbesondere zu Beginn der Vertragslaufzeit für die Verwirklichung des Werkerfolges anfallenden Aufwendungen der Klägerin amortisieren, dieses Vergütungsinteresse wird durch eine freie

Kündigung des Vertrages nach § 649 Satz 1 BGB vor Ablauf der Vertragsdauer jedoch nicht beeinträchtigt. Auch dann erhält die Klägerin gemäß § 649 Satz 2 BGB die für die Vertragsdauer vereinbarte Vergütung, von der sie sich, abgesehen von anderweitigem Erwerb, nur diejenigen Aufwendungen abziehen lassen muss, die sie infolge der Kündigung erspart hat (BGH, a.a.O., Rn. 14, zitiert nach juris).

bb)

Die Parteien haben das Kündigungsrecht nach § 649 Satz 1 BGB auch nicht vertraglich abbedungen. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung zu einem ebenfalls von der Klägerin verwandten Internet-System-Vertrag ausgeführt, dass dahingehende ausdrückliche Abreden der Vertrag nicht enthalte. Sie ergäben sich auch nicht durch Auslegung der Klausel in § 2 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin in Verbindung mit der Regelung zur Vertragslaufzeit von 36 Monaten. Diese Vertragsgestaltung sei darauf gerichtet, eine etwa für möglich gehaltene, fristgebundene ordentliche Kündigung zu verhindern, um das Interesse der Klägerin an der Erfüllung des Vertrages zu sichern. Dieses Interesse bestehe darin, ihr den Vergütungsanspruch für die gesamte Vertragslaufzeit zu erhalten, damit sich ihre Aufwendungen für die Durchführung des Vertrages amortisieren. Eine freie Kündigung gemäß § 649 Satz 1 BGB lasse dieses Interesse unberührt. Dem Unternehmer stehe nach § 649 Satz 2 BGB die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs zu. Er werde wirtschaftlich dadurch so gestellt, als wäre der Vertrag erfüllt. Es sei deshalb nach objektivem Verständnis kein Grund erkennbar, warum der Unternehmer mit der von ihm gewählten Vertragsgestaltung das freie Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 Satz 1 BGB hat ausschließen wollen. Vor diesem Hintergrund könne den Vereinbarungen der Parteien zur Laufzeit und Kündbarkeit des Vertrages ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 Satz 1 BGB nicht entnommen werden. Ob ein solcher Ausschluss formularmäßig wirksam hätte vereinbart werden können, brauche deshalb nicht entschieden zu werden (BGH, a.a.O., Rn. 16, zitiert nach juris).

cc)

Die Kündigung des Beklagten vom 19.10.2007 stellt eine Kündigung im Sinne des § 649 Satz 1 BGB dar.

Zwar kann aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen eine unwirksame außerordentliche Kündigung nur dann in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn nach der Sachlage anzunehmen ist, dass diese dem Willen des Erklärenden entspricht und dieser Wille in seiner Erklärung gegenüber ihrem Empfänger erkennbar zum Ausdruck gekommen ist (BGH, Urteil vom 26.07.2001, V ZR 162/99, Rn. 14, zitiert nach juris). Bei der Kündigung vom 19.10.2007 handelt es sich jedoch unter Berücksichtigung der zuvor mit E-Mail vom 11.10.2007 erklärten Kündigung des Beklagten entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht um eine außerordentliche Kündigung. Mit Schreiben vom 19.10.2007 bestätigt der Beklagte die Kündigung des Vertrages vom 11.10.2007 ohne Angabe von Kündigungsgründen. Auch in der E-Mail vom 11.10.2007 sind zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigende Kündigungsgründe nicht angegebenen. Der Beklagte hat mit dieser E-Mail lediglich die Kündigung des Vertrages mit sofortiger Wirkung erklärt. Der Beklagte hat damit zum Ausdruck gebracht, in jedem Fall den Vertrag auch ohne besondere Kündigungsgründe beenden zu wollen. So hat der Beklagte mit der Klageerwiderung vorgetragen, am Abend des Vertragsschlusses vom Vertrag Abstand nehmen gewollt zu haben, weil er nach Durchsicht der Vertragsformulare und nach Preisvergleichen festgestellt habe, dass es sich keinesfalls um einen niedrigen Sonderpreis gehandelt habe. Erst nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 03.12.2007 den Beklagten darauf hingewiesen hat, dass der zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag nur aus wichtigem Grund vorzeitig gekündigt werden könne, stützte der Beklagte erstmals mit Schreiben vom 20.12.2007 die Kündigung auch auf eine vorsätzliche Täuschung. Die spätere Geltungmachung von eine außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Gründen sowie wegen der erst zu einem späteren Zeitpunkt erklärten Anfechtung als auch wegen der infolge des erklärten Rücktritts nicht erfolgten Anerkennung einer Vergütung rechtfertigen nicht die Auslegung der zuvor am 11. bzw. 19.10.2007 erklärten Kündigung als eine nur unter bestimmten Voraussetzungen möglichen außerordentliche Kündigung.

dd)
Die Kündigung ist nicht wegen Formmangels nach § 125 BGB nichtig.

In § 2 Abs. 1 der zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist lediglich die Schriftform der Kündigung aus wichtigem Grund, jedoch nicht die Schriftform der Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB geregelt. Mit § 7 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen ist zudem zwischen den Parteien vereinbart worden, dass Änderung des Vertrages der Schriftform bedürfen, wobei zur Wahrung des Schriftformerfordernisses der Zugang per Telefax ausreicht. Dies entspricht der Regelung des § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB. Auch wenn die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht geregelte Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB der Schriftform nach § 7 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterfällt, ist diese durch Übersendung per Telefax eingehalten worden.

b)
Den trotz der Kündigung des Beklagten weiterhin nach § 649 Satz 2 BGB bestehenden Vergütungsanspruch hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt.

Wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, hätte die Klägerin als Unternehmerin vorzutragen und zu beziffern gehabt, welche ersparten Aufwendungen sie sich anrechnen lassen muss. Da der Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB von vornherein nur die um ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb verkürzte Vergütungsforderung ausmacht, gehört zu seiner Schlüssigkeit eine auf den Einzelfall bezogene Abrechnung. Diese muss die Klagforderung als Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung einerseits, ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb andererseits darstellen. Die ersparten Aufwendungen sind so mit Tatsachen zu belegen und zu beziffern, dass sich, auf den Einzelfall bezogen, ersparte Aufwendungen im Sinne des Gesetzes ergeben. Aus der besonderen Lage des Bestellers ergibt sich eine gesteigerte Darlegungslast des Unternehmers, da der Besteller die zur Beurteilung notwendigen Tatsachen nicht oder nicht zuverlässig kennen kann, weil es sich um Betriebsinterna des Unternehmers handelt, die in der Regel nur der Unternehmer zu beziffern und zu beschreiben in der Lage ist. Der Unternehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung jedenfalls so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (BGH, Urteil vom 14.01.1999, VII ZR 277/97, Rn. 13-14, zitiert nach juris). Eine im Vertrag getroffene Regelung über Ratenzahlungen muss insoweit nicht maßgebend sein für die Bemessung der erbrachten Teilleistungen (BGH, Urteil vom 20.01.2011, VII ZR 133/10, Rn. 18, zitiert nach juris).

Die Klägerin hat erstinstanzlich trotz der Hinweise auf ihre Darlegungslast nicht zu den ersparten Aufwendungen vorgetragen. Wie bereits unter II. 1. ausgeführt ist der nunmehr in der Berufungsinstanz erfolgte Vortrag hierzu nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 ZPO).

Bever Göttsch Dr. Pape