
Datum: 16.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 139/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:0116.12U139.12.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 2 O 321/11

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 13. E 2012 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 13. Juli 2012 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 52.625,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.10.2011 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 11 % und der Beklagten zu 89 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, falls nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Beklagte ist Betreiberin der Stadthalle in C. Dort war für den 12.11. oder den 3.12.2010 die Veranstaltung eines größeren Cer Unternehmens geplant, in deren Rahmen ein Exklusivkonzert für etwa 1.700 Mitarbeiter vorgesehen war.	3
Die Klägerin betreibt eine Konzertagentur und hat u.a. die Band „E“ unter Vertrag. Am 2.6.2010 stellte die Beklagte unter Mitteilung der Rahmendaten eine Buchungsanfrage an die Klägerin. Diese teilte am selben Tage die Konditionen der Band in Höhe von netto 65.000,00 € zzgl. Reisekosten, Hotel, Catering und Technik für den 12.11.2010 mit. Die Beklagte antwortete mit Email vom 16.6.2010, es sehe gut aus für ein Booking, Konditionen und technische Ausstattung seien klar. Am 22.6.2010 richtete die Klägerin eine von ihr als verbindlich bezeichnete Buchungsanfrage an die Band „E“. Diese erklärte am 23.6.2010 die Annahme des Angebots. Das teilte die Klägerin der Beklagten per Email am selben Tag wie folgt mit:	4
<i>„Hallo D.Ich kann dir E hiermit verbindlich zu den besprochenen Konditionen zusagen. Du bekommst von mir kommende Woche den Vertrag und alle notwendigen Infos (...)“.</i>	5
Die Beklagte antwortete per Email am 23.6.2010 mit: <i>„Danke – das ist Phantastisch! Alles weitere dann nächste Woche“</i> . Mit weiterer Email vom 29.6.2010 erklärte die Klägerin der Beklagten, sie könne <i>„E hiermit verbindlich für den 12.11.2010 bestätigen“</i> . Zugleich teilte sie Einzelheiten zu Konditionen und Zahlungsmodalitäten mit. Am Ende lautete die Email wie folgt:	6
<i>„Diese Mail ist verbindlich und bedarf keiner Rückbestätigung. Die komplette Version des Vertrages wird aus den Informationen dieser Mail angefertigt, und zeitnah per Post verschickt werden.“</i>	7
Am 30.6.2010 übersandte die Klägerin der Beklagten eine mit „Vertragsbestätigung“ überschriebene Vertragsurkunde nebst Rechnung vom 30.6.2010 über einen in Vorkasse zu zahlenden Betrag von brutto 69.550,00 €.	8
Die Beklagte teilte am 12.7.2010 mit, dass sich ihr Auftraggeber gerade für einen anderen „Act“ entschieden habe und bat darum, alles zu „canceln“. Hierauf wies die Klägerin auf den nach ihrer Ansicht verbindlich geschlossenen Buchungsvertrag sowie auf den mit der Band „E“ bereits geschlossenen Vertrag hin. Es sei deshalb für den Fall der Absage des Konzerts eine Konventionalstrafe in Höhe von 65.000,00 € zu zahlen.	9
Unter dem 6.9.2010 wurde der Klägerin von der E GbR ein Betrag von 41.250,00 € als Schadensersatz für das abgesagte Konzert in Rechnung gestellt.	10
Die Klägerin hat die Beklagte zunächst beim Landgericht Hamburg (Az.: 413 O 114/10) auf Bezahlung des Nettobetrags ihrer Rechnung vom 30.6.2010 in Höhe von 65.000,00 € unter Abzug ersparter Kosten für Transporttechnik und Crew in Höhe von in Höhe von 5.550,00 € in Anspruch genommen. Diese Klage ist durch Urteil vom 9.6.2011 wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit des Gerichts abgewiesen worden.	11
Mit der vorliegenden Klage verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter. Sie hat die Ansicht vertreten, dass am 29.6.2010 ein Vertrag über die Konzertbuchung mit dem Inhalt der	12

am 30.6.2010 übersandten Vertragsurkunde zustande gekommen sei. In der Absage der Beklagten vom 12.7.2010 sei eine Kündigung dieses Vertrags mit der Folge zu sehen, dass die Beklagte die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen für Transporttechnik und Crew schulde.

Die Klägerin hat beantragt, 13

die Beklagte zu verurteilen, an sie 59.450,00 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Sie hat behauptet, dass eine Einigung über alle wesentlichen Vertragsbestandteile nicht erzielt worden sei. Das betreffe insbesondere die Einzelheiten zu der Bühnenanweisung, die Fälligkeit der Gage einschließlich einer etwaigen Vorauszahlung, die Einzelheiten der Übernachtung der Bandmitglieder sowie die Übernahme der Reisekosten. Im Übrigen habe die Klägerin weitere Aufwendungen durch die nicht zu erbringenden Arbeiten erspart. Die Arbeitszeit habe sie anderweitig gewinnbringend einsetzen können. 17

Das Landgericht hat den Geschäftsführer der Klägerin F und den Geschäftsführer der Beklagten F2 persönlich angehört und die Managerin der Band „E“ G als Zeugin vernommen. 18

Mit dem am 13.7.2012 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 41.250,00 € nebst beantragten Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. 19

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass zwischen den Parteien ein wirksamer Vertrag über die Durchführung des Konzerts der Band „E“ zustande gekommen sei. Denn mit ihrer Email vom 23.6.2010 habe die Klägerin im Anschluss an die verbindliche Zusage der Band einen Vertragsschluss über das Konzert angeboten. Das Angebot habe die Beklagte mit ihrer Email vom selben Tage angenommen. Dem stehe nicht entgegen, dass zu diesem Zeitpunkt noch nicht alle Einzelheiten zu den Rahmenbedingungen des Konzertauftritts geregelt waren. Denn aus dem vorgelegten Email-Verkehr ergebe sich, dass sich die Parteien trotz noch offener Punkte, bei denen es sich nicht um wesentliche Vertragsbestandteile gehandelt habe, bereits vertraglich binden wollten. Hiernach stehe der Klägerin gemäß § 649 S. 1 BGB die vereinbarte Nettovergütung von 65.000,00 € zu. In Höhe von 23.750,00 € müsse sie sich jedoch ersparte Aufwendungen im Sinne des § 649 S. 2 BGB in Abzug bringen lassen. Diese habe die Klägerin mit dem Betrag von lediglich 5.550,00 € für Transporttechnik und Crew entgegen der ihr zufallenden sekundären Darlegungslast nicht ausreichend dargelegt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei die Klägerin aber der E GbR zur Zahlung des am 6.9.2010 in Rechnung gestellten Betrags von 41.250,00 € verpflichtet, so dass jedenfalls in dieser Höhe ein Vergütungsanspruch verbleibe. 20

Gegen diese Entscheidung richten sich die wechselseitigen Berufungen der Parteien. 21

Die Beklagte führt zur Begründung ihres Rechtsmittels aus, dass eine vertragliche Einigung nicht aufgrund der am 23.6.2010 gewechselten Emails zustande gekommen sei. Diese stellten vielmehr vorvertragliche Verhandlungen dar, was sich schon aus der beiderseitigen Bezeichnung „Bookinganfrage“ im Betreff der Emails ergebe. Aber auch in der Sache fehle es an einer Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile, namentlich über die Unterbringung in einem 5-Sterne Hotel, über die Reisekosten (Personenanzahl und Art der 22

Anreise) sowie über die Punkte Technik, Licht und Bühne. Diese offen gebliebenen Fragen seien mit Kosten von erheblichem Umfang verbunden, die nicht nur auf einen vom Landgericht angenommenen Bruchteil der Gesamtkosten beschränkt seien. Von besonderer Bedeutung sei auch, dass eine Einigung über die mit Email der Klägerin vom 2.6.2010 verlangte Stellung einer Bankbürgschaft nicht erzielt worden sei. Stattdessen sei die Beklagte von einer Barzahlung am Abend der Veranstaltung oder einer Banküberweisung am folgenden Tag ausgegangen. Insoweit habe es an der für den Vertrag wesentlichen Einigung über die Zahlungsweise gefehlt. Mit ihrer Email vom 29.6.2010 habe die Klägerin diese Modalitäten überdies wieder anders vorgesehen, indem sie jeweils zur Hälfte eine Vorauszahlung und die Stellung einer Bankbürgschaft verlangt habe. Dass eine Einigung hierüber erzielt wurde, habe die Klägerin nicht vorgetragen.

Überdies sei die mit Email der Klägerin vom 23.6.2010 angekündigte Übersendung eines schriftlichen Vertrags dahin zu verstehen, dass ein Schriftformeinverständnis verlangt werde. Ein etwaiger durch den Emailverkehr geschlossener Vertrag sei deshalb formunwirksam. 23

Schließlich beanstandet die Beklagte hinsichtlich der streitigen Zahlungsverpflichtungen der Klägerin gegenüber der Band „E“ die Beweiswürdigung des Landgerichts. Ein von der Zeugin G bekundeter mündlicher Vertragsschluss über den Konzertauftritt der Band sei in der Branche gänzlich unüblich. Vielmehr sei davon auszugehen, dass es sich bei der Rechnung der E GbR vom 6.9.2010 um eine Scheinrechnung handle, die als Gefälligkeit gegenüber der Klägerin ausgestellt worden sei. Dementsprechend habe die Zeugin zur Höhe des Rechnungsbetrages auch keine näheren Angaben machen können. In dem Zusammenhang habe das Landgericht dem Beweisantritt der Beklagten zur unterbliebenen Buchung einer etwaigen Zahlung an die E GbR nachgehen müssen. 24

Die Klägerin führt aus, dass das Landgericht eine vertragliche Einigung durch die am 23.6.2010 gewechselten Emails zutreffend bejaht habe. Die wesentlichen Vertragsbestandteile seien in der Email der Klägerin vom 2.6.2010 geregelt und von der Beklagten mit Emails vom 16.6. und 23.6.2010 auch akzeptiert worden. Hinsichtlich der Einzelheiten zu den technischen Nebenleistungen (Technik, Licht, Bühne) sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte eine professionelle Veranstaltungsstätte mit entsprechender Ausstattung betreibe, so dass ihr durch die Bereitstellung der Technik keine nennenswerten Kosten entstanden wären. Die Reisekosten seien von untergeordneter Bedeutung und üblicherweise erst kurz vor dem Veranstaltungstermin verbindlich regelbar. Bei der Frage der Bankbürgschaft sei es nicht um grundlegende Differenzen, sondern nur um die geringen Kosten der Bürgschaft gegangen. 25

Weiter verteidigt die Klägerin die erstinstanzliche Beweiswürdigung zur vertraglichen Einigung mit der Band „E“ und legt die mit der Band zur Vergütung geschlossene Grundsatzvereinbarung dar. Dem Beweisantritt der Beklagten hinsichtlich der Zahlungs- und Buchungsunterlagen sei das Landgericht zu Recht nicht nachgegangen. 26

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Höhe der ihr zuerkannten Vergütung. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass nach der mit der Band „E“ getroffenen Vergütungs- und Provisionsvereinbarung ein Anteil von 17,5% der Künstlergage an die Klägerin falle. Ein Anteil von 82,5% gehe an die Band, wobei diese auch die anfallenden weiteren Kosten zu tragen habe. Es sei der Klägerin deshalb über den an die Band „E“ auszahlenden Betrag hinaus auch der eigene Provisionsanteil zu zahlen, in der Summe mithin die volle vereinbarte Künstlergage. Eigene Aufwendungen habe die Klägerin nicht erspart. Die nicht angefallenen Kosten für Transporttechnik und Crew in Höhe von 5.550,00 € habe sie im Entgegenkommen abgezogen. Tatsächlich habe nur die Band „E“ insoweit von ihr zu tragende Kosten erspart. 27

II.	28
Die beiderseitigen Berufungen sind zulässig. Die Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Die Berufung der Klägerin hat in dem zuerkannten Umfang Erfolg.	29
1. Der Zulässigkeit der Klage steht nicht die Rechtskraft der Entscheidung in dem zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit bei dem Landgericht Hamburg entgegen.	30
Bei einem Prozessurteil, mit dem allein über die Zulässigkeit der Klage, nicht aber über die streitige Sache selbst befunden wird, erstreckt sich die Rechtskraft nur auf den jeweils behandelten verfahrensrechtlichen Punkt und nicht auf den materiell-rechtlichen Streitgegenstand. Insoweit ist die Rechtskraftwirkung unter Heranziehung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe zu bestimmen (vgl. BGH NJW 1985, 2535; OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1735 f.).	31
Das Landgericht Hamburg hat in dem Vorverfahren durch Urteil vom 9.6.2011 rechtskräftig nur festgestellt, dass die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit des Gerichts unzulässig war, weil es an der zuständigkeitsbegründenden Vereinbarung über den Gerichtsstand fehlte. Mit dem materiell-rechtlichen Klageanspruch hat sich das Landgericht nicht befasset.	32
2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung in Höhe von 52.625,00 € aus den §§ 649 S. 2, 631 BGB.	33
a. Auf das streitige Schuldverhältnis aus dem Jahr 2010 ist das seit dem 1.1.2002 geltende Schuldrecht anzuwenden, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB. § 649 BGB gilt in der Fassung vom 1.1.2009.	34
b. Zwischen den Parteien ist ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB über die Durchführung des Konzertauftritts der Band „E“ zustande gekommen.	35
aa. Maßgebend für die Abgrenzung gegenüber einem in Betracht kommenden Dienstvertrag ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Parteien. Es kommt darauf an, ob auf dieser Grundlage eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet wird. Fehlt eine ausdrückliche Regelung zum Vertragsgegenstand, sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGH NJW 2002, 3323, juris Tz. 14).	36
Nach diesen Grundsätzen ist die Vereinbarung über den vorgesehenen Konzertauftritt als Werkvertrag anzusehen. Denn es geht vorrangig um ein erfolgsorientiertes Ergebnis. Gegenstand der in Aussicht stehenden vertraglichen Leistung der Klägerin ist das zu einem Fixtermin durchzuführende Konzert der Band „E“, welches als künstlerische Wertschöpfung dem Werkvertragsrecht zuzuordnen ist (vgl. OLG München NJW-RR 2005, 616, juris Tz. 34; MüKo-Busche, BGB, 6. Aufl., § 631, Rdnr. 244; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., Einf v § 631, Rdnr. 29).	37
bb. Die Parteien haben sich über den von der Beklagten zu organisierenden Konzertauftritt wirksam vertraglich geeinigt.	38
(1) Ein hierauf gerichtetes Vertragsangebot enthält zwar nicht bereits die auf die Buchungsanfrage der Beklagten vom 2.6.2010 folgende Email der Klägerin vom 2.6.2010. Denn darin sind zwar wesentliche Vertragsangaben genannt, namentlich der Veranstaltungstermin, die Vergütung und zusätzlich anfallende Kosten (Reisekosten, Hotels, Catering und Technik). Vorgesehen war eine bei Buchung zu leistende Bankbürgschaft. Ferner sollten Pulte und Licht von der Beklagten gestellt werden. Die Bühnenanweisungen	39

der Band „E“ waren der Email beigelegt.

Es fehlt aber an einem Rechtsbindungswillen der Klägerin. Denn die Buchungsanfrage bei der Band „E“ war noch nicht gestellt. Es war deshalb unklar, ob die Band zur Verfügung stand. Dementsprechend ist auch in der Email der Klägerin vom 2.6.2010 nur die Rede davon, dass das Konzert „vermutlich terminlich & inhaltlich am 12.11. möglich“ wäre. Eine verbindliche Anfrage bei der Band stellt die Klägerin am Ende lediglich in Aussicht. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Klägerin in der Weise binden wollte, dass es für das Zustandekommen des Vertrags nur der bloßen Annahmeerklärung der Beklagten bedurfte. 40

(2) Ein wirksames rechtsgeschäftliches Vertragsangebot ist jedoch in der nachfolgenden Email der Klägerin vom 23.6.2010 zu sehen. 41

In dem Zeitpunkt war die Buchungsanfrage an die Band „E“ bereits gestellt. Die Klägerin hatte am 22.6.2010 eine „verbindliche Gala-Anfrage“ an die Band gerichtet. Diese hatte mit Email vom 23.6.2010 erklärt, dass sie das Angebot annehme. Hiernach war die tatsächliche Durchführbarkeit des Konzertauftritts geklärt. In Verbindung mit den in der Email der Klägerin vom 2.6.2010 bereits mitgeteilten Vertragseinzelheiten bedurfte es nur noch der Annahmeerklärung der Beklagten. 42

Es ist auch erkennbar, dass sich die Klägerin nunmehr rechtlich binden wollte. Sie spricht in ihrer Email vom 23.6.2010 ausdrücklich davon, dass sie „E hiermit verbindlich zu den besprochenen Konditionen zusagen“ könne. 43

(3) Das Vertragsangebot hat die Beklagte rechtzeitig und inhaltlich übereinstimmend angenommen. 44

Die hierauf gerichtete Annahmeerklärung ist in der Antwortmail der Beklagten vom 23.6.2010 zu sehen. Diese Email bezieht sich auf die vorangegangene Email der Klägerin vom selben Tage. Aus der maßgeblichen objektivierten Sicht der Klägerin als Erklärungsempfängerin war die Antwort, „Danke - das ist phantastisch!“, als Annahme des zuvor unterbreiteten Angebots zu verstehen. Denn der Vertragsschluss war von der Klägerin am selben Tage ausdrücklich als verbindlich zugesagt worden. Die vorbehaltlose Antwort mit dem genannten Inhalt konnte die Klägerin deshalb dahin verstehen, dass die Beklagte mit dem Vertragsschluss zu den mitgeteilten Konditionen einverstanden war, sie sich mithin ebenfalls vertraglich binden wollte. Der Satz „Alles weitere dann nächste Woche“ ließ sich aus der Sicht der Klägerin auf die in ihrem Angebot angekündigte Übersendung eines Vertrags nebst „allen notwendigen Infos“ beziehen. 45

(4) Eine mit der Email der Klägerin vom 23.6.2010 angebotene und von der Beklagten mit Email vom selben Tage konkludent angenommene Schriftformvereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. 46

Die angekündigte Übersendung eines schriftlichen Vertrags ist nicht dahin auszulegen, dass ein Vertrag der Schriftform bedurfte. Die angekündigte schriftliche Niederlegung des Vereinbarungsinhalts diente erkennbar etwaigen Beweis Zwecken. Es sollte indes nicht der Vertragsschluss von der Einhaltung der Schriftform abhängig sein. Die Klägerin hatte sich bereits erkennbar mit der „verbindlichen Zusage“ rechtlich binden wollen, ohne dass dies von der Unterzeichnung einer noch anzufertigenden Vertragsurkunde abhängig sein sollte. Dahin musste die Beklagte die Erklärung der Klägerin verstehen. 47

(5) Im Übrigen ist ein Vertragsschluss jedenfalls auf die weitere Email der Klägerin vom 29.6.2010 und der nachfolgenden Übersendung des Vertragsformulars am 30.6.2010 aufgrund kaufmännischen Bestätigungsschreibens zustande gekommen.

Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegt vor, wenn ein mündlich geschlossener Vertrag unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen schriftlich bestätigt wird, indem das Verhandlungsergebnis im Wesentlichen – in Grenzen auch mit ergänzenden oder klarstellenden Bestimmungen – wiedergegeben wird. Die widerspruchslose Entgegennahme des Schreibens gilt dann als Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens, wobei durch das Schweigen ein Vertragsschluss auch erst bewirkt werden kann (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 5. Teil, Rdnr. 6, m.w.N.). 49

Der persönliche Anwendungsbereich der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist vorliegend gegeben. Die Parteien sind gemäß §§ 1 Abs. 1 HGB, 13 Abs. 3 HGB Kaufleute. 50

Ihre Email vom 29.6.2010 hat die Klägerin ausdrücklich als „Bestätigung“ bezeichnet. Inhaltlich gibt sie darin einen wirklichen oder vermeintlichen Vertragsschluss zeitnah wieder. Nicht ersichtlich ist, dass sie eine mit dem dargelegten Inhalt gar nicht getroffene Vereinbarung niedergelegt und insoweit unredlich gehandelt hat. Die Beklagte hat diese Email widerspruchslos entgegen genommen und bis zu der mit Email vom 12.7.2010 erklärten „Absage“ des Konzertauftritts nicht weiter darauf reagiert. 51

c. Einer bindenden vertraglichen Einigung steht nicht entgegen, dass zwischen den Parteien nicht bereits über alle Einzelheiten des Konzertauftritts Einvernehmen erzielt worden ist. 52

Die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB, nach der im Falle eines Einigungsmangels ein Vertrag im Zweifel nicht geschlossen ist, greift nicht ein, wenn sich im Einzelfall ergibt, dass sich die Parteien trotz der noch offenen Punkte einigen wollten und sich bestehende Vertragslücken ausfüllen lassen (vgl. Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 154, Rdnr. 2). So liegt es hier. 53

aa. Die in der Betreffzeile der beiderseitigen Emails vom 23.6.2010 enthaltene Angabe „Bookinganfrage“ ist ersichtlich ohne tragende rechtsgeschäftliche Bedeutung. Denn die Betreffzeile einer Email wird in eine Antwort-Email mit dem Zusatz „AW“ (Antwort) übernommen. Sie ist vorliegend automatisiert und unverändert aus der Email der Beklagten vom 2.6.2010, bei der es sich tatsächlich um eine „Bookinganfrage“ handelte, in die nachfolgend gewechselten Emails übernommen worden. 54

bb. Nach dem Inhalt der Email der Klägerin vom 2.6.2010 sollten Pulte und Licht von der Beklagten gestellt werden. Das ist in dem Vertragsangebot der Klägerin vom 23.6.2010 mit dem Hinweis auf die „besprochenen Konditionen“ enthalten und von der Beklagten im Rahmen des weiteren Email-Verkehrs auch nicht beanstandet worden. Vielmehr hat sie schon auf die Email der Klägerin vom 2.6.2010 geantwortet, dass ihr Konditionen und technische Anforderungen klar seien. 55

Im Übrigen handelt es sich insoweit um eine der Vertragsauslegung zugängliche Bestimmung. Denn Pulte und Licht finden in der bestätigenden Email der Klägerin vom 29.6.2010 keinen ausdrücklichen Anklang, wohl aber in der am 30.6.2010 übersandten Vertragsurkunde. Etwaige Widersprüche oder Unklarheiten wären mithin – unter Heranziehung der bekannt gegebenen Bühnenanweisung – im Wege der klarstellenden oder ergänzenden Vertragsauslegung zu lösen und stehen einer vertraglichen Einigung nicht 56

entgegen.

cc. Die Bühnenanweisung ist der Beklagten mit Email der Klägerin vom 2.6.2010 übersandt worden. Mit Email vom 16.6.2010 hat die Beklagte geantwortet, dass ihr Konditionen und technische Ausstattung klar seien. Etwaige Widersprüche oder Unklarheiten in der Bühnenanweisung ließen sich unter Berücksichtigung dieser Umstände ebenfalls im Wege der Vertragsauslegung klären. 57

dd. Die Hotelübernachtung (Hotelkategorie, Personenanzahl) ist ersichtlich kein wesentlicher Vertragsbestandteil, von dessen Regelung der Vertragsschluss abhängig sein sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich auch hier Vertragslücken im Wege der Auslegung schließen lassen. Die Übernachtung in einem 5-Sterne Hotel ist hiernach nicht geschuldet, wenn sich ein solches Hotel in angemessener Entfernung nicht befindet und eine solche Unterbringung nicht ausdrücklich vereinbart ist. Die Personenanzahl ist auf eine angemessene und erforderliche Anzahl beschränkt. 58

ee. Gleiches gilt für die Reisekosten (Personenanzahl und Anreiseart). Insoweit sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, angemessene und übliche Reisekosten zu tragen. 59

ff. Die Zahlung (Fälligkeit) der Vergütung ist ebenfalls grundsätzlich der ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich. Wenn nichts anderes vereinbart ist, ist die werkvertragliche Vergütung erst nach Erbringung der Werkleistung fällig, die Klägerin mithin vorleistungspflichtig. Auch insoweit ist nicht erkennbar, dass der Vertrag mit einer Einigung hierüber stehen oder fallen sollte. 60

In der Sache war gemäß Email der Klägerin vom 2.6.2010 eine Bankbürgschaft über die volle Summe vorgesehen. Ob eine Einigung darüber erzielt worden ist, kann letztlich dahingestellt bleiben. Denn bei fehlender Einigung ist eine Bankbürgschaft nicht geschuldet. Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass die Beklagte eine Einigung von diesem Punkt abhängig machen wollte. 61

d. Die Beklagte hat den wirksam zustande gekommenen Vertrag mit ihrer Email vom 12.7.2010 gemäß § 649 S. 1 BGB gekündigt. 62

Nach dieser Vorschrift kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes den Vertrag jederzeit kündigen. Die Beklagte hat in ihrer Email mit der Erklärung „Absage“ in der Betreffzeile sowie der Bitte, alles zu „canceln“, erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie eine weitere Vertragsdurchführung nicht wollte. Hiernach sollte der Vertrag aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin als Erklärungsempfängerin mit Wirkung für die Zukunft beendet, mithin gekündigt werden. 63

e. Gemäß § 649 S. 2 BGB steht der Klägerin die vereinbarte Vergütung zu. Sie muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. 64

aa. Nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung stand der Klägerin eine pauschale Vergütung in Höhe von netto 65.000,00 € zu. 65

bb. In Abzug zu bringende Aufwendungen hat die Klägerin nicht bereits dadurch erspart, dass die E GbR ihrerseits wegen des nicht durchgeführten Konzertauftritts keine Vergütung von der Klägerin verlangen konnte. 66

(1) Die E GbR hat der Beklagten mit Datum vom 6.9.2010 einen Betrag in Höhe von 41.250,00 € in Rechnung gestellt. In dieser Höhe ist die Klägerin auch zahlungsverpflichtet.

Bei der Vereinbarung zwischen einer Konzertagentur und dem einzelnen Künstler über die Durchführung eines Konzerts handelt es sich, weil auch in diesem Verhältnis das Konzert als Leistungserfolg geschuldet ist, ebenfalls um einen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB (MüKo-Busche, a.a.O., § 631, Rdnr. 244). Da das Vertragsverhältnis im Anschluss an die Absage der Beklagten jedenfalls konkludent nach § 649 S. 1 BGB beendet worden ist, ist der E GbR gegenüber der Klägerin der vertragliche Vergütungsanspruch nach § 649 S. 2 BGB verblieben. 68

(2) Bedenken gegen den wirksamen Vertragsschluss der Klägerin mit der E GbR bestehen nicht. 69

Die Klägerin hat am 22.6.2010 eine von ihr als verbindlich bezeichnete Buchungsanfrage an die Band „E“ gerichtet, welche die Band am 23.6.2010 damit beantwortet hat, dass sie „das Angebot gerne annehme“. 70

Den Vertragsschluss hat die Managerin der Band „E“, die Zeugin G, im Rahmen ihrer erstinstanzlichen Vernehmung bestätigt und ausgeführt, dass es sich um die übliche Verfahrensweise handle. Aus ihrer Sicht habe es sich um eine feste Buchung für den Termin gehandelt. Die Zeugin hat den Geschehensablauf in Übereinstimmung mit dem vorliegenden Email-Verkehr dargelegt. Dabei hat sie Erinnerungslücken klar zu erkennen gegeben und im Übrigen den geschäftlichen Ablauf plausibel geschildert. Es ist auch durchaus nachvollziehbar, dass Konzertbuchungen im Verhältnis der Klägerin zu der Band „E“ nicht aufgrund eines schriftlichen Vertrags erfolgen. Denn die Band ist bei der Klägerin ohnehin „unter Vertrag“. Es bestehen dauernde Geschäftsbeziehungen auf der Grundlage einer von der Zeugin dargelegten „allgemein gültigen Absprache“. Ob allgemein zwischen Künstlern und Konzertagenturen schriftliche Verträge üblich sind, so die Beklagte, ist deshalb nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung. 71

Es spricht nicht gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugin, dass sie die Höhe der Gage nicht näher erläutern konnte. Vielmehr erscheint es nachvollziehbar, dass die Vergütung der Band anhand der von der Zeugin genannten „allgemein gültigen Absprache“ nach bestimmten Sätzen berechnet wird. Ob das nicht branchenüblich ist, wie die Beklagte meint, kann offen bleiben. Denn eine solche pauschale Regelung, die im Übrigen auch der Geschäftsführer der Klägerin bestätigt hat, ist jedenfalls nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung und kann deshalb auch bei anderer Übung in der Branche in dem hier vorliegenden Fall vereinbart worden sein. 72

Schließlich hat die Zeugin auch den Umstand, dass die Rechnung nur den Nettobetrag ausweist, plausibel damit begründet, dass sie insoweit wegen des abgesagten Konzerts von einem Schadensersatzanspruch in dieser Höhe ausgegangen sei. Die Rechnungserteilung bereits vor Durchführung des Konzerts hat sie nachvollziehbar mit der ihr bekannten Vorkasseregelung begründet. Mit der Rechnung sei letztlich bis September 2010 gewartet worden, weil es damals viel zu tun gegeben habe. 73

Dass es sich um eine aus Gefälligkeit erteilte Scheinrechnung handelt, kann die Beklagte nur vermuten. Hinreichende Tatsachen würden eine etwaige fehlende Rechnungsbuchung bei der Beklagten nicht begründen können. Dem schon erstinstanzlich gestellten Antrag, die Vorlage des Buchungsjournals anzuordnen, war deshalb nicht nachzugehen. 74

cc. Die Klägerin hat infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung aber die von ihr bei vertragsgemäßer Durchführung des Konzertauftritts überschießende Künstlergage in Höhe von 12.375,00 € erspart. Der Betrag war von der vereinbarten Vergütung in Höhe von 65.000,00 € in Abzug zu bringen. Es verbleibt der zuerkannte Betrag von 52.625,00 €.

Bei Durchführung des Konzertauftritts der Band „E“ wäre die Klägerin zur Auszahlung einer Künstlergage in Höhe von 53.625,00 € verpflichtet gewesen. Denn nach ihren Darlegungen ist die Vergütung und Provision im Rahmen der mit der Band getroffenen Grundsatzvereinbarung dahin geregelt, dass an die Band ein ihr zustehender Vergütungsanteil von 82,5 % unter Abzug zu tragender Kosten weiterzugeben ist. Bei der Klägerin verbleibt ein fester Provisionsanteil von 17,5 %. Danach hat die Klägerin nicht nur die zugestandenen 5.550,00 € erspart, sondern insgesamt die den Rechnungsbetrag der E GbR von 41.250,00 € überschießenden 12.375,00 €.

76

Nach der Aussage der Zeugin G handelte es sich bei dem in Rechnung gestellten Nettobetrag von 41.250,00 € um die der E GbR ohne Abzug zustehende Gage. Sowohl hiernach als auch nach dem Inhalt der Rechnung vom 6.9.2010 ist davon auszugehen, dass im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Band das Vertragsverhältnis und die daraus folgende Künstlervergütung endgültig abgerechnet worden ist.

77

dd. Anhaltspunkte für weitere im Zusammenhang mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung ersparte Aufwendungen oder einen zu berücksichtigenden anderweitigen Erwerb sind nicht gegeben.

78

(1) Bei der Anrechnung ersparter Aufwendungen ist auf diejenigen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrags entfallen sind. Hinsichtlich eines erzielten oder böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs ist ebenfalls ein ursächlicher Zusammenhang mit der Vertragskündigung erforderlich. Der Auftragnehmer muss gerade durch die Kündigung des Vertrags in die Lage versetzt worden sein, einen anderweitigen Auftrag auszuführen und einen Gewinn daraus zu erzielen.

79

Diese Umstände muss der Auftragnehmer so darlegen und beziffern, dass dem Auftraggeber die Prüfung ermöglicht wird, ob der Auftragnehmer die ersparten Aufwendungen oder einen etwaigen anderweitigen Erwerb zutreffend berücksichtigt hat. In dem Zusammenhang ist so viel vorzutragen, dass dem Auftraggeber eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird (vgl. BGH BauR 1999, 642, juris Tz. 13; 1999, 1292, juris Tz. 8; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rdnr. 1724 ff.).

80

(2) Nach diesen Grundsätzen sind von der Klägerin die durch die Nichtdurchführung des Vertrags ersparten Aufwendungen und ein etwaiger anderweitiger Erwerb hinreichend vorgetragen und mit Tatsachen belegt worden.

81

Die in Abzug gebrachten Personal- und Materialkosten in Höhe von 5.550,00 € hat die Klägerin anhand der vorgelegten Kalkulation dargelegt und näher erläutert. Danach sind Kosten für sieben Personen der „Crew“ sowie Materialkosten in dem mitgeteilten Umfang entfallen. Darlegungen dazu, dass keine weiteren Aufwendungen erspart worden sind und kein anderweitiger Erwerb erzielt oder böswillig unterlassen worden ist, oblagen der Klägerin nicht.

82

(3) Der Beklagten hat es im Anschluss daran obliegen dazulegen und zu beweisen, dass weitere Aufwendungen erspart worden sind oder die Klägerin einen Ersatzauftrag gewinnbringend ausgeführt hat oder hätte ausführen können, jedoch böswillig, d.h. mit

83

Schadigungsabsicht, nicht ausgeführt hat. Daran fehlt es vorliegend.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin etwa Kosten für Mischpulte und Licht erspart hat. Einerseits sollten Pulte und Licht von der Beklagten zu stellen sein, so dass die Kosten ihr angefallen wären. Andererseits hat die Klägerin dargelegt, dass Kosten für technisches Equipment grundsätzlich von der Band zu tragen gewesen, d.h. von deren Anteil von 82,5 % abgezogen worden wären. Die weiteren Kosten – Anreise, Hotels, Catering, Technik – sollten nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung von der Beklagten zu tragen sein, so dass die Klägerin diese Aufwendungen nicht erspart haben kann. Auch ist nicht erkennbar, dass allgemeine Büro- und Personalaufwendungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Absage des Konzertauftritts entfallen sind. 84

Ein der Klägerin möglicher oder böswillig unterlassener anderweitiger Erwerb ist nicht ersichtlich. Denn hierzu müsste ihr ein Ersatzauftrag gerade wegen der Vertragskündigung ermöglicht worden sein. Dass die Klägerin wegen der Vertragskündigung ihre Arbeitskraft anderweitig einsetzen, d.h. allein deshalb überhaupt ein anderes Konzert planen und organisieren konnte, lässt sich nicht annehmen. Als Anknüpfungspunkt bliebe deshalb nur, dass die Klägerin für den 12.11.2010 einen Ersatzauftrag hatte oder ihr ein solcher möglich gewesen wäre. Das steht indes nicht fest. Die Band „E“ ist nach der Aussage der Zeugin G für diesen Tag jedenfalls nicht anderweitig gebucht worden. 85

2. Die der Klägerin zuerkannten Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.10.2011 folgen aus den §§ 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 2, 291 BGB, 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO begründet. Bei dem Vergütungsanspruch der Klägerin handelt sich um eine Entgeltforderung aus einem Rechtsgeschäft, an dem ein Verbraucher nicht beteiligt ist. 86

III. 87

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 88

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO. 89

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen nicht vor. 90