

I – 5 U 135/12  
6 O 368/10  
LG Düsseldorf



Verkündet am 05.12.2013  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL

In dem Rechtsstreit

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

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

g e g e n

Beklagten und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung  
vom 07.11.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Jenssen, die  
Richterin am Oberlandesgericht Bergmann-Streyll und den Richter am Landgericht  
Dr. Bremer

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24.08.2013 verkündete Urteil des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 7.104,81 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz in Höhe von 2.878,61 € seit dem 26.06.2009, aus weiteren 2.641,80 seit dem 27.05.2010 und aus weiteren 1.584,40 € seit dem 24.04.2012 zu zahlen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 18 % und der Beklagte zu 82 %.

Die Kosten der Berufung hat der Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Zwangsvollstreckung des jeweiligen Gegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

#### Gründe:

I.  
Die Klägerin macht einen Vergütungsanspruch gegen den Beklagten geltend, nachdem dieser den am 26.05.2009 geschlossenen Internet-System-Vertrag mit Schreiben vom 25.05.2010 fristlos gekündigt hatte. Der Beklagte ist Inhaber eines

betriebs. Wechselseitige Leistungen der Parteien wurden nicht erbracht. Zur Prozessgeschichte und zum weiteren Vorbringen der Parteien im ersten Rechtszug wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Durch das am 24.08.2012 verkündete Urteil hat der Einzelrichter der 6. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 643 € nebst Zinsen zu zahlen und hat im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Klägerin habe nur gemäß § 649 S. 3 BGB einen Vergütungsanspruch in Höhe von 444 € nebst der Abschlussgebühr in Höhe von 199 €. Ein weitergehender Anspruch bestehe nicht, weil die Klägerin ihre Kalkulation des gekündigten Vertrags nicht schlüssig vorgetragen habe. Es lasse sich nicht nachvollziehen, warum die Klägerin, die keine konkreten Leistungen gegenüber dem Beklagten erbracht habe, infolge der Kündigung lediglich 143,15 € bzw. weitere 1.451,36 € erspart habe. Dies vermöge der Umstand, dass die Internet-Präsenz von fest angestellten Mitarbeitern erstellt und betreut werde, nicht zu erklären.

Mit ihrer Berufung macht die Klägerin geltend, ihre Vergütungsberechnung sei schlüssig. Ihre vertraglich geschuldeten Leistungen erbringe sie zum überwiegenden Teil mit festangestellten Mitarbeitern. Die einzelvertragsabhängigen Kosten erschöpften sich in den ersparten Aufwendungen, die sie sich bereits habe anrechnen lassen. Es bestehe keine Notwendigkeit zur Offenlegung ihrer Kalkulation. Das Landgericht verkenne, dass die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs nicht die Schlüssigkeit der Abrechnung betreffe, sondern ihre inhaltliche Richtigkeit. Das Landgericht hätte sich nicht über ihren Vortrag, keinen anderweitigen Erwerb gehabt zu haben, hinweg setzen dürfen. Ihre weitere Klagerücknahme in Höhe von 139,68 € beruhe auf ersparten Aufwendungen für die Dienstleistungen der Euroweb OOD, die die Kundenwebseiten hoste. Die beklagte Partei sei zu dem vereinbarten Webtermin nicht anwesend und sei auch in der Folgezeit nicht bereit gewesen, einen neuen Termin zu vereinbaren.

Ihr Geschäftsbetrieb sei auf stetiges Wachstum ausgerichtet, so dass sie ständig in der Lage sei, weitere Aufträge anzunehmen und hierfür die Ressourcen vorzuhalten. Lediglich die Arbeitsbelastung der betroffenen Mitarbeiter sinke geringfügig bei Vertragskündigungen. Trotz ihrer Tätigkeit für Tochterunternehmen sei sie nicht vollausgelastet; die dortige Tätigkeit sei nicht ausschließlich infolge der Kündigung des Vertrags möglich. Die Webstyle GmbH sei seit 2008 am Markt; deren Produktpalette sei praktisch identisch mit der ihren. Die Webstyle GmbH verfüge über kein eigenes Personal. Die Webstyle GmbH habe seit Anfang des Jahres 2011 ihren aktiven Dienst eingestellt und betreue nur noch Bestandskunden. Bis zum 25.05.2010 habe die Euroweb Design

GmbH Webdesigner beschäftigt, die ausschließlich die Kunden der Webstyle GmbH sowie außerhalb dieses Bereichs konzerninterne Design- und Programmierungsarbeiten betreut hätten. Es seien dort im Jahr 2009 und 2010 43 Mitarbeiter tätig gewesen. Ab dem 06.04.2011 habe die Euroweb Design GmbH umfirmiert in web2walk GmbH. Diese Gesellschaft vertreibe mobile Webseiten. Die Webstyle Design GmbH habe zum 26.05.2010 das Personal der Euroweb Design GmbH übernommen. Seit dem Jahr 2011 sei sie zu 100 % an der Webstyle Design GmbH beteiligt. Deren Mitarbeiter würden verstärkt bei ihr eingesetzt. Die Webstyle Design GmbH habe im Jahr 2010 58, im Jahr 2011 56 und im Jahr 2012 52 Mitarbeiter beschäftigt. Auch die Webstyle Design GmbH sei in den Geschäftsjahren 2009 bis 2012 nicht voll ausgelastet gewesen.

Als Anlage K 5 legt die Klägerin ihre „Urkalkulation Euroweb Premium Stand 2009“ vor: Der zeitintensivste Faktor sei die Vertragsbearbeitung in der Erstellungsphase mit h. Für die 3 vertraglich zugesicherten Aktualisierungen pro Vertragsjahr sei pro Aktualisierung ein Zeitaufwand von h.zu kalkulieren.

- Geschäftsjahr 2009: Webseiten seien aktualisiert worden.
- Geschäftsjahr 2010: Sie habe mit Verträgen kalkuliert; 147 festangestellte Mitarbeiter, davon Freelancer seien beschäftigt worden. Das Arbeitskontingent der festangestellten Mitarbeiter habe Arbeitsstunden betragen. Dieser Aufwand sei für die Abwicklung von Neuaufträgen kalkuliert. Tatsächlich seien nur Verträge geschlossen worden, wovon storniert worden seien. Aktualisierungen von Webseiten seien durchgeführt worden. Internetpräsenzen seien für Kunden der Euroweb Internet AG Schweiz erstellt worden. Der Aufwand entspreche dem vorgetragenen Kalkulationsmodell. Ihre Mitarbeiter seien auch für Kunden der Webstyle GmbH im kaufmännischen Bereich und im Support tätig (bei Internetpräsenzen zu je h betrage der Aufwand h).
- Geschäftsjahr 2011: Aufgrund des Beherrschungsvertrags trage sie die Personalkosten der Webstyle Design GmbH. 56 Mitarbeiter seien Ihrer Kapazität hinzuzurechnen. Verträge seien kalkuliert worden; 150 Mitarbeiter seien festangestellt gewesen; Freelancer seien beschäftigt worden. Das Arbeitszeitkontingent habe 2011 für die festangestellten Mitarbeiter Stunden für die Abwicklung von Neuaufträgen betragen. Von abgeschlossenen Verträgen

seien Verträge storniert worden. . . . . Stunden seien für die Aktualisierung von Webseiten aufgewandt worden. I Internetpräsenzen seien für Kunden der Euroweb Internet GmbH Österreich erstellt worden. Ihre Mitarbeiter seien auch für Kunden der Webstyle GmbH im kaufmännischen Bereich und im Support tätig gewesen (bei Internetpräsenzen zu je h betrage der Aufwand h).

- Geschäftsjahr 2012: Mit dem Abschluss von Verträgen sei kalkuliert worden. 142 Mitarbeiter seien fest angestellt gewesen, nebst Freelancern, die aber nicht an der Abwicklung der Verträge beteiligt gewesen seien. Tatsächlich seien Verträge abgeschlossen worden, von denen storniert worden seien. h für Aktualisierungen seien angefallen. Internetpräsenzen seien für die Euroweb Internet GmbH Österreich erstellt worden. Diese habe ihr eigenes Webdepartment geschlossen und habe keine Webdesigner mehr beschäftigt. Darüber hinaus seien ihre Mitarbeiter für Kunden der Webstyle GmbH im kaufmännischen Bereich und im Support tätig geworden.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 14.08.2012 die beklagte Partei zu verurteilen an sie 7.104,81 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt sein erstinstanzliches Vorbringen vertiefend vor, die Klägerin sei zu dem vereinbarten Webtermin am 25.06.2009 nicht erschienen, obwohl er in seinem Büro vergeblich gewartet habe. Er sei berechtigt gewesen, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, weil die Klägerin nie vorgehabt habe, eine Leistung zu erbringen. Im Hinblick auf die Abrechnung eines frei gekündigten Vertrags habe die Klägerin versäumt vorzutragen, wie frei werdendes Personal anderweitig eingesetzt werden könne. Auch habe die Klägerin nicht mitteilen können, wie viele Mitarbeiter für die Bearbeitung des Vertrags vorgehalten würden. In dem Geschäftsbericht

vom 13.07.2012 seien es 147 Angestellte und in der Klagebegründung vom 05.05.2010 angeblich 300 Mitarbeiter. Für einen substantiierten Vortrag hätte die Klägerin den jeweiligen Mitarbeiter nennen müssen, der infolge der Kündigung nicht habe seiner Arbeit nachgehen können. Sie hätte konkret vortragen müssen, wie sich die Kündigung auf den Arbeits- und Tätigkeitsbereich ausgewirkt habe und warum dieses Weniger an Stunden nicht durch andere Tätigkeiten habe anderweitig aufgefangen werden können.

Eine abstrakte Darstellung des durchschnittlich anfallenden Vertragsvolumens durch die Klägerin sei nicht ausreichend. Eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Kalkulation fehle. Das Fehlen von Füllaufträgen werde bestritten. Die Klägerin habe nach der Kündigung dieses Auftrags neue „Premium“ Aufträge geriert. Die aufgewandten Arbeitsstunden für die Vertragsabwicklung seien künstlich aufgebläht. Die Klägerin habe noch unter dem 30.03.2012 vorgetragen; dass in dieser Stundenzahl auch die Kosten für das Hosten der Domain enthalten sein. Nunmehr werde dieser Aufwand bei der Kalkulation der h nicht mehr berücksichtigt. Der Zeitaufwand für die von der Klägerin kalkulierten Arbeitsschritte für die Vertragsdurchführung sei zu hoch bemessen worden. Wenn überhaupt seien 5 bis 6 Stunden an Zeitaufwand realistisch.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die dort zu den Akten gereichten Schriftsätze und Urkunden verwiesen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Vergütungsanspruch gemäß § 649 S. 2 BGB zu, nachdem der Beklagte am 25.05.2010 den Vertrag gekündigt hat. Der Beklagte hat weder konkret dargelegt noch bewiesen, dass die Klägerin höhere ersparte Aufwendungen und/oder die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs hatte.

1.

Die Parteien haben am 26.05.2009 einen wirksamen Internet-System-Vertrag geschlossen, der als Werkvertrag einzuordnen ist (vgl. BGH NJW 2010, 1449). Die Leistungen der Klägerin dienen überwiegend dazu, die Abrufbarkeit einer von ihr für den Auftrag-

geber erstellten und betreuten Webseite im Internet zu gewährleisten und damit einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.

Dieser Vertrag ist nicht durch die von dem Beklagten am 25.05.2010 erklärte Kündigung fristlos beendet worden. Grundsätzlich kann jeder Werkvertrag vom Auftraggeber aus wichtigem Grund gekündigt werden. Dies wird aus dem Rechtsgedanken des § 242 BGB i.V.m. § 649 BGB sowie § 643 BGB gefolgert (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage, Rdn. 1752 m. w. Nachw.). Dies sieht auch § 2 Abs. 1 der AGB des Vertrags vor. Eine fristlose Kündigung ist aber nur dann berechtigt, wenn das Vertrauensverhältnis schuldhaft verletzt worden ist, so dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist (vgl. BGH BauR 2004, 1613, 1615). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dass der Termin zur Erstellung der Website am 25.06.2009 nicht durchgeführt worden ist, berechtigt die Klägerin nicht zur außerordentlichen Kündigung. Die Klägerin bestreitet die Behauptung des Beklagten, ihr Mitarbeiter sei zu dem Termin nicht erschienen. Da der Beklagte für seine Behauptung keinen Beweis angetreten hat, obwohl er für das Vorhandensein eines wichtigen Grundes beweispflichtig ist, ist er beweisfällig geblieben. Allein das Versäumen eines Termins berechtigt nicht zwingend zur Kündigung aus wichtigem Grund, wenn keine Gelegenheit zur Nachholung gewährt worden ist. Unstreitig hat die Klägerin sich gemäß ihren Schreiben vom 03.07.2009 und 15.07.2009 um eine Terminvereinbarung für den Webdesigner bemüht, auf die der Beklagte nicht eingegangen ist. Der Beklagte hat seinerseits weder eigene Terminvorschläge gemacht noch die benötigten Unterlagen für die Gestaltung der Website der Klägerin überlassen.

Dass die Klägerin nachfolgend bis zu der von dem Beklagten erklärten Kündigung untätig geblieben ist, begründet die fristlose Kündigung nicht. Denn der Beklagte ist seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen. Ohne die Bereitschaft des Beklagten mit der Klägerin Kontakt aufzunehmen und diese über sein Unternehmen zu informieren, konnte die Klägerin keine Website entwerfen. Trotz des Angebots der Klägerin hat der Beklagte weder in einen Webtermin eingewilligt noch der Klägerin Informationen über sein Unternehmen zur Verfügung gestellt.

2.

Da der Beklagte das Vertragsverhältnis mit der Klägerin beenden wollte, ist die Kündigung des Beklagten als freie Kündigung gemäß § 649 S. 1 BGB zu bewerten. Daher steht der Klägerin gemäß § 631 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen und gemäß § 649 S. 2 BGB ein Anspruch auf Vergütung der nichterbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs zu. Die freie Kündigung ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass nach dem Text der Vereinbarung während der vertraglichen Laufzeit von 48 Monaten nur eine Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird Bezug genommen auf die Entscheidungen des BGH vom 27.01.2011 (NJW 2011, 915 ff) und 24.03.2011 (WM 2011, 1716 ff).

Nach der Kündigung kann die Klägerin gemäß § 649 S. 2 BGB grundsätzlich die Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen. Diese ergibt sich in Ermangelung feststellbaren anderweitigen Erwerbs aus der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und den kündigungsbedingt für nicht erbrachte Leistungen ersparten Aufwendungen. Erspart sind solche Aufwendungen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Nichtausführung des konkreten Vertrages abzustellen. Maßgebend sind die Aufwendungen, die sich auf der Grundlage der vertraglichen Abreden der Parteien unter Berücksichtigung der Kalkulation des Unternehmers ergeben. Dementsprechend muss der Unternehmer zur Begründung seines Anspruchs aus § 649 S. 2 BGB grundsätzlich vortragen, welcher Anteil der vertraglichen Vergütung auf die erbrachten und nicht erbrachten Leistungen entfällt und darüber hinaus vertragsbezogen darlegen, welche Kosten er hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen erspart hat. Erst wenn er eine diesen Anforderungen genügende Abrechnung vorgelegt hat, ist es Sache des Auftraggebers darzulegen und zu beweisen, dass der Unternehmer höhere Ersparnisse erzielt hat, als er sich anrechnen lassen will. Der Unternehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (BGH, Urt. v. 24.03.2011, VII ZR 164/10; MDR 2011, 648 f).

Wie der Senat nach eingehender Erörterung in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2013 dargelegt hat, genügt die Abrechnung der Klägerin diesen Anforderungen:

a.

Unschädlich ist, dass die Klägerin in ihrer Abrechnung nicht zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen differenziert hat. Eine solche Abrechnung ist jedenfalls dann zulässig, wenn nur ein kleiner Teil der geschuldeten Leistung erbracht worden ist (vgl. BGH BauR 2005, 385; Werner/Pastor, a.a.O., Rdn. 1558). Mit Ausnahme der vergeblichen Fahrt zu dem Beklagten am 25.06.2009 zur Gestaltung der Webseite sind hier keine Leistungen von Seiten der Klägerin erbracht worden. Es ist unerheblich, dass die Klägerin in ihren Berechnungen eine Vergütung für diesen Besuch nicht berücksichtigt. Denn bei diesem Termin ist keine maßgebliche Werkleistung für den Beklagten von der Klägerin erbracht worden ist. Unstreitig sind keine verwertbaren Informationen für die Gestaltung einer Website erzielt worden. Keine Partei hat dargetan, dass es überhaupt zu einem für den Internetauftritt des Beklagten nutzbringenden Austausch von Informationen gekommen ist. Eine Werkleistung der Klägerin ist nicht erkennbar. Die Klägerin ist daher im Rahmen der Abrechnung berechtigt, die gesamte Leistung als nicht erbracht zugrunde zu legen.

b.

Es obliegt der Klägerin vertragsbezogene Angaben zu ihren kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen zu machen. Sie schuldet aber entgegen der Ansicht des Beklagten keine pauschale Offenlegung ihrer Kalkulation. Allerdings müssen ihre Angaben so konkret sein, dass es dem Beklagten möglich ist, seinerseits vorzutragen, dass und in welcher Höhe die Klägerin tatsächlich Ersparnisse erzielt hat (vgl. BGH MDR 2011, 648). Entscheidend ist das Informationsbedürfnis des Beklagten für seine Verteidigung (vgl. Palandt-Sprau., BGB, 72. Auflage, § 649 Rdn. 11). Da der Geschäftsbetrieb der Klägerin darauf ausgerichtet ist, eine Vielzahl von Verträgen ähnlichen Inhalts zu schließen, ist es nicht gerechtfertigt, eine Abrechnung zu verlangen, die sich speziell auf die gegenüber dem Beklagten geschuldete Leistung bezieht. Da die Klägerin die individuellen Belange und Bedürfnisse des Kunden nicht im Voraus kennt, kann sie nur eine durchschnittliche Kalkulation für jeden Vertrag erstellen. Dem ist sie gerecht geworden.

Die Klägerin hat einheitlich und konsequent abgerechnet. Sie hat den kalkulierten Verlauf des Vertragsverhältnisses skizziert und die voraussichtlich ersparten Aufwendungen dargelegt. Sie lässt sich folgende Ersparnisse anrechnen:

- Fahrtkosten für den Medienberater und das Videoteam: 96 €
- Portokosten: 6,55 €
- Kosten für Büromaterial: 30 €
- Registrierungskosten für die Internet-Domain: 10,60 €
- für den ersparten Einsatz freier Mitarbeiter: 101,36 €
- ersparte Kosten für die Fremdproduktion von Unternehmensvideos: 1.350 €
- Hostingkosten der Euroweb OOD Bulgarien: 139,68 €.

Insgesamt behauptet sie nun ersparte Aufwendungen in Höhe von 1.734,19 €.

Eine Besonderheit des Internet-System-Vertrags liegt darin, dass im Wesentlichen eine kreative geistige Leistung (das Erstellen und die Pflege einer Website) geschuldet ist. Der hierzu benötigte Material- und Betriebsstoffaufwand ist dagegen verschwindend gering. Daher begründen die Personalkosten den maßgeblichen Kostenfaktor, der auch für die Höhe der ersparten Aufwendungen entscheidend ist. Die Einwände des Landgerichts gegen das Vorbringen der Klägerin zu der fehlenden Ersparnis bei den Personalkosten sind nicht begründet. Die allgemeine Erwägung, bei einem Wegfall von Verträgen seien auch die festangestellten Mitarbeiter anderweitig einsetzbar, führt nicht zu einer Verringerung der Personalkosten. Denn die Personalkosten für die festangestellten Mitarbeiter sind unabhängig von der konkreten Anzahl der bearbeiteten Verträge. Grundsätzlich liegt eine Ersparnis nur dann vor, wenn diese Personalkosten infolge der Kündigung nicht mehr anfallen. Das kann z.B. der Fall sein, wenn das Personal infolge der Kündigung nicht mehr eingestellt werden muss oder nicht mehr beschäftigt wird.

Dagegen ist es grundsätzlich keine Frage der ersparten Aufwendungen, wenn das Personal weiter beschäftigt und für andere Aufträge eingesetzt wird (BGH IBR 2000, 126). Insoweit ist der Unternehmer gehalten, den durch den Einsatz des Personals erzielten anderweitigen Erwerb in Ansatz zu bringen.

Nach den Hinweisen des Senats hat die Klägerin nunmehr zur fehlenden Möglichkeit anderweitigen Erwerbs ausreichend vorgetragen. Der Beklagte trägt zwar die Darle-

gungs- und Beweislast für höhere Ersparnisse und die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs. Indes hat die Klägerin das Informationsbedürfnis für seine Verteidigung zu stillen. Der Beklagte hat ein konkretes Informationsbedürfnis insoweit formuliert, als er in der Berufungserwiderung angefragt hat, wie viele festangestellte Mitarbeiter die Klägerin im Vertragszeitraum beschäftigt und in welchem Umfang diese bei Vertragskündigungen untätig waren und nicht mit anderen Aufgaben betraut werden konnten. Nur dann, wenn der Beklagte Informationen besitzt zum Umfang der Mitarbeiterzahl im Vertragszeitraum, des für diese kalkulierten Arbeitszeitkontingents, des Umfangs der kalkulierten Arbeitsstunden pro Vertrag und des Umfangs der gekündigten Verträge, hat er die nötigen Kenntnisse, um ggf. aufzeigen zu können, dass nicht nachvollziehbar große Arbeitszeitreserven entstanden sind, die infolge der Kündigungen brach liegen. Ist hingegen die Mitarbeiterzahl so knapp kalkuliert, dass nur die tatsächlich abgewickelten Verträge bearbeitet werden können, würde jede Kündigung die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs eröffnen.

Die Klägerin hat nun ihrer sekundären Darlegungslast und dem Informationsbedürfnis des Beklagten genügt, in dem sie dargelegt hat, wie viele Internet-System-Verträge sie pro Jahr kalkuliert, wie hoch der kalkulierte Zeitaufwand pro Vertrag ist, wie viele Mitarbeiter (festangestellt oder frei) bei ihr im Vertragszeitraum beschäftigt waren, welches Arbeitszeitkontingent damit zur Verfügung steht, wie viele Verträge durchgeführt und gekündigt worden sind. Maßgebend ist, dass die Klägerin – nach ihrem Vorbringen – aufgrund der hohen Anzahl ihrer Mitarbeiter und deren Zeitkapazitäten sowohl ihre eigenen Verpflichtungen aus den von ihr geschlossenen als auch die Internetsystem-Verträge der Tochtergesellschaften bearbeiten kann. Nur dann, wenn die Klägerin absolut voll ausgelastet gewesen wäre, so dass sie keinen weiteren Auftrag hätte annehmen können, würde bei der Kündigung eines Vertrags Kapazität frei werden, die für einen Füllauftrag eingesetzt werden könnte. Diesen Erwerb müsste sie sich dann zurechnen lassen. Hierfür bestehen angesichts des behaupteten Stundenkontingents der Mitarbeiter und der geringen Anzahl der durchgeführten Verträge keine Anhaltspunkte.

Dem Beklagten obliegt es darlegen, inwieweit die Darlegung der Klägerin unschlüssig ist, um zu begründen, dass die Klägerin ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt hat. Er kann sich nicht auf ein Bestreiten zurück ziehen, sondern muss aktiv sein Informationsbedürfnis formulieren. Der Beklagte trägt die Darlegungs- und Beweislast für

höhere Ersparnisse und die Möglichkeit anderweitigen Erwerbs. Soweit er hier anmerkt, dass die Kalkulation des Stundenaufwands für die Vertragsabwicklung zu hoch sei, ist sein Vorbringen nicht erheblich. Denn wenn der tatsächliche Aufwand von h im ersten Vertragsjahr und von Stunden für die Aktualisierung in den jeweils nachfolgenden Vertragsjahren noch geringer wäre, hätten die Mitarbeiter noch mehr freie Kapazitäten, so dass nach Stornierungen neu abgeschlossene Verträge nicht als Füllaufträge anzusehen sind. Möglicherweise erhöht sich der Gewinn der Klägerin, wenn der kalkulierte Zeitaufwand tatsächlich geringer wäre, aber der Gewinn ist in jedem Fall bei einer freien Kündigung zu vergüten. Unerheblich ist ebenfalls die Forderung nach einer individuellen Vertragsabrechnung. Da der Geschäftsbetrieb der Klägerin darauf ausgerichtet ist, eine Vielzahl von Verträgen ähnlichen Inhalts zu schließen, ist es nicht gerechtfertigt, eine Abrechnung zu verlangen, die sich speziell auf die gegenüber dem Beklagten geschuldete Leistung bezieht. Die Klägerin kann die individuellen Belange und Bedürfnisse des Kunden nicht im Voraus genau berechnen, so dass sie nur eine durchschnittliche Kalkulation für jeden Vertrag erstellen kann.

Nachdem diese Problemstellung in der mündlichen Verhandlung eingehend erörtert worden ist, erfolgten keine Ausführungen des Beklagten, die ein weitergehendes Informationsbedürfnis beschreiben.

Der Vergütungsanspruch der Klägerin setzt sich gemäß ihrer Berechnung in dem Schriftsatz vom 30.03.2012 (dort S. 6) zusammen aus 48 monatlichen Zahlungen zu je 180 € nebst Anschlusskosten in Höhe von 199 €, also insgesamt 8.839,00 €, abzüglich ersparter Aufwendungen von 1.734,19 €.

3.

Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 286, 288 Abs. 2 BGB.

4.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

5.

Zu der Frage, welche Anforderungen an den Vortrag des Unternehmers zu einer Abrechnung nach § 649 S. 2 BGB zu stellen sind, lässt der Senat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Denn diese Frage stellt sich bei einer Vielzahl gekündigter Internet-System-Verträge.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 7.104,81 €

Jenssen

Bergmann-Streyl

Dr. Bremer