BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 164/10

Verkündet am:
24. März 2011
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 649

a) Der Besteller darf einen Werkvertrag, mit dem sich der Unternehmer für eine Mindestvertragslaufzeit von 48 Monaten zur Bereitstellung, Gestaltung und Betreuung einer Internetpräsenz verpflichtet hat, jederzeit gemäß § 649 Satz 1 BGB kündigen.

b) Der Unternehmer muss zur Begründung seines Anspruchs aus § 649 Satz 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.

BGH, Urteil vom 24. März 2011 - VII ZR 164/10 - LG Düsseldorf
AG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Kuffer, Bauner, Halfmeier und Prof. Leupertz

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 24. September 2010 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussrevision des Beklagten wird das Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 24. September 2010 im Kostenpunkt und hinsichtlich der Widerklage zu 2 wie folgt abgeändert:

Die Berufung der Klägerin wird auch insoweit zurückgewiesen, als das Amtsgericht festgestellt hat, dass der Klägerin aus einem Internet-System-Vertrag vom 12. August 2008, Vertragsnummer , keine Ansprüche gegen den Beklagten für das dritte und vierte Vertragsjahr zustehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Im Übrigen wird die Anschlussrevision zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin befasst sich gewerblich mit der Erstellung von Internetseiten. Am 12. August 2008 schloss sie mit dem Beklagten einen so genannten "Internet-System-Vertrag E. Premium“. Gegenstand der vertraglichen Leistungsverpflichtung der Klägerin waren unter anderem die Reservierung einer Internet-Domain, die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internet-Präsenz und das "Hosten" der Website. Für diese Leistungen hatte der Beklagte eine Anschlussgebühr von 236,81 € sowie, jährlich im Voraus, ein monatliches Entgelt von 154,70 € zu entrichten. Als Vertragslaufzeit waren 48 Monate vereinbart. Nach § 2 der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der Vertrag während der Laufzeit aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kündbar.

2 Die Klägerin hat mit der Klage die Anschlussgebühr und das monatliche Entgelt für die ersten beiden Vertragsjahre nebst Zinsen beansprucht. Darüber hinaus hat sie die Erstattung vorprozessual angefallener Rechtsanwaltskosten von 229,30 € nebst Zinsen verlangt. Mit seiner Widerklage hat der Beklagte seinerseits die Erstattung vorgerichtlich durch die Einschaltung eines Anwalts entstandener Rechtsverfolgungskosten von 229,30 € verlangt und auf Feststellung angetragen, dass der Klägerin aus dem in Rede stehenden Vertrag keine Ansprüche für das dritte und vierte Vertragsjahr zustehen. Darüber hinaus hat er festgestellt wissen wollen, dass die Klägerin verpflichtet sei, ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die nicht ordnungsgemäße Vertragsanbahnung/Vertragsdurchführung entstanden sei.

3 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung auch die Widerklage abgewiesen. Mit der

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageanliegen weiter. Der Beklagte hat Anschlussrevision eingelegt, mit der er seine Widerklage weiterverfolgt, soweit diese auf Kostenerstattung und die Feststellung gerichtet ist, keinen Ansprüchen der Klägerin für das dritte und vierte Jahr der Vertragslaufzeit ausgesetzt zu sein.

Entscheidungsgründe:

I.

4 Das Berufungsgericht führt aus, der Vertrag, bei dem es sich um einen Werkvertrag handele, sei wirksam mit einer Laufzeit von 48 Monaten geschlossen, jedoch mit Schriftsatz des Beklagten vom 27. August 2009 gemäß § 649 BGB gekündigt worden. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der "freien" Kündigung eines Werkvertrages sei zwar durch die Regelungen zur Vertragslaufzeit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin abbedungen worden. Dieser Ausschluss verstoße jedoch gegen § 307 BGB und sei deshalb unwirksam.

5 Gemäß § 649 Satz 2 BGB könne die Klägerin von dem Beklagten grundsätzlich Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen. Allerdings müsse sie vertragsbezogen zu den erbrachten und nicht erbrachten Leistungen vortragen und darlegen, was sie sich an ersparten Aufwendungen anrechnen lassen wolle. Ihrer dahingehenden Darlegungsverpflichtung sei die Klägerin nicht nachgekommen. Ein Vergütungsanspruch nach Maßgabe des § 649 Satz 2 BGB stehe ihr deshalb nicht zu. § 649 Satz 3 BGB greife nicht, weil der Vertrag vor dem 1. Januar 2009 geschlossen worden sei.

6 Die auf Erstattung vorgerichtlich angefallener Rechtsverfolgungskosten gerichtete Widerklageforderung des Beklagten hat es für nicht gerechtfertigt erachtet, weil die Klägerin weder eine Vertragspflicht verletzt noch sich mit der Erbringung von Vertragspflichten in Verzug befunden habe. Den Antrag auf Feststellung, dass der Klägerin keine Ansprüche aus dem Vertrag für das dritte und vierte Jahr der Vertragslaufzeit gegen den Beklagten zustehen, hat es mangels Feststellungsinteresse abgewiesen.

II.

7 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung überwiegend stand.

A. Revision der Klägerin

8 Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

9 1. Im Ergebnis zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Beklagte den Vertrag wirksam gemäß § 649 Satz 1 BGB gekündigt hat.

10 Der Senat hat sich in seinem beiden Parteien bekannten Urteil vom 27. Januar 2011 (VII ZR 133/10 - bei juris, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) bereits mit einem von der Klägerin vertriebenen "Internet-System-Vertrag" befasst. Er hat dort für einen gleich gelagerten Fall im einzelnen ausgeführt, dass ein derartiger Vertrag wirksam gemäß § 649 Satz 1 BGB gekündigt werden kann und ein Ausschluss des Kündigungsrechts des Bestellers sich weder aus der Natur des Vertrages noch aus den von den Parteien durch Einbezie-

hung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin getroffenen vertraglichen Abreden ergibt. An dieser Rechtsprechung, von der abzuweichen das Vorbringen der Revision keinen Anlass bietet, hält der Senat fest. Insbesondere hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass das freie Kündigungsrecht grundsätzlich nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Vertrag eine Laufzeit hat. Er hat dargelegt, dass bei einer Vertragsauslegung dahin, dass die Kündigung nach § 649 BGB ausgeschlossen sein solle, ein berechtigtes, über die Realisierung des Vergütungsanspruchs hinausgehendes Interesse des Unternehmers erkennbar sein müsse, das durch eine freie Kündigung des Vertrages in einer Weise beeinträchtigt würde, die hinzunehmen ihm nicht zugemutet werden könne. Ein solches besonderes Interesse liegt nicht darin, ohne Beeinträchtigung durch eine freie Kündigung auf Referenzen hinsichtlich solcher Kunden verweisen zu können, die damit einverstanden gewesen sind, auf einer Referenzliste der Klägerin geführt zu werden. Es mag sein, dass für einen Unternehmer die Vereinbarung eines Referenzobjektes ein erkennbares und geschütztes Interesse begründen kann, eine freie Kündigung auszuschließen, und dies auch bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu berücksichtigen ist. So liegt es hier jedoch nicht. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass der vereinzelte Ausfall von Referenzkunden, die nach der von ihr geschilderten Vorgehensweise in erheblichem Umfang vorliegen dürften, ihre Geschäftstätigkeit nachhaltig beeinflussen könnte. Dass freie Kündigungen sich auf die Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter auswirken könnten, ist im Zusammenhang mit der Auslegung der Verträge unerheblich.

11 Dementsprechend war auch der vorliegende Vertrag "frei" kündbar, weil bereits die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthaltenen Vereinbarungen der Parteien zur Laufzeit und Kündbarkeit des Vertrages entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts dahin auszulegen sind, dass ihnen ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 Satz 1

BGB nicht entnommen werden kann. Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 27. August 2009 die Kündigung des Vertrages erklärt, der somit nach Maßgabe der Vorschriften in § 649 BGB abzurechnen war.

12 2. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch aus § 649 Satz 2 BGB verneint, weil die insoweit darlegungspflichtige Klägerin keine Abrechnung der vereinbarten Vergütung unter Abgrenzung von erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und Anrechnung ersparter Aufwendungen vorgenommen habe. Demgegenüber meint die Klägerin, die nach den vertraglichen Vereinbarungen für die ersten beiden Vertragsjahre zu zahlenden Entgeltraten in voller Höhe verlangen zu können, weil der Beklagte sich zur Abrechnung des Vertrages nicht geäußert und ihrerseits nicht substantiiert zu etwaigen Ersparnissen der Klägerin vorgetragen habe. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht die Vergütung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf den geltend gemachten Betrag schätzen können und müssen. Damit dringt sie nicht durch.

13 a) Nach § 649 Satz 2 BGB hat der Unternehmer, dem nach § 649 BGB gekündigt wurde, einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung. 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 (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362). Dementsprechend muss der Unternehmer zur Begründung seines Anspruchs aus § 649 Satz 2 BGB grundsätz-

lich 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 (BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95, BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78). 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 (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362; Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365). Welche Anforderungen an die Abrechnung des gekündigten Werkvertrages zu stellen sind, hängt vom Vertrag sowie den seinem Abschluss und seiner Abwicklung zugrunde liegenden Umständen ab. Sie ergeben sich daraus, welche Angaben der Besteller zur Wahrung seines Interesses an sachgerechter Verteidigung benötigt (BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 277/97, BGHZ 140, 263). Der Unternehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung soviel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen darlegungs- und beweisbelasteten Besteller eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 9. Teil Rn. 28).

14 b) Den sich aus diesen Grundsätzen ergebenden Anforderungen an die schlüssige Darlegung des Anspruchs aus § 649 Satz 2 BGB genügt der Sachvortrag der Klägerin nicht.

15 Die Klägerin hat mit ihrem in der Revisionsbegründung in Bezug genommenen Vorbringen im Berufungsverfahren geltend gemacht, sie müsse sich keine ersparten Aufwendungen anrechnen lassen, weil der Beklagte hierzu nicht vorgetragen habe. Soweit dem, wie die Revision meint, die Behauptung entnommen werden kann, keine Aufwendungen erspart zu haben, kann die Klägerin hieraus nichts zu ihren Gunsten herleiten.

16 Sie hat allenfalls die pauschale Behauptung aufgestellt, keine Aufwendungen erspart zu haben. Der pauschale Vortrag des Unternehmers, Aufwendungen nicht erspart zu haben, wird seiner Darlegungslast jedenfalls dann nicht gerecht, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Beklagte mit dem Hinweis auf die Darlegungslast der Klägerin für die Kalkulation der erbrachten und nicht erbrachten Leistungen hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht hat, den mit der Klage geltend gemachten Vergütungsanspruch anhand einer nachvollziehbaren, vertragsbezogenen Abrechnung überprüfen zu wollen. Eine solche Überprüfung war nicht möglich, weil die Klägerin keine vertragsbezogenen Angaben zu ihren kündigungsbedingt ersparten Aufwendungen gemacht hat. Damit war dem Beklagten zugleich die Möglichkeit genommen, seinerseits konkret vorzutragen, dass und in welcher Höhe die Klägerin tatsächlich Ersparnisse erzielt hat.

17 c) Entgegen der Auffassung der Klägerin bietet ihr Vorbringen aus nämlichen Gründen auch keine ausreichende Grundlage für eine gerichtliche Schätzung. Diese hätte im Übrigen nur dann gemäß § 287 Abs. 2 ZPO in Betracht gezogen werden müssen, wenn die Ermittlung des sich nach Maßgabe des § 649 Satz 2 BGB ergebenden Vergütungsanspruchs mit Schwierigkeiten verbunden wäre, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Ein solches Missverhältnis besteht nicht bereits deshalb, weil die Klägerin trotz eines entsprechenden Hinweises des Gerichts ihren Vergütungsanspruch nicht in tauglicher Weise dargelegt hat.

18 d) Nach alledem steht der Klägerin ein Vergütungsanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB nicht zu. Das gilt auch für die nach dem Vertrag zu zahlenden Anschlusskosten, für die entgegen der Auffassung der Revision nicht ersichtlich ist, dass sie außerhalb des für die Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB maßgeblichen vertraglichen Äquivalenzgefüges angefallen sind. Die Klägerin legt nicht dar, wofür die Anschlusskosten (nicht: "Abschlusskosten") erhoben werden und wie sie

in den Vertragspreis einkalkuliert sind. Dass sie kein Entgelt für die vertraglichen Leistungen der Klägerin sind, folgt nicht bereits aus dem Umstand, dass sie im Voraus bei Vertragsschluss fällig werden.

19 3. Das Berufungsgericht hat die Klage auch hinsichtlich der geltend gemachten Kosten der vorprozessualen Rechtsverfolgung für unbegründet erachtet. Die hiergegen von der Revision vorgebrachte Rüge, der Beklagte müsse jedenfalls den auf die Anschlussgebühr entfallenden Anteil dieser Kosten erstatten, bleibt ohne Erfolg, weil der Klägerin ein Vergütungsanspruch aus § 649 Satz 2 BGB auch insoweit nicht zusteht.

20 4. Die Revision ist nach allem zurückzuweisen. Der Beurteilung des Senats unterlag nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist, § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die von der Klägerin unter Vorlage eines in der mündlichen Verhandlung überreichten Schriftsatzes begehrte Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht kommt nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Das Berufungsurteil beruht insbesondere nicht auf einem Verfahrensfehler. Die Klägerin ist von den Instanzgerichten ausreichend auf die Erforderlichkeit einer Abrechnung nach § 649 Satz 2 BGB hingewiesen worden, wie auch die Revision nicht in Frage stellt. Allein der Umstand, dass Gerichte in anderen Prozessen der Klägerin die Auffassung vertreten haben, eine Kündigung nach § 649 BGB sei unwirksam und deshalb die Klägerin in diesen Prozessen keinen Anlass gesehen hat, nach dieser Vorschrift abzurechnen, ändert nichts.

B. Anschlussrevision des Beklagten

21 Die gemäß § 554 Abs. 1 Satz 1 ZPO statthafte Anschlussrevision hat teilweise Erfolg.

22 1. Dem Beklagten steht, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat, ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlich angefallener Rechtsverfolgungskosten nicht zu.

23 Im Ausgangspunkt allerdings zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 16. Januar 2009 - V ZR 133/08, BGHZ 179, 238; Urteil vom 12. Dezember 2006 - VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458) die Einschaltung eines Anwalts zur Abwehr unberechtigt geltend gemachter Forderungen erstattungsfähige Kosten der Rechtsverfolgung auslösen kann. Ein dahin gehender Erstattungsanspruch kann sich insbesondere aus § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB ergeben, wenn der Gläubiger gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme verstößt, weil er eine Rechtsposition verfolgt, die er selbst nicht als plausibel ansehen darf (BGH, Urteil vom 16. Januar 2009 - V ZR 133/08, BGHZ 179, 238). Voraussetzung ist demnach eine in diesem Sinne vorwerfbare Pflichtwidrigkeit des Gläubigers, welche der Beklagte hier darin erblickt, dass die Klägerin mit der in Bezug genommenen Rechnung zur Bezahlung des vertraglichen Entgelts für Leistungen aufgefordert habe, die tatsächlich nicht erbracht worden seien. Diese Erwägungen gehen fehl. Sie übersehen, dass der Beklagte nach dem Vertrag, den das Berufungsgericht einschließlich der in ihm enthaltenen Zahlungsklauseln für wirksam erachtet hat, das nach monatlichen Raten bemessene Entgelt jährlich im Voraus und deshalb grundsätzlich unabhängig davon zu entrichten hatte, ob und welche Leistungen die Klägerin im Abrechnungszeitraum tatsächlich erbracht hatte. Vor diesem Hintergrund stellt allein die Übersendung einer Rechnung über die bis zu diesem

Zeitpunkt fällig gewordene Vergütung keine Pflichtwidrigkeit der Klägerin dar, welche den Beklagten im Rahmen einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dazu hätte veranlassen können, anwaltlichen Rat und Beistand einzuholen.

24 2. Die Anschlussrevision hat Erfolg, soweit der Beklagte mit der Widerklage auf Feststellung anträgt, dass der Klägerin hinsichtlich des dritten und vierten Jahres der Vertragslaufzeit keine Ansprüche aus dem Vertrag zustehen.

25 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht das Feststellungsinteresse verneint, weil von Beginn des Rechtsstreits klar gewesen sei, dass eine Entscheidung über die Klageforderung zugleich eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Berechtigung der Klägerin enthalte, auf Grundlage des in Rede stehenden Vertrages Entgelt für das dritte und vierte Vertragsjahr zu fordern. Das trifft nicht zu. Mit der Klage über das Entgelt für das erste und zweite Vertragsjahr hat die Klägerin zum Ausdruck gebracht, dass sie sich auch eines Anspruchs auf das weitere Entgelt berühmt, so dass das Feststellungsinteresse des Beklagten besteht. Ein derartiger Anspruch steht der Klägerin nicht zu, so dass die Widerklage insoweit begründet ist.

III.

26 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Kniffka Kuffer Bauner

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
AG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.03.2010 - 37 C 7814/09 -
LG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.09.2010 - 22 S 64/10 -